

El Derecho Procesal como sistema de garantías*

Ernesto PEDRAZ PENALVA

I. Acogiéndome a la rúbrica de la ponencia del profesor Ferrajoli: «El Derecho como sistema de garantías», desearía muy brevemente resaltar, desde mi condición de estudioso del Derecho Procesal, la inevitable, necesaria y controvertida asunción por la administración de la Justicia¹ de la tarea de ser garantía última del Derecho. Expresándolo de otra manera, el «proceso»² es baluarte inexcusable e insustituible, pues, frente al ejecutivo/legislador y del ejecutivo/legislador, para el logro de la primordial tarea asignada por la Suprema Ley a la Jurisdicción: ser medio decisivo y singular para la realización de la verdad constitucional³, en último término, de ese espacio jurídico-esencial en que consisten los Derechos Fundamentales⁴ (así, entre otros, arts. 9, 24, 53.2, 106 CE). Sostengo esta tesis consciente de la realidad actual caracterizada, entre otros aspectos por las denominadas deslegalización, descodificación, desconstitucionalización y/o desjudicialización vigentes; rúbricas que aquí y ahora indiferencia, pese a sus ricos y por tanto significativos matices.

La crisis de la Justicia⁵, en modo alguno extraña al «Welfare State» o Estado de bienestar o provi-dencia⁶ —confundido por algunos con el Estado social, del que no se sabe si realmente existe—, no es fruto de una aislada inadecuación, de una cristalización anónima a espaldas de la materialidad en la que se inserta y pondera; en verdad, responde, entre otros muchos extremos, a una etapa de sobreinstrumentalización orientada a hacer frente a objetivos de una inconcebible diversidad. Pensemos, verbi-gracia, en la pretensión de que la Justicia sea medio, a veces al mismo tiempo, represor y rehabilitador, vía de prevención, camino para mante-

ner/crear/realizar la legitimidad de un Ordenamiento Jurídico en gran medida carente de ella o método singular de virtualidad constitucional, etc. Se busca, pues, un juez represor, disuasor mediato y/o inmediato, protector genérico y vulnerador singular de los Derechos Fundamentales⁷, juez ya simultánea ya alternativa o sucesivamente (dependiendo de la «oportunidad») exégeta/intérprete/cuestionador y creador de la ley, del que asimismo, inconcebible y absurdamente desde su configuración continental-liberal en gran medida subsistente, se pretende exigir una legitimidad como si del ejecutivo se tratara⁸. Se quiere todo esto pero... a veces no interesa que el juez cumpla ninguna de estas tareas, llegándose a negar incluso su papel fundamental, descalificándolo como si no se tratara de la única objetivación autónoma estatal, fruto de la articulación de la división de poderes, destinatario singular del mandato constitucional para controlar la legalidad del todo Estado y sociedad.

Acaso lo esbozado pueda tener más clara expresión desde lo siguiente. La aludida sobreinstrumentalización se ve reforzada:

1. Desde la obsolescencia conceptual, normativa e instrumental —de la legislación procesal *stricto sensu* como aun de la orgánica— para hacer frente a la creciente necesidad social de una judicial respuesta; obsolescencia, debo señalar, en no raras ocasiones conscientemente buscada desde lo público.
2. En los diferentes intentos de desvirtuar, aún más, el viejo modelo liberal procesal de administrar la Justicia, desnaturalizando algunas de sus esencias fundamentales (en cuanto

* Estas reflexiones traen origen de mi intervención en la mesa redonda sobre «El Derecho como sistema de garantías», el día 5 de diciembre de 1992, en Madrid, dentro de las Jornadas sobre la Crisis del Derecho y sus Alternativas, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre a 5 de diciembre.

¹ Vengo ya empleando de modo reiterado esta expresión «administración de la Justicia», haciendo uso del término administrar o administración, en todo caso con minúscula, en el sentido de impartir; con ello quiero pues poner de manifiesto su exigida y total alienidad o extrañeza a cualquier connotación administrativa estricta.

² Aclaro que hablo de «proceso» aludiendo a todos los aspectos del inseparable entramado —salvo a efectos analíticos— integrado también por la jurisdicción y la acción. Para mí el proceso en sí es definible como el instrumento constitucionalmente necesario previsto para el rogado desarrollo de la potestad jurisdiccional. A nadie se le oculta que la Primera Norma exige —entre otros, artículos 24, 117.3, etc.— que la jurisdicción se realice fundamentalmente de modo exclusivo a través del proceso (en idéntica línea, arts. 6 CEDH, 14 PIDCP, en relación con el 10.2 CE). También, que únicamente puede actuarse procesalmente la jurisdicción previa excitación/petición de una persona que afirme la necesidad de tutela de un derecho o interés legítimo (art. 24 CE)

(en último extremo, pues, me estoy refiriendo a la acción). Estos planteamientos están más clara y ampliamente expuestos en Pedraz Penalva, E., «Sobre el “poder” judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Akal, 1990, entre otras, págs. 141 y ss.

³ Vid. Pedraz Penalva, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., esp. pág. 339 y ss.

⁴ De aquí la mayor exigencia y trascendencia (aún para mantener/realizar el Estado de Derecho) de una Justicia independiente y eficaz.

⁵ Pedraz Penalva, E.: «Sobre la crisis de la Justicia», en *Constitución...*, cit., págs. 227 y ss.

⁶ Vid. mi trabajo cit. «Sobre el “poder” judicial y la...», esp. págs. 164 y ss.

⁷ Pensemos en el nuevo 569 IV LECrim, reformado por la 10/1992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de reforma procesal y, sobre todo, en la LO.1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, por las que el juez se ve convertido en instrumento de «legitimación» singular de desconocimientos y aun de lesiones jurídico-fundamentales.

⁸ Parece claro que al Juez ha de exigírsele sometimiento a la ley y no que lleve al caso concreto mandatos sociales históricos, más o menos particulares.

previstas en la Norma Suprema), todavía indiscutibles en el Estado de Derecho. No se olvide que el Estado de Derecho es legalidad con división de poderes; legalidad cuya legitimidad son los Derechos Fundamentales, principio y fin del «Rechtsstaat»⁹.

Intimamente unidos a los puntos citados están, entre otros, aspectos como los siguientes:

- a) Genéricamente, la estrangulación de la jurisdicción a la que se escatiman los medios personales, materiales, legales, etc., requeridos para el desempeño de su tarea y, en esta línea, señaladamente, disminuyendo su nivel formativo y, por ende, la exigibilidad de una mínima capacidad para desempeñar adecuadamente la propia misión¹⁰.

Más aún, se está sometiendo a la Justicia a una extrema perversión: su pleno desconocimiento (desjudicialización), unido en determinadas materias a su administrativización (con el subsiguiente entorpecimiento o lineal impedimento de acudir a la jurisdicción¹¹). Recuérdese, en esta línea, la potenciación de otros medios heterocompositivos de decisión de conflictos: así el arbitraje¹², junto al ofrecimiento de vías espúreas (defensores de los consumidores, buzones 5000, etc.). Respecto de estas vías alternativas¹³, presentes en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, y que vienen asimismo fomentadas desde instancias comunitarias, es menester apuntar que, prescindiendo de su intrínseca bondad, suponen el reconocimiento de la propia incapacidad (o falta de voluntad¹⁴) estatal para dar cumplimiento a su deber de poner a disposición de todos unos órganos específicos, los jurisdiccionales, que dotados con los precisos medios puedan satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, afirmados por cualquier persona, desconocidos, negados o violados. Pero, también ha de apuntarse que, de modo

genérico, la jurisdicción viene siendo destinataria de la no rara tendencia a deferirle la determinación de objetivos directamente políticos y electoralmente peligrosos. Se ve así pues que algunos temas no es por mor de su ubicación entre el Derecho y la Moral por lo que son ambigua e imprecisamente regulados por la ley, sino que prescindiendo del ejecutivo/legislador del riesgo de optar con claridad por una u otra solución, elude las perjudiciales consecuencias electorales traspasando al juez la tarea de decidir desde una insuficiente ley. Ello además prescindiendo del adecuado debate participativo, y olvidando que en cuanto estamos ante un tema social de imprescindible decisión normativa no debe sacrificarse su general y precisa aprehensión legal y consiguiente determinación judicial a variables e ideológicas posiciones. A este respecto, ya indiqué en mi trabajo «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», que «las insuficiencias del Estado: los defectos legislativo y administrativo —eludiendo la correspondiente responsabilidad— no pueden pretender ser obviados traspasando al Judicial la tarea ya de colmar simplemente las pertinentes lagunas o, peor aún, ya de llenar vacíos mediante decisiones que, ajustadas a Derecho, pudieren afectar al campo político, siendo electoralmente desaconsejables. La función judicial resultaría de esta manera perjudicada, conceptual y constitucionalmente, en una doble faceta: de un lado, por cuanto asumiría tareas distintas de las que le corresponden y de aquéllas para las que está; de otro, en cuanto que al interferir en ámbitos no estrictamente «jurídico-judiciales» se vería sometida a las críticas partidistas¹⁵. No se olvide aquella conocida frase de Guizot: «Con la judicialización de la política ésta no tiene nada que ganar y, en cambio (con la politización de la Justicia), el judicial todo que perder»; idea

⁹ Parece claro que se trata del Estado de Derecho de corte germanista.

¹⁰ So pretexto de satisfacer el derecho a una tutela judicial efectiva, se ha pretendido, sobre todo cuantitativamente, en manifiesto y neto perjuicio de la dimensión cualitativa, un acelerado y, a mi juicio, inmoderado e incontrolado crecimiento del número de jueces. A nadie se le oculta que un juez carente de la formación jurídica mínimamente exigible y de la madurez y experiencia que sólo se consigue tras unos años de reposado errar y rectificar, no es sólo más propicio a ser manejado/manipulado/deslumbrado por halagos gubernativos/administrativos/policiales sino también menos apto para un eficaz y completo —con menos fisuras— control de la legalidad. Tal vez más que un desafortado incremento de los jueces sea menester, supuesta una mejor formación, reconceptualizar la infraestructura de modo que pueda posibilitar un más racional ejercicio de las tareas jurisdiccionales. Hay países en los que con menos jueces y menos policía, pero con una bien pensada secretaría judicial, puede hacerse frente al imperativo de proteger los derechos e intereses legítimos de sus ciudadanos. Sobre mi planteamiento *vid.* «La nueva Secretaría judicial», en *Poder Judicial*, núm. 26, junio 1992, págs. 85 y ss.

¹¹ Y ello con afirmadas miras de disminuir la saturación de los órganos jurisdiccionales, reservándolos además para tareas de esencial importancia (?).

¹² Sin desconocer la relevancia histórica y actual de este medio heterocompositivo, he de señalar mi rechazo a su vigente, inconstitucional e incoherente regulación en algunos de sus pre-

ceptos, entre otros argumentos, por la desigualdad que comporta (dada la carestía de los árbitros), falta de publicidad, etc. *Vid.* Pedraz Penalva, «Notas sobre publicidad y proceso», en *Constitución, Jurisdicción y...* cit., esp. nota 87 de la pág. 226.

¹³ Vías alternativas que en sí mismas no me parecen rechazables. El daño en la ropa llevada a la tintorería puede verse compensado sin necesidad de acudir a la jurisdicción, pero lo que no tiene sentido es que se configure la Justicia de tal modo que sea más perjudicial acudir a ella para intentar la pertinente indemnización. Sin entrar en el tema, sería importante a este tenor el plantearse la Justicia de barrio, resucitar los jueces de distrito, etc.

¹⁴ Con frecuencia cito la frase de un autor de los Estados Unidos de Norteamérica, nada sospechoso de radicalismos ideológicos, Friedman, L. M., «Réclamations, contestations, les litiges et l'État-providence de nos jours», en *Accès à la justice et État-providence*, bajo la direc. de M. Cappelletti, p. 261, «... en las sociedades modernas el coste de la Administración de Justicia es mínimo en el conjunto de los gastos del Estado. Nadie notaría en el montante de los impuestos a pagar si el servicio de la Justicia viniera a suponer diez veces más de lo que cuesta en el presente: una nueva escuadrilla de aviones de bombardeo o la construcción de una autopista son más caras que todos los jueces del mundo, alineados uno tras otro».

¹⁵ Naturalmente este un modo también de conseguir su descalificación social y por ende de devaluar su papel de controlador de la legalidad estatal.

expresada en otro contexto por W. Weber aludiendo al doble peligro de una "juridifizierung der Politik und der politisierung der Justiz"¹⁶.

- b) Singularmente podría destacarse el planteamiento seguido por el ejecutivo/legislador en el orden procesal penal. Resalta la sustitución del viejo proceso inquisitivo por los afirmados más modernos y democráticos [también se llega a decir «legitimados» (?)] modelos consensual y contradictorio. Tal suplencia aparece íntimamente vinculada, de un lado, al matizado reforzamiento y desvirtuación del Ministerio Fiscal, al que se asigna la investigación¹⁷, y siéndole negada consiguientemente la esencial independencia¹⁸, y, de otro lado, la acogida de la oportunidad, si reglada, en contra de la legalidad requerida continentalmente. Procede llamar la atención, al asignarse al MF la tarea de investigar, sobre la aparente paradoja de la supervaloración de la etapa preparatoria en perjuicio del juicio oral como también sobre la institucionalización de la desigualdad procesal que conlleva y no sólo al forzar «acuerdos» inculpa-acusación.

En sede procesal civil, entre otros variados extremos, cabría incidir en la tendencia a forzar la autocomposición (así mediante la comparecencia previa en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ya muy desacreditada en el país de origen —Austria— en el momento de su española importación), en la mencionada desjudicialización a través del fomento discriminado del arbitraje y de otros medios de composición de litigios, como también en la reciente privatización de partes del proceso: piénsese en la injustificada y discu-

tible constitucionalidad de la intervención notarial en la ejecución.

Sin entrar en más cuestiones, permítaseme destacar la desvirtuación del viejo modelo liberal, conceptualmente no superado pese a su reputada inadecuación para satisfacer una justicia de masas y/o una justicia preventiva, etc., y que no raramente se ve propiciada desde lo público por el pretendido vaciamiento de la potestad jurisdiccional.

Se quiere un juez «stajanovista», presto para «producir» sentencias, pero no un juez con la formación, tiempo y medios requeribles a fin de poder cumplir su esencial tarea como terminal de la publicidad: defensa y realización de los Derechos Fundamentales (arts. 9, 25, 53.2, 106 CE, etc.); pero asimismo no suministrando al juez su único elemento legitimador orgánica y funcionalmente: la Ley. Aun desde los serios y variados debates habidos estos días, creo que si bien al juez compete la integración jurídica, en modo alguno le pertenece la función de «Positivgesetzgeber». Si no hay fallos en el Ordenamiento Jurídico, especialmente desde los artículos 9 y 10 CE y 5 LOPJ, parece claro a mi juicio que, continentalmente el Estado de Derecho exige algo más que pautas para que el juez determine la relevancia social de los intereses jurídicos en conflicto —y ello, además, dado el conocimiento constitucional de un espacio indiscutible: Derechos Fundamentales—, teniendo siempre presente los fenómenos destacados más arriba (descodificación, etc., sufrida desde la II Guerra Mundial; remisión al judicial de la decisión de materias electoralmente peligrosas).

Sin entrar en más puntos, concluiré afirmando que pese a las contradicciones en que está inmersa, la Justicia es el único medio disponible para la tutela y realización jurídicas y, de este modo, medio esencial de garantía jurídica.

¹⁶ Pedraz Penalva, E.: «Principio de proporcionalidad y...», cit., págs. 346-7.

¹⁷ En verdad la investigación, en los países en que es así se prevé, es verificada por la policía, con todo lo que ello comporta.

¹⁸ Ni siquiera en los Estados en los que se contempla la elección parlamentaria del Fiscal general, pero de ninguna manera de los resultantes miembros del MP —con las precisas matizaciones respecto de USA—.