



**GARANTISMO Y DERECHO PROCESAL
¿UNA APORÍA DEL MÉTODO CONSTITUCIONAL?**

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Antonio María Lorca Navarrete

**Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de San
Sebastián de la Universidad del País Vasco (España)
E-mail: alorca@ehu.es
Web: www.sc.ehu.es/leyprocesal**

1. INTRODUCCIÓN

Bajo el epígrafe “Garantismo y Derecho procesal ¿una aporía del método constitucional?”, no suele agruparse, a mi entender y por ahora, reflexiones exhaustas que hayan perdido su virulencia original para convertirse en inocuas diatribas de escuelas e, inmediatamente, en capítulos de manuales y en preguntas de programa. No. Rotundamente, no.

Sin embargo, en ésta temática se condensan los interrogantes vertebrales de una comprensiva teoría del Derecho procesal puesto que, en su espacio, se alojan controversias *filosóficas* (la comprensión del lenguaje), *éticas* (la justicia de las decisiones), *jurisprudenciales* (la posición del juez y el árbitro en el cumplimiento de su función “propia”), *sustantivas* (el cometido mismo del Derecho procesal) por no hablar de otras implicaciones *sociojurídicas* (estabilidad o elasticidad del Derecho procesal respecto a la actividad del legislador o interprete).

Con todo, escogeré una perspectiva, quizá, más pedestre, prolija e irremediabilmente más aburrida. Entre otras cosas porque la metodología del discurso jurídico en Derecho procesal ha ocupado a cerebros mil veces mejor dotados que el mío.

Pero, además, en mi elección también juegan manías personales. Me resulta insoportable esa querencia, muy al uso, por trabajar *ad nauseam* cuatro o cinco o uno o dos lugares comunes de hermenéuticas empalagosas sobre el Derecho procesal que, lejos de traducirse en instrumentos interpretativos lo bastante perfilados, funcionan a la defensiva, esto es como metadiscursos apologéticos. E, igualmente en esta misma línea, desbordan mi capacidad de sorpresa los intentos por aprovecharse de la involución del pensamiento analítico procesalista -que al parecer está *de vuelta*- cuando antes, los que ahora se arriman no se apuntaron al viaje *de ida*.

Quizás convenga que orille mi mal genio doctrinal respecto de mis colegas que parecen estar *de vuelta* y me dedique a un tema en el que muchos de ellos aún *no han ido* por lo que no se entiende bien que persistan en estar *de vuelta* en el pensamiento analítico del Derecho procesal.

Pues bien, de esta manera académica, y no un tanto anémica, se me ocurre esta no tan esquelética -para mí- radiografía de la problemática dentro de la que se inscribe el objeto de mi relato expositivo. Al abordar la complejidad de su práctica científico-jurídica surgen inevitablemente dos cuestiones:

1ª) *cómo se justifica* el Derecho procesal

2ª) *cómo justificar*, a su vez, lo *qué se hace o debe hacerse* en el ámbito del Derecho procesal *en un contexto garantista*

La primera cuestión se ocupa de las *representaciones y/o prescripciones* sobre la teoría y práctica del Derecho procesal; la segunda a la *epistemología y metalógica jurídico-procesales*.

Dentro de este ambicioso programa, me circunscribiré sólo a denunciar el desfase entre la teoría y la práctica jurídico-procesal de algunos juristas (un plural abusivo como se vera más adelante) y lo que, según enraizados y tenaces hábitos mentales, no es y/o no debe ser el oficio de procesalista. Para después emplearme a fondo con la epistemología y metalógica jurídico-procesales en una vertiente garantista. Ya sé que no es una tarea fácil. Pero lo intentaré

Pero, antes de entrar en faena aviso que éste mi relato expositivo no es, ni de lejos -creo-, lo que estábamos necesitando sino la *sugestión de lo que nos sigue haciendo falta*.

2. COMIENZO A ENTRAR EN LABORÍO

En unos cuantos de lustros ya como docente de la Facultad de Derecho de San Sebastián en España (como discente no pase por sus aulas si no por las de la Universidad de Granada), siempre me ha causado alguna perplejidad la concomitancia de dos fenómenos que, considerados por separado, carecen, en mi opinión, de particular relieve; pero su presencia simultánea es, a mi gusto, de pesada digestión. Por un lado, están a la orden del día expresiones como "instrumentalidad" (y otras vecinas) para celebrar o calificar el *cómo se justifica* el Derecho procesal, variando la intensidad de la atribución -de la "instrumentalidad", se entiende- según el mayor o menor ajustamiento a un

presunto método jurídico. Por otro lado, sin embargo, y pese a la soltura con que se adjudica o se niega el *label* jurídico a la tesis de turno, no parece existir entre nosotros (pido disculpas por las inclusiones injustas en ese “nosotros” indiscriminado) una *idea precisa* acerca de lo que sea tal *método* que, como se ha dicho, es de referencia inexcusable para apreciar el empaque *jurídico* de la investigación examinada de consuno para el Derecho procesal.

Con este estado de cosas por delante, creo oportuno saludar con agrado *la entrada en el debate de la norma constitucional* sobre un tema tan medular como el concerniente al método para celebrar o calificar el *cómo se justifica* el Derecho procesal. Y aunque se me asemeje a dialéctica de pelea infantil averiguar quién empezó primero, el curioso en el procesalismo agradecerá la información con la que el constitucionalismo contestó a las hostilidades abiertas por el procesalismo. Veamos cómo.

3. ¿A QUÉ SE ORIENTA MI ESFUERZO?

Debo precisar, de entrada, que mi esfuerzo se orienta a especificar y justificar lo que, en mi opinión, tendría que hacerse en sede jurisdiccional y, por tanto, a efectuar una operación contable sobre lo que se acostumbra en la praxis de los tribunales (y de las ideas que canoniza la denominada -con discutible fortuna- “doctrina científica”). No extrañe, pues, que comience refiriéndome a la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española de 2000. Ahí va. En ella se proclama y aclama que “*justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales*”. Vale. Pero añadiré que, al confugio o brillo de tan meritada proclamación y aclamación, se pretende aluzarla o llenarla de luz y claridad *garantista*. Bien. Que la Ley procesal civil española felpee o atice la conciencia *garantista* de sus aplicadores y estudiosos es, sin duda, un acontecimiento *inédito* en la más reciente historia del procesalismo español en la que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva *vinculada* inexorablemente con el deseo de *plenitud de garantías procesales*, va a suponer, *sólo de entrada*, decantarse por una opción no meramente instrumental sino *efectiva* de tutela judicial (2005, *La garantía del derecho procesal y su incidencia*).

Ya sé que estas observaciones no pasan de reparos humildísimos al vigoroso, documentado y atractivo planteamiento que se nos oferta a través del orbe normativo del procesalismo actual. Por ello, son asuntos que piden un debate en toda regla (en el que no quisiera sorprenderme como quien llevara las de perder) pero que, en el entretanto, me dan aire para *no seguir* acomodándome al *status quaestionis* más sólito; aunque, eso sí, intentaré apurar las consecuencias en otra dirección *que no* es la habitual. O sea, en la dirección *garantista* (2009, *Estudios sobre*, pag. 1).

Y a lo que voy. No es posible dudar, en el momento presente, de la exposición del Derecho procesal, sobre su *funcionalidad* que *no sobre su instrumentalidad*. O sea, que cuando el Derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico asume un cometido *funcional* consistente en llevar a cabo la llamada *función jurisdiccional* que se concreta - *funcionalmente, se entiende-* a través de la actividad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley.

Encalabrinado e inducido por estas ideas debo confesar lo siguiente: el Derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la *función jurisdiccional* y, desde esa perspectiva, *se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación de la norma constitucional, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenada a alcanzar un enjuiciamiento en justicia* (2009, *Estudios sobre*, pag. 1 y 2); en modo tal que, cuando el Derecho procesal hace posible *el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, está primando el *sistema de garantías* que contiene; no siendo afortunado señalar que el Derecho procesal contempla, fundamentalmente la aplicación -vertiente *instrumental-* a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil, laboral, penal, o en fin, contencioso-administrativo.

Asumo esa opción -no tan estilista- por las propiedades dialécticas que tiene hablar muy a la pata la llana de un Derecho procesal que desea hacer frente a la *aplicación patológica* de la norma jurídica *mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo*. De ahí que, también, el Derecho procesal sea el derecho *que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero, no desde*

una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. Si. No como un subsistema (2009, Estudios sobre, pag. 2).

Veamos. La creciente e imparable incidencia de los saberes científicos en el ejercicio del Derecho procesal extrae su fuerza de propulsión de la *funcionalidad* que, en la actualidad, se arroga. En limpio: el Derecho procesal *no es un subsistema*. Es el *sistema de garantías* que actúa con *autonomía y sustantividad* propia aunque no siempre se ha pensado y discernido de este modo. Sin embargo, la realidad enseña que la denominada “técnica” procesal no es siempre y necesariamente fuente de reglas objetivamente validas. Pongamos un ejemplo. Así, ARROYO MENA se sitúa en una conceptualización inequívocamente *instrumental* del Derecho procesal propia de un *subsistema ausente de aquella autonomía y sustantividad* que proclamo -y aclamo- para el Derecho procesal. Lo cual es anómalo y, encima, regresivo pues volvemos a las andadas; a la antañona definición del proceso -al decir de ARROYO MENA (1997, *Intervención*,-) «como “el *instrumento* -énfasis mío- constituido por una serie de actos por los que, mediante su atribución a un órgano estatal, se pretende la resolución de un conflicto de intereses *a través* -énfasis mío- de la actuación del derecho objetivo”».

Es indigno de una mente racional -a mi modesto parecer- sucumbir a la malsana hegemonía de un discurso apuntalado en la *instrumentalidad* del Derecho procesal. Aunque, por desgracia, hay, entre los procesalistas, una arraigada propensión a poner en circulación mercancías de ese pelaje. Es preferible -pienso para mí- el riesgo (incluso la probabilidad) de equivocarse antes que vender paquetes de ideas sólo porque han sido sancionadas institucionalmente. Así que, desde ahora, digo, de forma franca y directa, que la tan mentada y solidificada línea institucional imperante apuntalada en la *instrumentalidad* del Derecho procesal contiene -perdón por la descortesía- no poco material para el desguace, pura ferralla

Y tal ha sido la condescendencia con este particular, referido a la denominada “*instrumentalidad*” del Derecho procesal, que ha ganado fama de constituir un “núcleo duro” tradicional en su estudio (2009, *Estudios sobre*, pag. 3).

4. LA METODOLOGÍA DESCRIPTIVA A LA QUE ME DIRIJO: ES LA CONSTITUCIONAL

Queda claro, pues, que la metodología descriptiva, que acabo de apuntar, se proyecta sobre alguna base. Lo dije renglones antes: es la base *constitucional*.

Y he de reconocerlo. Al parecer es muy variopinto el vestuario del que se vale el Derecho procesal para exhibirse (a veces equívocamente). Pero, será suficiente reparar en que su examen y estudio, desde una vertiente *exclusivamente instrumental*, supone atender o priorizar, de un modo un tanto áspero, su finalidad práctica; esto es, la *actuación* del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar *secundario* su más importante y primario contenido *sustantivo*, como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la *función jurisdiccional* a través de un *sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología, la tutela judicial efectiva* (art. 24 de la Constitución española) *a través del debido y autónomo proceso sustantivo*.

Y, entonces, desde un enfoque *estratégico*, se detecta ya una conclusión en nada desdeñable: que, el ámbito *funcional* del ejercicio de la jurisdicción -el "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"-, es, ante todo, *procesal*. No es, en cambio, *procesal* el ámbito de *potestad* [jurisdiccional] de ese ejercicio *relativo al poder judicial o jurisdicción*. De ahí que, la "*potestad jurisdiccional*", implique una *acepción constitucional* de la jurisdicción, mientras que su desarrollo, a través de la "*función jurisdiccional*", sea ya *procesal*. Si. No me cabe la menor duda e invito al paciente lector a participar de esa -para mí- consideración indubitada. (1998, *La garantía del derecho procesal. Su tratamiento*, pag. 536).

Por ello, no en vano debo decir que la "*potestad*" *no es lo mismo o sinónimo* que "*función jurisdiccional*", y, en base a ese planteamiento, no es técnicamente correcto reconducir el *Derecho jurisdiccional* o *Derecho de la jurisdicción* hacia el Derecho procesal; por lo que el Derecho procesal *no es un* Derecho Jurisdiccional. O, dicho de otro modo, no es Derecho procesal el ámbito de *potestad* [jurisdiccional] que afecta a la *función* [jurisdiccional] al justificarse ese pretendido *Derecho jurisdiccional* o *Derecho de la jurisdicción*

en el poder judicial o jurisdicción. Pero, no en la función -jurisdiccional, se entiende-. Si. De veras, es verdad.

Con la claridad por delante -para saber dónde hay que ubicarse- y empezando por lo menos anodino, no me parece del género pedestre apuntar que, el *ejercicio de la función jurisdiccional* a través del Derecho procesal -no del Derecho Jurisdiccional-, implica básicamente la existencia de un sistema de *garantías de justificación constitucional* que se proyecta a través del llamado *proceso de la función jurisdiccional* -porque de eso se trata: que el Derecho procesal es *funcional*- (2007, *El proceso*, “con.”). Surge, entonces, el denominado *garantismo procesal de justificación constitucional* que obliga inexorablemente a conceptualizar el Derecho procesal, no como un Derecho Jurisdiccional, sino como un “*Derecho de la garantía de la función jurisdiccional*” -porque, de nuevo lo digo, de eso se trata: que el Derecho procesal es *funcional*-. Aquí se halla mi “patente de corzo” ¡Nada más y nada menos!

Y lo diré. El *garantismo procesal de justificación constitucional* supone la puesta en práctica de las *garantías* que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura *garantista* plenamente *comprometida* con la realidad constitucional de *aquí y ahora*. Vale. Surge, de este modo, la *conceptuación del proceso como sistema de garantías procesales*.

Y, a priori, se abre un amplio panorama. Por lo pronto, esa *conceptuación* es *rupturista* con el procesalismo pretérito porque no surge vinculada al débito del *solemnis ordo iudicarius* siguiendo la senda marcada en España por la Partida III que, finalmente, queda enterrada; aún cuando puedan existir esfuerzos de pseudojuristas teóricos y rúbulas por resucitarla. Sin ningún tipo de reserva HINOJOSA SEGOVIA (2000, *La nueva Ley*, pág. 377) alude a que la ley procesal española de 1881, derogada en 2000, fue el “fruto de una ideología medieval”.

Cuando *de iure* son posibles varias opciones, cae de su peso que ha de preferirse la mejor. Si bien al particular se le toleran veleidades masoquistas en su esfera privada, en cambio elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite la *función jurisdiccional*; esto es, una atribución otorgada en consideración al interés de otros. La Administración de justicia no

puede ser en esto una excepción, como es evidente. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que el *proceso, como sistema de garantías*, supone otorgar, al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional, una *respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora”*, respecto de éste [y no otro] concreto momento constitucional, en *contraposición* con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo.

Pero, el asunto de la “opción mejor” merece alguna que otra puntualización. Y la diré. La interpretación y aplicación de las normas procesales *tiene trascendencia constitucional*, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea *más conforme* con el principio *pro actione* y con la *efectividad* de las *garantías* que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la *forma* procesal *no se acomoda a la finalidad de garantía*, hasta el punto que desaparezca la *proporcionalidad -principio de proporcionalidad-* entre lo que la *forma* demanda y el *fin* que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación *sustantiva*, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva *resulta vulnerado*.

En efecto, ir en pos de la “opción mejor” -entre las posibles- me incita y concita a afirmar que las exigencias constitucionales del ejercicio *funcional* de la jurisdicción (*garantismo constitucional de la norma procesal*) se hallan particularmente *aseguradas*, en su aplicación, en nuestra Constitución (la española), a través de la existencia misma del proceso de la *función jurisdiccional* en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3. de la Constitución española). Vale. Pero, el camino que evidencia la existencia misma del proceso de la *función* jurisdiccional -la *metodología-* tiende hacia la *atomización* a través de la *técnica adjetiva* del procedimiento.

Y, así, mientras que las *garantías* del debido proceso sustantivo de la función jurisdiccional -sustentadas en el *método constitucional-* son esencialmente *uniformes*, no ocurre lo mismo con las *técnicas adjetivas* que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el *procedimiento*.

Abundaré un poco sobre esto último ¿En qué sentido? En el sentido consistente en que los problemas no existen tanto en la metodología de *alcance sustantivo-constitucional*, sino más bien en la *procedimental*. Mientras la primera -la de *alcance sustantivo-constitucional*, se entiende- responde al

esquema de las *garantías constitucionales “de aquí y ahora”* de un *servicio público de la justicia*; en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedimental. Es la metodología que sobre el garantismo procesal expuse en 1988-1989 (1989, *El problema*, pág. 17 y 19). De manera que se podría sugerir que, la tan arraigada tendencia a no incomodar al procedimentalismo, sería la versión celtibérica de la celebre *difference* más atenta a la *atomización adjetiva* que a la *uniformidad sustantiva* del ejercicio funcional de la jurisdicción

5. UNA HIPÓTESIS CONCRETA DE TRABAJO METODOLÓGICO: LA RELATIVA AL DERECHO PROCESAL PENAL

Quizás, y con provecho, cabría incluso ampliar la anterior indagación al *cómo se justifica* el Derecho procesal penal, siquiera porque hoy se asigna al fiscal -cada vez con mayor profusión- el papel de “personaje central de la trama procesal penal”.

Por eso, siquiera de carrerilla, diré una serie de cosas.

La primera, que la doctrina procesal penal ha entronizado la necesidad de justificar racionalmente el cometido que debe desempeñar el fiscal en la investigación de los hechos delictivos lo cual supone -pienso yo- el destierro de aquellas opiniones canonizadas por el autoritario *sic volo sic iubeo* del instructor inquisitivo español (el equivalente de nuestro vernáculo *ordeno y mando*) que han postulado que el ejercicio de la función jurisdiccional penal (a través del proceso penal) se halla encaminado *a la imposición de penas o a la represión*. Provisto de tan inoportuna conclusión afirmo que no es cierto que la *represión incumba a la jurisdicción ordinaria* -se entiende la jurisdicción ordinaria penal-. Y al tomar nota de la afirmación postulada no me suscita duda que, la resolución acerca de la misma, pide a gritos ser impugnada.

Ateniéndonos al itinerario procesal del caso, quedamos advertidos que, para que pueda predicarse la *validez* del acto procesal penal, *no es necesario abocarlo a la imposición de penas o a la represión*. No. La Ley procesal penal debiera *postular* que, mediante las *garantías* que ella misma establece, se obtenga una *efectiva tutela judicial* de los derechos sin que, *en ningún caso*, se produzca indefensión. *Y esa postulación garantista, y no represora, la exijo de*

la ley procesal penal si, a mayor abundamiento, se plantea, como política legislativa a adoptar, la especial incidencia de los cometidos del fiscal en la investigación de los delitos (2009, Estudios sobre, pag. 91). Eso explica que el modelo de función jurisdiccional penal, encaminado a la imposición de penas o a la represión, deba ser preterido así como su filosofía aplicativa.

En segundo término, si en el orbe jurisdiccional penal ha de distinguirse, también, el huésped del parásito, el pensamiento jurídico ha de idear, para fijar los atributos definitorios del cometido del fiscal en la investigación de los delitos, un ejercicio de la función jurisdiccional penal dirigido a la actuación *autónoma de la norma procesal penal [no instrumentalizada por la inesquivable aplicación de la norma penal parasitaria que conlleva la actividad represiva]* con arreglo al *sistema de garantías constitucionales* y que posibilita la aplicación de una norma procesal penal *sustantiva y garantista [garantismo jurisdiccional]* acomodada al “aquí y ahora” del texto constitucional vigente (2005, *Materiales*, pag. 2).

Simplificando protocolos, es preciso proclamar, sin adornos retóricos, esencialmente que, el *garantismo* como metodología, enseña que a la norma procesal penal *no tanto le ha de interesar que la represión incumba a la jurisdicción ordinaria, cuanto que la norma de Derecho procesal penal sea garantía de aplicación de la norma penal* (2005, *Materiales*, pag. 2).

Es más, no nos pilla desprevenidos, al contrario, la idea, en absoluto tópico, relativo a que el *garantismo* como *metodología* de estudio del proceso penal no es una construcción abstracta o programática que se justifique en la retórica del lenguaje. El proceso penal es *garantista por cuanto que es la norma constitucional la que garantiza a todos el acceso a un proceso penal público con todas las garantías*. El proceso penal público *con todas las garantías* (2007, *El proceso “con todas,”*) es un mandato constitucional de *aplicación directa* que permite construir una *nueva metodología en el estudio de un nuevo proceso de la función jurisdiccional penal público*. Es la *metodología garantista* propugnada -vuelvo a decirlo- asumida por mí en 1988-1989 *justificada en el garantismo* (1989, *El problema*, pag. 17 y ss.).

Y a lo que voy: este debería ser, sin duda, el primer punto de partida *irrenunciable* para la aplicación de las leyes procesales penales *por lo que no*

vale cualquier metodología de base a aplicar al proceso penal sino tan solo la garantista.

En tercer término, me he tomado el trabajo (liviano, a decir verdad) de seguirle la pista, desde el parto, a la doctrina española que prescribe que el *derecho procesal penal es represor*. Para no andar a dos dedos de extraviarme prefiero ahondar en la siguiente perspectiva: *el derecho procesal penal no es represor*. Y, esto segundo, es lo que aquí viene a cuento. Y a lo que sigo yendo. Contrariamente, a lo indicado por MORENO CATENA el proceso penal no ha de atender “a la mejor represión de las conductas delictivas” (2004, *Derecho*, pág. 35). Perplejidades aparte, dase por descontado -entiendo- que el *derecho procesal penal no es un derecho represor*. Pero de entrada, y de pasada nada más dejaré apuntada otra perplejidad: la consistente en afirmar que el *derecho procesal penal es autoritario*. *Sí, es autoritario*, en cambio, *el derecho penal*. No me andaré por las ramas. En opinión de MUÑOZ CONDE «hablar de “derecho penal autoritario” es de algún modo hablar -dice- de lo obvio, pues no hay un Derecho penal que -añade- no sea “autoritario”; es más, el Derecho penal es el más autoritario de todas las ramas del Ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social. El Derecho penal tiene además -añade- otra característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema -dice- represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones, desapariciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar estos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte todavía en muchos países)» (2003, *El nuevo*, pag. 15 y 16).

Pero el rizo de los rizos consiste en la propuesta de hacer del proceso penal *el medio o instrumento que*, según GÓMEZ ORBANEJA, *permite “infligir un mal al culpable”* (1972, *Derecho*, pág. 1). La respuesta no se hace esperar: *el proceso penal no es un instrumento de represión sino de garantía*. Intuitivamente todo parece apuntar hacia esa aseveración. Pero conviene no precipitarse. El proceso penal desea hacer frente a la *aplicación patológica* de la norma jurídica penal, *no mediante la represión sino mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo* (1989, *El problema*, pag. 17). De ahí que, también, el proceso penal sea el derecho que *trate de poner remedio a la patología jurídica*. Pero, *no desde una propuesta instrumental o propia de un*

subsistema, cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias ajenas a la represión o el deseo de “infligir un mal al culpable” [GÓMEZ ORBANEJA].

En cuarto lugar, y para no perder comba y no dejar cabos sueltos, será provechoso responder a otro argumento. Me refiero al planteamiento según el cual el derecho procesal penal, al no encontrar su justificación en la represión punitiva, aplica la norma penal a través del *sistema de garantías* que ha de regular con el carácter de *autónomas* [se entiende, las *garantías*]. No interesa tanto que la represión incumba a la jurisdicción ordinaria penal, cuanto que la norma de derecho procesal penal sea -insisto- *garantía autónoma y sustantiva* de la aplicación de la norma penal (2005, *Materiales*, pag. 2).

Trayendo el agua a nuestro molino, salta a la vista que el Derecho procesal penal es *funcionalmente autónomo* en relación con el derecho penal por cuanto que *su cometido es actuar la norma penal en tanto en cuanto se aplique la norma procesal penal con arreglo a su propio y autónomo sistema de garantías* (2009, *Estudios sobre*, pag. 93). Dejando por sentada tan -quizá- innovadora aportación los resultados no se hacen esperar: *la autonomía y sustantividad del derecho procesal penal rechaza un pretendido carácter vicariante del proceso penal* (2005, *Materiales*, pag. 5).

Y lo mejor no es sólo eso. En mis afirmaciones anteriores veo otra conclusión: *el proceso penal no es un subsistema* (2005, *Materiales*, pag. 5). La afirmación se incardinaría en el contexto de un proceso penal configurado como un sistema *autónomo y sustantivo* de garantías [es un *derecho sustantivo con arreglo a la sustantividad de su sistema de garantías preordenadas a que, en ningún caso, se produzca indefensión*] y que, por tanto, posee una proyección metodológica con una marcada *sustantividad*, en modo alguno, desdeñable respecto de la que ostentan disciplinas comúnmente denominadas *sustantivas* (2005, *Materiales*, pag. 5). Y me explico. El proceso penal *no es una realidad instrumental. Ni tampoco, la garantía funcional de la jurisdicción en la aplicación del derecho penal, es instrumental.*

Partiendo de la tal premisa, es preciso comenzar por la más que necesaria oportunidad de *desterrar* la idea del proceso penal como un *subsistema* o como una *realidad instrumental* que, también, es posible hallar en ámbitos disciplinares no excesivamente lejanos del Derecho procesal penal

como es el Derecho penal. Quizá quienes mejor reflejen ese -quizá- *desenfoco metodológico*, desde el punto de vista del Derecho penal, sean MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN cuando afirman que «el Derecho procesal penal sirve -dicen- para la realización del Derecho penal en la realidad. Sin él, el Derecho penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna» (2000, *Derecho*, pág. 33).

Con esta cuádrupla de razones postulo la enjundia de un asunto -el de la aplicación de garantías en el proceso penal- que tiene el no raro don de no pasar desapercibido a casi nadie y del que pretendo sacar algún partido porque entiendo que, a la pompa que posee en su derredor, no puede ser ajena tanto la intención de evaporar ambigüedades que conviene disipar como que, la aplicación de la norma procesal penal justificada en las garantías que proyecta, es *sustantiva acomodada a la realidad constitucional del “aquí y ahora” constitucional*. La *garantía además*, como vertiente funcional *autónoma* de la aplicación de la norma procesal penal, *no es adjetiva, acrítica, ni procedimentalista* sino *sustantiva*.

6. LA AUTONOMÍA Y SUSTANTIVIDAD DEL GARANTISMO PROCESAL: EL DEBIDO PROCESO

Después de este cierto desahogo *garantista* -que nunca viene mal-, volveré a reiterarme en que, la *garantía procesal*, posee la ya consabida concepción *funcional*. El proceso es *garantía*, en tanto en cuanto *funcionalmente* -ejercicio *funcional* de la jurisdicción- *afianza y protege, según el referente constitucional*, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos]. Esa *funcionalidad se modela con el referente constitucional* a través de una *sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales*.

La ya consabida indicación no debiera dar pie -pienso yo- a ningún sobresalto. No obstante, encuentro en ella una *opción determinante* porque, las *garantías del debido proceso sustantivo* que, necesariamente han de confluir en el *procedimiento* a seguir en la *sustanciación* de las *actuaciones procesales*, se conectan con la presencia de un “*proceso con todas las garantías*” de “*aquí y ahora*” que *corrige la aplicación mecanicista, atemporal y tecnificada del procedimiento*. De ahí que me pregunte: ¿cómo es que la aplicación de una

formula relativa a la “*sustanciación de las actuaciones procesales*” mediante el procedimiento, operación exquisitamente técnica donde las haya, no pueda ser susceptible de *control constitucional* -y de sus *garantías*- si previamente se ha podido convenir -¡por algunos!- que los elementos exclusivamente técnicos de la misma -de la “*sustanciación de las actuaciones procesales*” mediante el procedimiento, se entiende- se sustraen -por su propia naturaleza- al referido *control constitucional*? ¿No estaríamos ante una aporía?

Estimo que para salir del atolladero nos es urgente plantear que, la *crítica temporalidad* de la *sustantividad procesal*, se justifica en la aplicación del *compromiso constitucional*. La *sustantividad crítica y temporal del proceso* se vincula con las *garantías procesales* que, -en el caso español- la *Constitución ampara y establece (garantismo constitucional* de la norma procesal).

Y estrechando un poco más el cerco conceptual y, además, sin artificio alguno, estaría en disposición de afirmar que el *proceso* es *compromiso constitucional* porque la *Constitución garantiza* que aquel -el proceso de la función jurisdiccional- pueda *funcionalmente* amparar -garantizar- los derechos de todos los ciudadanos.

De acuerdo. Ahora bien, la *garantía procesal, en su vertiente funcional*, se *justifica* porque se *ampara* en base a la existencia de la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) por lo que habremos de convenir en que, ese *amparo*, no es amorfo, *sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso*.

Y a lo que voy. En la medida en que el proceso es *compromiso [constitucional]* de garantía *funcional* en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos] se proyecta, en su *sustantividad, autónomamente*.

Todo ello, como ya se entrevé se refleja en que no interesa tanto que el proceso aplique -*funcionalmente*- tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel [el proceso] sea garantía *autónoma* de *aquella actuación sustantiva autónoma* (2009, *Estudios sobre*, pag. 27).

Y si nos situamos, de nuevo, en la estela de la práctica judicial -lo que en realidad se hace en los tribunales- volvemos a toparnos con lo mismo: que el proceso es *funcionalmente autónomo en su sustentividad*. Por eso, precisamente no ignoro que sus criterios *funcionales* de actuación son *ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de*

actuarlos. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación], ese carácter *ordinario* o *común* sería inconstitucional o opuesto a una Constitución democrática.

Acabamos de verlo. En su vertiente de *legalidad ordinaria*, el proceso es *funcionalmente autónomo*. Su sustantividad *le impide*, además, ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O, en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “*efectividad*” que la norma constitucional reclama [el artículo 24.1. de la Constitución española proclama que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela *efectiva* de los jueces y tribunales...»].

Si deseamos clasificar la munición constitucional habrá que concluir que la “*efectividad constitucional*” es, ante todo, *sustantividad garantista autónoma*. Y, además, *sustantividad garantista común y ordinaria*. La *funcionalidad* autónoma del proceso, justificada en criterios *ordinarios* o *comunes* que asumen el *compromiso constitucional*, se proyecta, a su vez, en una *funcionalidad sustantiva* que es garantía de jurisdiccionalidad, y también en una *funcionalidad formal* que es garantía, a su vez, de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad.

Pero ¡ojo!, con todo lo que aletea en los renglones que preceden se adivina ya como la *conceptuación garantista del proceso* [como *sistema de garantías*] en su *conceptuación funcional -como compromiso constitucional-*, evidencia la *inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios tradicionales del procesalismo pretérito*, los cuales [sobre todo los referidos a la *acción*, la *jurisdicción* o las *formas procedimentales* (procedimiento) *de tutela*], han venido siendo considerados como las *bases* en las que se justificaba [y aún hoy se justifica] la mayor parte de la doctrina procesal (2009, *Estudios sobre*, pag. 28).

La razón es preciso hallarla en que el proceso como *garantía* es el cauce para legitimar la norma procesal ordinaria que, por razón de esa legitimidad, se constituye desde su proteica e irreducible *sustantividad* en el *concepto clave* (2000, *Tratado*, pag. 21).

Así que -e insisto en ello-, ni el concepto de *acción*, ni de *jurisdicción*, ni menos aún las *formas del procedimiento* [*procedimiento*], pueden competir con el proceso como *garantía ordinaria de aplicación del compromiso constitucional* consistente en amparar, en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos], los

derechos que la Constitución reconoce -y *garantiza*- a todos los ciudadanos. Y así y si bien la posibilidad de “*accionar*” se atribuye a “*todos*” en condiciones de igualdad, y se justifica en un vínculo de medio a fin con la “*tutela*” *sustantiva* que oferta el proceso [derecho a obtener la *tutela efectiva* en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos: artículo 24.1 de la Constitución española], *lo determinante* es aludir a una *efectividad sustantiva* de la posibilidad constitucional de “*accionar*”, que es *garantizada* a “*todos*”, a través del proceso.

Pero, repárese en que, esa efectividad [*sustantiva*], es *dinámica* superadora de la evolución científica que arranca de los teorizadores alemanes del siglo XIX, acerca del derecho de acción que tradicionalmente se ha reivindicado como autónomo en sus formulaciones clásicas en sentido *abstracto*, como presupuesto externo y preexistente entendido como “*posibilidad*” o “*libertad*” de accionar (*teorías abstractas de la acción*), o en sentido *concreto* como derecho de obtener una resolución judicial favorable (*teorías concretas de la acción*).

La autonomía del derecho de accionar en su proyección *abstracta*, constreñida a una mera “*posibilidad*” o “*libertad*” de accionar, es *ineficaz e insustancial* en relación con la *dinamicidad sustantiva y garantista del proceso* por su *inconcreción*. Pero, tampoco esa autonomía del derecho de accionar en su proyección *concreta* es determinante por cuanto, un supuesto derecho a la efectiva obtención de tutela judicial efectiva, sería más bien inconcebible en el modelo constitucional del proceso que se postula *en el que se amparan tan sólo* los presupuestos ordinarios que son *garantía* para aquella tutela judicial efectiva, pero no para su *concreción* en sentido favorable.

Surge así un *derecho de acción* en sentido constitucional, no como un mero “*derecho al proceso*”, y sí como un *derecho a la tutela que garantizará el proceso: como un derecho a garantizar una efectiva tutela constitucional*.

Dejando sentado lo anterior aludiré ahora al *procedimiento*. Respecto de él y *si bien* la “*tutela*” jurisdiccional se encuentra *en todo caso garantizada* ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por jueces y magistrados integrantes del poder judicial (art. 117.1. de la Constitución española), las “*formas*” del procedimiento *han dejado de ser un fin en sí mismas*, por cuanto *sólo se justifican en la temporalidad crítica y ordinaria que garantiza -garantía- el*

proceso (derecho a un proceso “con todas las garantías”: artículo 24.2. de la Constitución).

Y por último, respecto de la *jurisdicción* es preciso indicar que el sistema funcional de garantías es *procesal*. No es *jurisdiccional*. No es *tampoco atinente al Derecho Jurisdiccional*. La razón es preciso hallarla en que la potestad jurisdiccional -la jurisdicción o, si se quiere, el denominado Derecho Jurisdiccional- *afecta no al proceso cuanto más bien al Poder judicial o jurisdicción*.

Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo *abierto* a los diversos modos de integración, racionalización o especificación que el legislador ordinario es siempre libre de proyectar.

Pero repárese en que, ese modelo, sólo se justifica en unas *garantías* concebidas en términos *dinámicos -funcionalmente-* con capacidad de adaptación al “*aquí y ahora*” constitucional, por razón de aquel compromiso constitucional.

Por ello se está en presencia de un modelo de proyección temporal [mutante] y sumamente crítico.

Esa *dinamicidad* equivale a reconocer que las garantías *no son abstractas*. Y, a lo que voy: actúan *críticamente* el modelo concreto de tutela judicial efectiva que se ha de establecer constitucionalmente.

Propósitos parejos se hallan en el sobado “*debido proceso sustantivo*”. Para mí -me apoyo en la ilustración de la reiteración para expresarme, en el modo en que deseo, renglones seguidos-, el proceso -de la función jurisdiccional- se caracteriza, de un lado, por su contenido *sustantivo* que asume *la materialidad constitucional de aquí y ahora* y, de otro, por la *debida instrumentación*, a través del procedimiento, de esa *sustantividad garantista*, alcanzándose así -salvo mejor parecer- el *debido proceso sustantivo*.

Y, a lo que voy. Es preciso *garantizar* que el proceso de la función jurisdiccional constituya, en cuanto a su carácter *debido y sustantivo*, *garantía de justicia*. Es, en mi concepción, el *derecho al proceso justo (fair trial; fair hearing)* en tanto existe una “*deuda*” procesal que se concreta -y se justifica como “*debida*”- en el *compromiso constitucional* ¡Nada menos!

Bibliografía

- C. Arroyo Mena. *Intervención del ministerio fiscal en el proceso laboral*, en LA LEY número 4211 de 1997
- E. Gómez Orbaneja. *Derecho Procesal Penal*. 7ª Ed. Madrid 1972
- R. Hinojosa Segovia. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, en RDP, 2, 2000
- A. M^a. Lorca Navarrete. *El problema de la Administración de Justicia*, San Sebastián 1989. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Reimpresión en 1996
- A. M^a. Lorca Navarrete. *La garantía del derecho procesal. Su tratamiento doctrinal*, en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), 3, 1998
- A. M^a. Lorca Navarrete. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Ed. Dykinson. Madrid 2000
- A. M^a. Lorca Navarrete. *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2005
- A. M^a. Lorca Navarrete, *La garantía del derecho procesal y su incidencia en la ley de enjuiciamiento civil*, en el Diario LA LEY numero 6346 de 25 de octubre de 2005. Año XXVI
- A. M^a. Lorca Navarrete, *El proceso "con todas las garantías" (artículo 24.2 de la Constitución)*, en el Diario LA LEY año 28 n^o 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007
- A. M^a. Lorca Navarrete, *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de metodología del garantismo procesal: el denominado "Derecho de la garantía de la función jurisdiccional"*. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con Dijusa (Libros jurídicos) y la Universidad Antonio de Nebrija. San Sebastián 2009
- V. Moreno Catena. *Derecho Procesal Penal*, con V. Cortés Domínguez. Tirant lo Blanch. Valencia 2004
- F. Muñoz Conde. *El nuevo Derecho penal autoritario*, en Nuevo Foro Penal 66. Tercera Época. Año I. Septiembre-diciembre 2003

F. Muñoz Conde y M. García Aran. *Derecho Penal*. 4ª Ed., revisada y puesta al día. Valencia 2000