

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL

JOSÉ LOIS ESTEVÉZ

JUSTICIA 89
1989, número II

TB

Director: Francisco Ramos Méndez. Consejo de Redacción: José Almagro Nosete, Valentín Cortés Domínguez, José V. Gimén Senara, Juan L. Gómez Calamar, Faustino Gutiérrez-Alfíz Conrado, José S. Martín Ortos, Juan Montero Aroca, Víctor M. Moreno Cadena, Manuel P. Ardiles Ramos, Manuel Serra Domínguez, José L. Vázquez Sotelo.

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL

José Lois Estévez
Catedrático de Epistemología Sociojurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

I

En la escena más acusadamente dramática de *El Alcalde de Zalamea*, D. Pedro Calderón de la Barca, casi al culminar un movido diálogo entre el protagonista, Pedro Crespo, y el general D. Lope de Figueroa, desliza la misma pregunta, matizada de curiosidad e ironía, que, en el fondo, también nosotros vamos a proponer aquí. Oigámosla, pues, primero, en el tenso *climax* del coloquio vibrante:

Pobre cosa era, a la verdad, un proceso para el flamante Alcalde de Zalamea. Formalmente, y en su género próximo, venía a reducirse a «unos pliegos de papel», recopilados con un orden y una intención.

Materialmente, y según su diferencia específica, tales pliegos compartían la finalidad de averiguar y poner en claro la *causa* invocada en la pretensión introductoria.

Desde Calderón a nuestros días han transcurrido unos tres siglos. Tres siglos cuajados de sucesos que han dejado huella imperecedera en la Historia. Recordemos que Calderón murió en 1681, casi en el momento en que «el siglo del genio» llegaba a su apogeo con la entrega por Newton

de sus *Principia* a la Real Sociedad (1686). Desde entonces hasta el presente, ¡qué pasos de gigante han venido impulsando la Ciencia! La Matemática ha forjado para nosotros el Cálculo infinitesimal, las geometrías no euclidianas, la teoría de funciones, los grupos y matrices, los invariantes, el álgebra booleana, la teoría de funcionales, los tensores... Y tantas y tantas invenciones que apenas pueden seguirse. La Química, llegada literalmente al mundo por aquellas fechas, ¿qué progresos no hizo? ¿Quién podrá eludir una corriente de entusiasmo y simpatía ante la magnitud y la espectacularidad de las conquistas de que puede ufanarse? Y de la Física, ¿qué decir? ¡No sin razón se la ha llamado «aventura del pensamiento»! Ella ha sondeado atrevidamente el Universo con Kepler y Newton, ha rasgado el enigma de la luz, ha dominado la energía térmica, ha puesto a punto el poderoso arsenal de la electricidad y de la electrónica, ha hecho transparentes, con Roentgen, los cuerpos opacos, ubica la noticia con Maxwell, Herz y Marconi; ha revolucionado el espacio y el tiempo con Lorentz y Einstein y ha escudriñado en los escondrijos del átomo gracias a Becquerel, Curie, Rutherford, Planck, Bohr, Broglie, Heisenberg, Schrödinger, Dirac y tantos otros... Finalmente, con los transistores y los circuitos integrados parece a punto de poner a nuestro servicio de veras una inteligencia artificial que potencie hasta lo imprevisible al pensamiento humano. La misma Medicina, tan apegada siempre a sus tradiciones humanísticas y tan propensa a ser concebida como Arte, ¿no se ha convertido en una Ciencia rigurosa cuya potencialidad inventiva y de creación parece desafiar todo límite? La Economía e, incluso, la Sociología, ¿cuánto no han madurado desde sus desalumbrados orígenes? ¡Todas las Ciencias y hasta la propia Filosofía han ido más allá de cualquier esperanza! ¡Estamos comenzando, como quien dice, y ya el asombro nos domina y nos tiene maravillados!

Ante este «haber» que anotamos en cuenta a las restantes Ciencias, ¿no se despierta la curiosidad de ustedes por someter a idéntico balance la Ciencia jurídica? ¿Qué resultado arroja la obra de nuestros predecesores? ¿Podremos sentirnos satisfechos de su contribución y de la nuestra o no podremos evitar el reconocimiento de un sensible retraso?

Nadie negará, de seguro, que los tres últimos siglos se hayan mostrado también liberales en ofrecer al mundo altísimos juristas. Ni se pueden desconocer tampoco manifiestos avances. Para ilustrar lo primero basta con citar a Domat, Montesquieu, Pothier, Rousseau, Kant, Tronchet, Portalis, Hegel, Savigny, Bentham, Austin, Windscheid, Donoso, Jhering, Thon, Binding, Kohler, Gierke, Ehrlich, Stammler, Geny, Joaquín Costa, Romano, Cruet, Duguit, Hauriou, Kantorowicz, Heck, Del Vecchio, Kelsen, Heller, Schmitt... Y tantos y tantos otros que uno tiene que silenciar, so pena de hacer la relación interminable. Para acreditar lo segundo nos basta con establecer una contraposición entre los Ordenamientos positivos que conoció el siglo XVII, casi caóticos en toda su extensión, y los que nos rigen actualmente. La diferencia, bien visible, es demostración y apología bastante a la labor de los juristas.

Sin restar, pues, valor a ciertas realizaciones positivas, una duda puede asaltarnos: ¿Son nuestros progresos simples corolarios de una expansión auténtica del conocimiento jurídico o más bien mero resultado de un nivel cultural superior, de mayor riqueza informativa, de más estrecha cooperación internacional y más rigurosa sistemática? ¿Hasta qué punto cabrá sostener que el jurista de nuestros días deja muy atrás en los conocimientos propios de su especialidad a cualquier jurista del pasado?

II

Imaginemos que un milagro devolviera la vida a dos grandes hombres de la antigüedad: a Hiparco y a Cicerón, por ejemplo. No necesitamos ponderar la estupefacción que habrían de producirle a Hiparco las actuales conquistas científicas. Cuando nos preguntara qué sabemos de nuevo acerca del Sol y del sistema planetario, de las estrellas fijas, del Universo como conjunto, escucharía respuestas categóricas, sin divagaciones ni circunloquios. Y todos nuestros informes, enteramente inesperados y apenas creíbles para él, pese a todo su genio, lo sumirían en un éxtasis de admiración incontenible. ¡Qué diferente, en cambio, nuestro diálogo con Cicerón! Si sólo versara sobre Derecho, ¿creen ustedes que conseguiríamos impresionarlo? Si tratara de inquirir qué nuevos conocimientos habíamos acumulado en estos dos milenios transcurridos, ¿qué podríamos contestarle? Hay, a la verdad, soluciones nuevas a bastantes cuestiones jurídicas; pero ¿son siempre incontrovertiblemente mejores que las que prevalecían en la época de Cicerón? En el plano exclusivamente jurídico ¿encontraría él nuestro mundo incomparablemente superior al suyo? ¿Se atreve alguien a formular una opinión tajante? Las íntimas dudas que todos tenemos son la mejor respuesta al problema planteado aquí: La Ciencia del Derecho no ha corrido en la misma Línea que las demás, sino que se ha quedado notablemente rezagada.

No sé si alguno de ustedes, en fuerte discrepancia con mis alegaciones, cree que estoy incurriendo en notoria exageración. Acaso piense que bastarían instituciones tales como la esclavitud o el derecho de conquista, en que se basaba la grandeza romana, para fundar en favor nuestro una evidente superioridad. Pues bien, aunque nunca haya pretendido negar el carácter progresivo que parece presidir, en líneas generales, la evolución jurídica, tampoco me dispensaré de proponer ciertos motivos de perplejidad. Sí, la esclavitud repugna, sobre todo cuando se considera *en teoría*, en los enunciados abstractos que, con olvido del valor humano, parecían convertir al hombre en mera cosa. Sin embargo, ni el hombre fue jamás mera cosa, ni *en la práctica* la condición del esclavo era tan deplorable como propendemos a imaginar. En principio, es cierto que el esclavo quedaba sujeto al poder absoluto del *dominus*; pero esto no era en el Derecho Romano una contradicción interna, una excepción insólita e injusta contra las normas generales, sino la conclusión lógica de uno de sus postulados básicos: del alcance conferido a la *patria potestad*. La familia romana constituía un verdadero estado en miniatura, en donde el soberano era el *pater*; pero soberano *absoluto y vitalicio*. El único límite existente para moderar el poder que tenía el *pater* dimanaba de la *tradición*. Salvo los *mores maiorum*, no había intromisión ni injerencia pública en el orden doméstico. La *res publica romana* estribaba —no debemos olvidarlo— en una *asociación* —quizá diría mejor «confederación»— que, *conservando sus prerrogativas e independencia*, mantenían los jefes de familia para defenderse de enemigos comunes y colaborar entre sí. Dentro de la casa, la autoridad del padre carecía de toda otra limitación que los usos y la opinión pública. Y si esto valía para con la esposa y los hijos, ¿cómo podría establecerse excepción respecto a los esclavos?

Para quien cree que el Derecho es un *conjunto de normas* resulta por demás monstruoso que aparezcan consagrados principios como los de la *patria potestas* romana. Por el contrario, para quien piense, como yo, que el Derecho consiste en las *normas vividas efectivamente por los hombres mientras están dando ser a la sociedad*, nada importan las puras posibilidades en tanto no se conviertan en realidades estadísticas de abuso evidente. Lo que cuenta es saber *cómo trataban realmente los paires romanos a sus hijos, a sus mujeres y a sus esclavos*. He ahí lo único decisivo. Pues bien, dejando aparte casos aislados —que ningún sistema jurídico puede evitar— el promedio estadístico era de *buen trato*. ¿Por qué? ¡Por la más elemental y fuerte de las razones! ¡Porque a los hijos, a las mujeres y a los esclavos se les tenía cariño y el cariño significa una protección más eficaz que cuantas pueda dispensar el Derecho. La prueba es que

cuando el cariño falla y el Derecho interviene, la familia ya está perdida. Porque el Derecho, en el mejor de los casos, lo que hace es poner la fuerza al servicio de la razón; pero en la intimidad de la familia o reina el amor, que no sabe de razones ni admite la fuerza, o crearemos grandes solitarios en una forzada compañía.

Pero, ¿querían de veras los *patres* a sus esclavos? —acaso me pregunten ustedes. Naturalmente, pues, si no, ¿por qué habrían de conservarlos? Además, salvo los contados supuestos de antipatía instintiva —que se podrían resolver con la venta del esclavo— lo normal era quererlos, como a cuanto es propio, y como efecto del trato constante y familiar. Por eso los abusos constituían la excepción y no la regla. El simple hecho de la inhibición legislativa sirve de argumento. Si los abusos tendieran a generalizarse se habría sentido la necesidad de la intervención pública en defensa de una institución de la que entonces no se podía prescindir. No hubo que establecer limitaciones legales, luego hay que concluir que los excesos eran raros.

Así pues, no debe extrañar que, a despecho de la esclavitud y de tantos pueblos en poder de Roma, nuestra superioridad jurídica no tuviera que ser algo inconcuso para Cicerón. Lejos de eso, hay muchos puntos en los que el filósofo latino reivindicaría seguramente la preeminencia romana. ¿Cuáles son estos puntos? No hay lugar ahora para entrar en detalles, pero dos importantes aspectos no deben omitirse, ya que se relacionan con la tesis central en esta disertación. En primer término, y a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos actuales, el Derecho Romano era un *Derecho de juristas*, donde la libre investigación científica predominaba, mientras que hoy, en cambio, nosotros no conocemos más que Derechos (si este nombre merecen) de filiación *política o judicial*. En nuestro tiempo (¡tan maduro!) si preguntamos el «porqué» de una ley nos quedaremos sin respuesta *jurídica*. Se ha hecho «esto» *así* y no «eso» *asá* por la accidental circunstancia de haber preferido lo primero un caudillo político o cierta mayoría partidista en una Cámara.. Si preguntamos el «porqué» de una sentencia, se nos citará una fuente legal o un precedente o, en raras ocasiones, se querrá justificar como más plausible un nuevo derrotero. El clima político es tan asfixiante en nuestra época que la mayoría de los juristas pregonan, sin rubor alguno, algo tan peregrino como esto: *Que la doctrina científica no tiene valor de fuente del Derecho*. Si tal cosa quisiera decir que la opinión de este o de aquel especialista no se considerara bastante para fundar una sentencia, lejos de sentirme escandalizado, yo sería el primero en aplaudir. Pero, claro, la opinión de tal o cual jurisconsulto nunca podría calificarse de *doctrina científica*. De doctrina científica sólo merece el nombre la opinión de uno o varios jurisconsultos cuando, en fuerza de sus argumentos y por la convicción que generan, ha sido incorporada a ese sistema de asertos, inmunes a la crítica, al que en cada momento se denomina Ciencia del Derecho. Por tanto, el propósito— tan sospechoso como general y bien orquestado— de preterir la Ciencia jurídica en la enumeración de las fuentes litisdecisorias, sólo puede explicarse *como un efecto de la resistencia que opone el poder a las tentativas sociales de racionalizarlo*.

En esto estamos muy por debajo de los romanos. En Roma, el *ius* —que era un producto de la libre investigación científica— estaba tan por encima de las leyes que éstas se alteraban en él casi sin afectarlo. Las leyes podían perfeccionar el *ius* en algún detalle, pero le debían sumisión y respeto en lo esencial.

El otro motivo de evidente superioridad del Derecho Romano sobre los Ordenamientos actuales estriba en una más fina comprensión de la índole y finalidad del Derecho Privado. Aunque —hay que reconocerlo— la fórmula distintiva entre lo público y lo privado, que bajo la autoridad de Ulpiano nos transmite el Digesto (1, 1, 1, 2) es muy poco feliz, el tratamiento jurídico-procesal en cada una de ambas hipótesis fue, en la época clásica, de admirable sagacidad. Las cuestiones

concernientes al *ius* desembocaban en *iudicia privata*, que no sólo afectaban exclusivamente a particulares, sino que las resolvía también un particular, un *iudex privatus*. El pretor interviene en la fase *in iure*, ejercitando su poder jurisdiccional, para garantizar, por así decirlo, las formas procesales de valor público. Pero si concede la acción, se procederá al nombramiento de juez y a la fijación del tema litigioso mediante la *litis contestado*. Con esto, el problema jurídico, que por ser «privado» no debe discriminarse con una norma «pública», quedará transferido al *iudex privatus*, quien decidirá mediante el asesoramiento de juristas.

El nombramiento de juez se hacía, en principio, por acuerdo libre entre las partes. Había, sí, ciertos requisitos muy generales de capacidad (p. e., no podían actuar como jueces los esclavos, ni las mujeres, etc.), pero en lo demás se mantenía el principio de que la cualidad más importante en un juez era merecer absoluta confianza a los justiciables. Para auxiliar a los interesados en la elección, el pretor elaboraba el *álbum iudicum* para que rigiese durante el año de su mandato. El *álbum iudicum* era simplemente una relación de personas idóneas para desempeñar el cargo de juez y comprendía, en la época clásica, miembros cualificados de las clases senatorial o ecuestre. De no estar las partes previamente conformes en que alguien en particular fuera nombrado, podían optar por cualquiera de la lista. En otro caso, haría el pretor la selección por sorteo.

El instinto político romano había dado así solución sagaz a un espinosísimo problema que nos trae de coronilla a nosotros: el problema de reducir el enorme impacto de arbitrariedad que los jueces «de oficio» infligen al Derecho, sin tener que renunciar a ninguna de las atribuciones que la propia índole de su función reclama.

Muy pronto dedicaremos unas palabras a tan alambicado asunto; ahora parece pertinente brindar respuesta a dos objeciones mudas que acaso estén, en su fuero interno, formulándose muchos de ustedes en este instante. Me reprocharán, en primer lugar, cierta exageración panegirista del Derecho Romano no conciliable con esa constante de superación dialéctica que muestra perceptiblemente la evolución cultural de la humanidad. Se preguntarán ustedes cómo el Derecho y el proceso romanos podrían haber conservado por siglos esa presunta preeminencia que doy la impresión de asignarles. Con mucha mayor experiencia y con tantas ciencias a nuestra disposición, ¿no vamos a ser capaces de sobrepasar nosotros las realizaciones políticas romanas, si no una por una, al menos en su conjunto?

La segunda objeción que acaso esgriman contra mí los muy críticos es mucho más profunda y ataca en su raíz la misma posibilidad de extraer en Derecho conclusiones preferenciales con fundamento predicativo evidenciable y reproducible.

En efecto, ustedes están más que legitimados para preguntarme cómo cabrá saber con certeza si un cierto Derecho es mejor o peor que otro o si cierta versión particular o cierto proyecto conformativo de tal o cual institución jurídica —del proceso, por ejemplo— se granjea nuestra preferencia sobre éstos de acá o aquéllos de acullá.

Si han llegado a este resultado, les felicito a ustedes, pues justo para producir esa sensación he expuesto todo cuanto antecede. Ustedes recordarán que al comienzo de este artículo yo censuraba la descripción que Calderón de la Barca hacía del proceso. Ahora debo justificar mi repulsa, pues antes di por sobreentendidas mis razones; pero ¿no será mejor que endilgarle la reprimenda a Calderón, que no hablaba como técnico, reservar nuestros improperios para aquellos procesalistas que, aún hoy, no exhiben mayor riqueza conceptual que el incomparable dramaturgo?

III

La pregunta ¿qué es el proceso? puede recibir tres formas de contestación diferentes. Supongamos que quien nos la propone sea alguien que ignore casi todo lo que al Derecho se refiere: por ejemplo, un niño. Para hacerle entender lo que es el proceso podríamos llevarlo a presenciar un juicio penal, desde que se inicia hasta que concluye, y, a continuación, le haríamos ver que las actuaciones a que había asistido expresaban una de las muchas variantes que ha revestido, reviste y puede revestir el proceso sin dejar de ser... Iba a decir «lo que es», pero me corrijo tempestivamente y matizo, en aras del rigor: sin dejar de ser «*eso en que hay que cifrarlo esencialmente*».

Vamos a dejar, por el momento, en la penumbra, qué significan palabras tan cuidadosamente seleccionadas, para reflexionar, en cambio, sobre lo que se oculta tras esas tres operaciones gracias a las cuales nuestro interlocutor pudo haberse percatado de la intención significativa global del término «proceso». Nosotros, en verdad, dimos a entender qué evocaba tal denominación mediante el concurso de tres operaciones de muy diversa significación y estructura. Consistió la primera en *tomar contacto perceptivo* con ciertos hechos de la vida social humana; la segunda, en *representarse él campo de variabilidad permisible al concepto definido, conservando su esencia*; la tercera, en *aprehender la esencia propiamente dicha*. Las tres operaciones difieren obviamente, porque la primera descansa en la *intuición*-, la segunda, aunque presupone también la intuición, se confía sobre todo a la *imaginación*; y la tercera exige de nosotros toda una *síntesis intelectual*.

Hay aún otro modo de advenir a la comprensión del proceso. Estriba en proporcionar al curioso la legislación procesal de un país e indicarle que ahí están descritos y definidos los tipos de proceso que en él se utilizan actualmente. El estudio de los textos legales, sobreentendiendo la intuición *virtual* de cada uno de los asertos integrantes, debe erigir en el espíritu la representación conceptual abstracta, capaz de unificar esa pluralidad de formas conocidas.

Salta a la vista que incluso tras el conocimiento vulgar completo de la legislación procesal de un país uno no llegaría a saber de veras *qué es «el» proceso* sin las otras dos operaciones mencionadas antes; es decir, sin representarse el campo de variabilidad admisible ni aprehender la esencia —de que depende aquél.

Esta última observación nos permite comprender una cosa: Que las dos vías de acceso iniciales, si muy distintas en su naturaleza, son equivalentes en el fin que persiguen. Ambas pretenden lo mismo: *brindar una ilustración intuitiva*. Ahora bien, la primera supone realmente una intuición; la segunda no pasa de intuición «virtual», o sea, lograda sintéticamente por rememoración articulada de los ingredientes que forman esa unidad significativa que se nos está dando con palabras.

No sé si habré conseguido que se hagan cargo de lo que quiero denotar cuando aludo a la intuición virtual. Pero un ejemplo (que no es —dicho sea entre paréntesis— sino una ilustración intuitiva) nos ahorrará largas explicaciones. Supongamos que ustedes no han visto nunca, ni siquiera en fotografía, el famoso «botafumeiro» de la catedral de Santiago y que yo tuviera que aclararles en qué consiste. Yo podría hacer dos cosas para conseguir mi propósito. Podría llevarles a la catedral de Santiago y mostrarles el instrumento y cómo funciona —que sería recurrir a la intuición propiamente dicha—; o podría decirles verbalmente: «El botafumeiro es un incensario gigante —de tales y tales medidas— que en fiestas muy solemnes, colgando por una cuerda de cáñamo muy gruesa de una polea, suspendida en elevada cúpula, es movido, a

tirones, por cuatro hombres atléticos desde el otro extremo de la cuerda y va pendulando veloz todo a lo largo de una inmensa nave del gran templo, desprendiendo nubes de incienso y llamas y amagando desplomarse sobre los fieles, con el inevitable sobresalto de los turistas». A través de esta larga descripción y supuesta la intuición parcial previa de las palabras clave, yo habré logrado suscitar en ustedes la *intuición virtual* del objeto. Será un pálido remedo de la verdadera intuición; pero la *suple en lo posible*.

Pende todavía la tercera forma de esclarecer lo que se entiende por proceso. Esta tercera forma constituye el «el dorado» de todos los procesalistas y tiene como blanco una definición esencial. La cosa no es para menos. La definición esencial, si no carece del correlato intuitivo iluminador, dice mucho más que los otros modos de conocer, ya que los presupone y los supera. Conociendo por *contacto perceptivo* continuado, tal como lo hace, por ejemplo, el personal subalterno de los Tribunales de Justicia, no sobrepasaremos el burdo empirismo propio de practicones. Estudiando exclusivamente las normas jurídicas tendríamos esa engañosa preparación que proporcionan ciertas Escuelas de Derecho saturadas de ese veneno esterilizaste que se llama «sentido práctico», pero al que habría que calificar más bien como «practiconería sin sentido». Mediante el conocimiento de la esencia tenemos, en cambio, el compendio de toda la información necesaria para saber, pongamos por caso, cuál es en realidad el «debido proceso constitucionalmente exigible» y la clave para organizar los datos fragmentarios que lleguen a nosotros, sea cualquiera su fuente.

Está, pues, más que justificado el esfuerzo científico por desentrañar la esencia del proceso. Pero ¿logran dar con ella los procesalistas? ¿Saben siquiera qué es y cómo se investiga una esencia?

Si ustedes examinan las definiciones que del proceso nos ofrecen los tratadistas más autorizados, se encontrarán con algunas cosas desconcertantes. Verán, por ejemplo, que la inmensa mayoría de los autores definen, primero, el proceso, como si fuera algo existente por sí mismo, y sólo después definen el Derecho procesal con el latiguillo de que es «el Derecho del proceso» o «el Derecho que regula el proceso».

No me cansaré de argüir sobre la gravedad que reviste este vicio de origen. Si nos demandáramos qué es el Derecho matrimonial podría contestársenos, sin incongruencia, que «es el Derecho que regula el *matrimonio*», con tal de interpretar esta última palabra en sentido sociológico y no jurídico. No hay círculo vicioso en tal modo de proceder, porque el matrimonio *preexiste socialmente al Derecho*-, porque mucho antes de que se pensara en regular jurídicamente lo que llamamos hoy «institución matrimonial» existían los fenómenos sociales a los que el Derecho definió después como «matrimonio». El Derecho se ha limitado a dar una determinada forma jurídica a una materia social con la que se contaba de antemano. He ahí por qué hay algo sumamente peligroso en esta imitación inconsciente que hacen los procesalistas de un hábito no del todo ilegítimo en el Derecho Civil: Su actitud confiere al proceso una existencia prejurídica y lo convierte en algún fenómeno sociológico mítico.

Ignoro si todos ustedes advierten hasta qué punto conduce a yerros irreparables este desenfoque inicial. Pero, por de pronto, induce a suponer falsamente que el proceso pueda ser también *una institución social puesta en forma jurídica*. Y en verdad que no hay tal. Todos los fenómenos sociales que uno quisiera concebir como gérmenes o bosquejos del proceso, o son propiamente su antítesis —como las guerras y conflictos intersubjetivos, los crímenes, la autotutela— o son formas transaccionales primitivas— los arreglos de todas clases. El proceso, al igual que el Derecho, plantea un dilema existencial: se da o no, sin término medio posible. El proceso es un invento social de carácter estrictamente jurídico; algo para cumplir una función jurídica pura y que, por eso, fuera del Derecho no tendría sentido.

Deriva de aquí la necesidad lógica de referir la inteligibilidad del proceso al Derecho Procesal y no viceversa. Entre otras razones, por la irresistible de existir instituciones de Derecho Procesal que no se confunden con el proceso. El Derecho Procesal, pese a lo que dan a entender con sus definiciones innumerables tratadistas, lejos de identificarse con el proceso, concierne también a otras instituciones diferentes. Lo extraño, lo que da grima por su desconcertante falta de lógica, es pregonar *urbi et orbe* que el Derecho Procesal es el «Derecho del proceso» y estudiar después en él con tranquila despreocupación cosas que se termina reconociendo que *no son procesos*, tales como la conciliación, el arbitraje, la jurisdicción de equidad, la jurisdicción voluntaria, etc. Entonces es inevitable preguntar: ¿En qué quedamos? ¿Es, o no, el Derecho Procesal el Derecho del proceso? Si lo es, no podrá tener cabida en él ninguna institución distinta; si no lo es, el proceso *constituirá una especie, no un género* y para definirlo habrá que referirse a las notas comunes, genéricas a las diversas especies.

Está bien claro ahora por qué la mayoría de los procesalistas no podía acertar con la esencia del proceso: Porque al tomarlo como algo sin plural ni paralelo, como el único exponente del Derecho Procesal, quedaban incapacitados para captar su *género próximo* y su *diferencia específica*-, es decir, las dos nociones cuya conjunción determina la esencia. Faltos de esta luz, ¿cómo iban a poder fundar *juicios preferenciales* consistentes; cómo se pondrían en condiciones de decirle al Legislador qué tipo de proceso sería mejor o peor que otro y al Tribunal Constitucional *qué se ha de exigir a una colección de trámites con apariencias procesales para ser realmente el «debido» proceso que puede justificar una sentencia*; y qué actuaciones de parte o de órganos públicos deberían proclamarse lícitas, cuáles ilícitas y por qué así?

¿Cómo deslindar sin vacilaciones en el proceso lo *normal* de lo patológico?

Otra vez, para superar cualquier clase de pronunciamientos voluntaristas, nos es indispensable fijar con claridad meridiana la esencia y la *ratio essendi* del proceso. Y por ello no podremos excusar, primero, una toma de posición coherente en torno al Derecho Procesal.

IV

No querría, bajo ningún concepto, aburrir a ustedes con excesivas abstracciones, pues ya son bastantes las que pesan sobre este artículo. Permítanme, pues, que, por razones de amenidad, los argumentos abstractos substituyan una experiencia por hacer... en el reino de la fantasía.

Atrévase a imaginar conmigo que, de pronto, aparezca en el mundo un genio religioso, ungido de carismas, que arrastre tras de sí a ingentes y enfebrizadas muchedumbres. Su lema es: «Construyamos una ciudad sin mal, que haga contagioso el bien entre los hombres.» Miles de conjurados en su idea compran una vasta zona de tierras en un país, que no es necesario mencionar, y fundan allí «Nueva Luz», como ciudad modelo —una «polis» para nuestra época. Todos sus habitantes han hecho el voto más solemne de acatar escrupulosamente todas las normas de convivencia que han establecido de consuno para que cada uno conozca su deber; y no admiten allí a nadie que no haya contraído, con plena conciencia y garantías, un compromiso similar. Cualquier duda que pueda surgir respecto al alcance de un precepto, o cualquier omisión que deba suplirse, será resuelta por el Fundador o quien haga sus veces.

Imaginemos todavía que, por un tiempo, el que lleva durando ese experimento, el más revolucionario jamás acometido, *no se ha producido ni una sola infracción*. Y ahora preguntémosnos algunas cosas importantes: 1.^a ¿En qué consiste el Derecho que rige en esta

ciudad? 2.^a ¿Existe un Derecho procesal allí? 3.^a ¿Qué significación y alcance tiene la función, encomendada al Fundador o a su vicario, de aclarar dudas y suplir omisiones?

El Derecho —si así puede llamarse— que rige en esta *polis* es todo un ideal de cooperación y convivencia, perfectamente realizado, sin que haya la más mínima dualidad entre *proyectos* y *ejecución*, entre las *normas* y la *vida*. Dada la buena voluntad reinante, este Derecho es mucho menos complicado que los que estamos acostumbrados a manejar y se reduce, como quería Platón (*República*, IV, 425, c y d), a las normas que no son consecuencias obvias de la *relación compatibilizadora* forjada entre las partes. Cuando los interesados, por ejemplo, llegan a un acuerdo sobre algo, no hace falta que nadie les diga, en lo substancial, qué implica tal compromiso para cada uno, pues en eso estriba la esencia misma de su convención. En cambio, para ordenar el tráfico o la salida de una multitud de un local o para el uso armónico de las cosas comunes o de dominio público hace falta partir de ciertas convenciones previas, variables entre amplios límites sin inferir a nadie perjuicio. Hay que estipular normas que, compatibilizando las libertades, eviten un desorden obstructivo.

Resulta, así, que incluso en una comunidad de santos hay un Derecho-Norma que es imprescindible. ¿Lo será igualmente un Derecho Procesal? ¿Todo depende de lo que uno quiera entender por este último! Más en particular aún, nuestro pronunciamiento vendrá condicionado por la calificación que atribuyamos a la intervención esclarecedora o subsanatoria del Fundador o su vicario. ¿La interpretación jurídica —nos deberemos cuestionar— es un *fin* consubstancial, privativo del Derecho Procesal o un *medio* de que éste se vale? Parece que un medio, pues no en vano la interpretación es de uso general en todas las ramas del Derecho. Cualquier norma ha de ser interpretada antes en su función directiva y pacífica que en su papel de *criterio preferencial* para zanjar polémicas. Con buena voluntad esencial puede haber *dudas*; pero no *conflictos*. ¿Consideraríamos cometido procesal el *mero dirimir las dudas a una parte*? Confesemos, primero, que la pregunta no es fácil de contestar. Aunque las concepciones en boga prejuzguen una respuesta negativa, ya que llevan a concluir que no hay Derecho Procesal sin proceso, ni proceso sin dualidad de partes; ya hemos visto qué insatisfactorio resulta este enfoque, por lo demás enteramente apriorístico. ¿No podremos llegar a otro por simple análisis?

Consideremos a las normas, sea cualquiera su procedencia, como una parte del Derecho. Creo que no es menester realizar tremendos esfuerzos intelectivos para demostrar cumplidamente que las normas, en cuanto tales, es decir, como proyectos que sugieren formas de compatibilización entregadas a la libertad, no agotan el Derecho. Por lo pronto, hay *actividades jurídicas* que son necesarias para hacer o establecer las normas, para interpretarlas y para garantizar su eficacia. Estas actividades pueden, a su vez, estar, en parte, *normadas* o proclamarse *discrecionales* o no estar normadas en absoluto. Cuando, por ejemplo, el poder legislativo reside en una sola persona, a quien se atribuye también la soberanía, su actividad, al legislar, no está reglada; aunque no por eso se podría reputar *ajurídica*. ¿O acaso podría hacerse *ajurídicamente* el Derecho?

Cuando un amigable componedor o un arbitro en equidad o un oráculo religioso dictan sentencia, no existen normas procesales que los coarten; pero su actuación es *procesal* y su resultado *jurídico*. Más aún, en el Derecho-Norma —supuesta la buena voluntad para vivirlo— lo esencial es *normar con el módulo idóneo*. En el Derecho- Actividad, en el orden procesal que estamos resaltando, no priva la norma de compatibilización, sino la actuación compatibilizadora. Las normas procesales vienen después como *normas de optimización*, porque aquí lo esencial es que se logre «un» resultado: Que haya normas de compatibilización, que haya sentencias. He ahí la primera necesidad a satisfacer. Y a este objetivo se llega, primero, mediante actividades discrecionales; después, tratando de aproximarse al ideal, procurando mejoras.

Visto, pues, que hay dos grandes sectores en el Derecho, aquel cuya esencia es *ser norma* y aquel cuya esencia es ser *actividad*, ¿no encontramos ya, de otra manera, la distinción, mucho más artificial y menos clara, entre lo *material* y lo *procesal*? ¿No superamos, así, radicalmente, la obsoleta fórmula que trataba de contraponer un presunto Derecho *substantivo* a un Derecho *adjetivo*? ¿No llegamos también a la raíz misma de la distinción entre lo *privado* y lo *público*? ¿No es la versión subjetiva de la norma, vivida por las partes, «interpretación» *privada* y Derecho *privado*? ¿No habrá que calificar, asimismo, las actividades desplegadas para *normar* y *sentenciar* —los dos modos de hacer «públicamente» el Derecho— de interés y de conocimiento «públicos»?

No me corresponde a mí —juez y parte en el caso— emitir el fallo en este pleito. Lo dejo entregado al juicio de ustedes. En cambio, debo absolver posiciones en el interrogatorio capital que ha quedado pendiente. Debo decir que ni siquiera en Nueva Luz cabría prescindir del Derecho Procesal, según aquí se lo concibe. La inminente probabilidad de la duda y la mera posibilidad de conflictos vendrían a imponerlo. Por eso asoma un juez, aun en un Ordenamiento para santos. Más todavía: No cabe desconocer tampoco que todo Derecho «público» tiene un substrato *procesal*, *porque se cifra y consiste en actos antes que en normas*. ¿Y cómo se podría prescindir del Derecho «público» si representa el factor de actualización, de optimización, el ideal y la invención jurídica propiamente dicha? Aún me atreveré a decir más: Sin el auxilio del Derecho público, ¿quién podría discernir y elevar a norma la realidad jurídica privada que existe estadísticamente en lo social y segregaría de los hechos caóticos que la enmarañan y confunden?

Sí, el Derecho privado contiene el elemento material que siempre habrá de hallarse, como un dato, ya realizado ante nosotros. Y el «público» el elemento *formal, perfectivo*, que se descubre por contraste entre lo dado y lo deseable; el ideal de mejoramiento, renuente a tolerar la inercia del espíritu.

Frente a quienes niegan lugar al *ideal*, como si fuese nada, pretextando su mero «no-ser», por no contar entre los hechos, y frente a quienes se rebelan contra la realidad o la desconocen, como caos, sin el concepto «positivo» que la actualice, hay que concebir el Derecho como síntesis armonizadora entre lo que *estadísticamente existe ya* en la experiencia social por obra privada y lo que, no siendo aún, *debe y puede ser*, si atinadas prevenciones políticas lo incentivan.

Pero, ¡atención!, no vayamos a confundir el genuino Derecho «privado», que recibiendo este calificativo justo por emanar de las partes en ejercicio de su irrefragable autonomía contractual, no puede extenderse sino a ellas y les queda, en principio, reservado; con el Derecho —de carácter público— supletorio de aquél, que consta en libros de leyes como el Código civil o el de Comercio. Tampoco se dejen engañar por la idea, demasiado común, de que la *autonomía privada* sea un don gracioso que los legisladores, llevados de magnánima condescendencia, acuerdan conceder a sus inermes súbditos. No, la autonomía privada es un desgano reconocimiento de un hecho estadístico contra el que resulta impotente el poder público: el hecho de que el Derecho *sólo puede ser positivo en parte, pues prospera como tal gracias a una previa infraestructura cooperativa, espontáneamente lograda, que hace posible la coercibilidad general de las normas públicas, al reducir su ámbito de aplicabilidad a un mínimo*.

Tal vez, al culminar estos razonamientos, muchos de ustedes se demanden íntimamente a qué vendrá toda esta construcción y cuáles podrán ser sus consecuencias prácticas. Bien, para que no echen de menos mi respuesta, condensaré en tres puntos las conclusiones deducibles de mis premisas.

I. La primera impone una dilatación y un cambio profundo en lo que antes era un estrecho

horizonte conceptual. El Derecho Procesal, preconizado aquí, no se reduce al «conjunto de normas que regulan el proceso» sino a un orbe mucho más amplio: «a la suma de actividades tendentes a propulsar, preservar y optimizar proyectos públicos y realidades jurídicas de carácter privado».

En semejante «universo de discurso», el proceso no se presenta ya —según pretendía Satta— como algo singular, no genérico, sino único, que sólo cabría definir en tautología. Por el contrario, será uno entre muchos procedimientos: el que tiende a librar de interferencias tanto a los proyectos jurídicos en vías de realización como a sus eventuales protagonistas.

II. La segunda conclusión se hace patente mediante una parábola.

Imaginemos que no necesitáramos más y que siempre tuviéramos a nuestra disposición un juez único, lleno de Ciencia y experiencia, agudo y perspicaz, justo, ponderativo, ingenioso, desapasionado, ininfluenciable, lince ante el fraude y la mentira y capaz de inspirar a las partes una ilimitada confianza.

Si, en estas condiciones, pesara sobre nosotros la obligación de regular el procedimiento, ¿qué sería preferible hacer? ¿Idear *a priori* rígidos esquemas de audiencias confrontadas, de acreditamiento e indagación para que el juez se atenga estrictamente a ellos; o darle carta blanca para que, amoldando al caso la tramitación, pueda graduar su intervención según las circunstancias y las dudas inopinadas que puedan surgir?

No creo a nadie propenso a enredar a un juez «paradigmático» en una maraña de recetas prefabricadas. ¡Sería ciega soberbia o auténtico delirio pretender enseñarle por adelantado qué sería en cada coyuntura lo mejor! ¡Para un juez perfecto las normas procesales no pasarían de requilorios obstructivos e injustificados! Si existen es, precisamente, porque, a tenor del caso estadístico, carecemos, por desgracia, en el mundo de jueces así.

El apólogo nos enseña dos cosas. Una, que las normas procesales, hechas como Dios manda, tenderán a suplir, con siglos de Ciencia y experiencia, las limitaciones y deficiencias intelectuales y morales, propias de los jueces con que contamos, para brindar estadísticamente a las partes ciertos mínimos de previsión y seguridad. Otra, que el Ordenamiento procesal de un país no debe juzgarse con ojos encandilados hipnóticamente en la legislación, sino sopesando el comportamiento promedio de sus jueces y la fuerza de convicción que ampara sus sentencias. Pues al fin y a la postre no hay Derecho malo con buenos jueces ni normas justas con jueces poco fiables.

III. La tercera conclusión atañe al gran problema latente en este escrito. ¿Cómo saber qué ha hecho la Ciencia por el proceso, de Cicerón acá? ¿Cómo será posible optar *científicamente* entre diversos modelos procesales? ¿Cuándo, en la conformación legal o en la tramitación de un proceso concreto, se han, o no, cumplido los requisitos indispensables para la tutela judicial *efectiva* de los derechos lesionados?

Todas estas importantísimas preguntas se contestan asimismo recurriendo a otro símil.

Al igual que muchos de ustedes, yo escribo este trabajo mediante una impresora matricial y un ordenador, gracias a un procesador de textos y a un sistema operativo de enlace, instrumentado sobre discos, capaces de registrar y devolver impulsiones magnéticas.

Como nadie ignora, hay muchas marcas de ordenadores en el mercado, compitiendo entre sí, y aun diversos modelos en cada marca, de muy diferente calidad y precios. Hay también varios sistemas operativos y numerosos procesadores de textos. En principio, todos funcionan; es decir,

respondiendo al designio que se propuso su inventor, cumplen su cometido instrumental y transforman a nuestra conveniencia las informaciones confiadas a sus dispositivos de almacenamiento y conversión.

¿De qué depende la calidad de un ordenador? ¿Cómo y cuándo, en el momento de adquirirlo, nos cabe estar seguros de haber hecho una buena elección?

¡He ahí una pregunta general, que puede aplicarse a cualquier instrumento y aun a cualquier obra o creación humana!

El hombre actúa en todos sus trabajos con una lógica presupuesta, en virtud de la cual acomoda, cada vez con mayor perfección, los medios a los fines. Cuando el resultado perseguido se logra, aunque sea insatisfactoriamente, el inventor puede anotarse un éxito. Cuando el resultado traiciona el objetivo a conseguir, habrá que apuntarle un fracaso. Durante muchos siglos estuvo obsesionado el hombre por volar en aparatos más pesados que el aire. Lo intentó muchas veces, de muchos modos y siempre en vano. Un día los hermanos Orville y Wilbur Wright idearon un modelo de avión, muy rudimentario, pero que despegó y voló unos pocos metros. Era el éxito decisivo. En adelante, el camino quedaba diseñado ya: había que sobrepasar la consecución del objeto inmediato y alcanzar el fin; es decir, el objeto *ideal*, el triunfo del propósito sin imperfecciones.

Aunque la perfección absoluta sea inasequible, la remisión al fin consiente hablar de una *eficiencia* mayor o menor, en el *rendimiento* y en el *esmero* con que trabaja cualquier útil. En el ordenador, ambas magnitudes dependen, en buena parte, de su *rapidez*, *capacidad* y, sobre todo, de su *fiabilidad*, o probabilidad de verse libre de averías; pero más aún, si cabe, de la calidad de los programas que lo movilizan.

Algo parecido sucede en el Derecho procesal, donde las personas (legisladores, jueces, funcionarios administrativos) desempeñan los cometidos del ordenador mientras que las normas procesales son equivalentes a los programas.

Lo que sucede en nuestro mundo es que la eficiencia de los ordenadores es muy superior a la eficiencia de nuestros jueces y ya no digamos de nuestros funcionarios administrativos y, más aún, de nuestros legisladores. El juez medio español dista mucho, a la verdad, de ser el mejor posible, pues el sistema que se utiliza para seleccionarlo es tan deficiente como su organización profesional. Pero, al menos, sus «programas de trabajo», es decir, las normas procesales por las que debe regirse, por defectuosas que nos parezcan en algunos aspectos, recopilan una experiencia secular y, en cuanto a su fin, *la más probable consecución de la verdad jurídica*; no tienen punto de comparación con el anacrónico voluntarismo partidocrático que inunda ad *nauseam* los órganos legislativos y la (llamada) Administración pública —para descrédito y vergüenza eterna de las constituciones que lo consagran.

Porque, claro, como «invento» *jurídico*, el Derecho Procesal no es sólo un medio para que haya leyes y decisiones judiciales y administrativas. ¡Para eso nos hubiéramos contentado con los decretos de los antiguos déspotas o con la jurisprudencia oracular! No; lo que el Derecho Procesal pretende es erradicar lo irreflexivo y lo arbitrario para que las fórmulas, tanto abstractas como concretas, aplicables a la discriminación de interferencias interhumanas, se inspiren realmente en las reglas lógicas, trascendentales y formales, que hacen probable la verdad jurídica.

En algunos países, la exigencia de «racionalidad» respecto a las leyes va paulatinamente integrando otra garantía constitucional asimilable al «debido proceso». Entre nosotros, por el

contrario, dicha garantía, amén de confinarse únicamente al ámbito judicial, está muy lejos aún de haber superado en los procesos constitucionales ese instintivo decisionismo, tan propenso a la acepción de personas, que complica al Tribunal Constitucional en las mismas irregularidades para cuya extirpación se ha creado.

Pues sin una definición válida de la *tutela judicial* efectiva, meras apariencias procesales, tramitaciones que expresivamente llamaría la calle «paripés», pueden, por los *arcana imperii*, provocar la inhibición del alto Tribunal y resultar cohonestadas contra Derecho.

Esto no podría ocurrir si estuviéramos bien advertidos de la analogía precedente. El Derecho Procesal, en todas sus normas, es el «software» al que se confía la probabilidad de acierto en las sentencias. Por tanto, *mientras no se demuestre otra cosa*, toda norma procesal ha de valer como condición presunta de verdad jurídica. La justificación de que no es así debe corresponder, *caso a caso*, al Tribunal que la invoque. En principio, cualquier requisito procesal inobservado hace que el proceso no sea el descrito como «debido» por la Ley. La subsanación de la falta será esencial para que no exista indefensión, si no se hace constar, mediante argumentos apodícticos, que la oportunidad perdida —y tardíamente recuperada— resulta indiferente para el fallo.

En este aspecto, por desgracia, la Jurisprudencia del T. C. deja bastante que desear.

Permítaseme acreditar mi afirmación con algunos ejemplos.

En sentencia de 16-VI-1982, dictada por la Sala 1ª, se encuentra la siguiente afirmación: «La tutela jurisdiccional de los Tribunales resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar, no de forma arbitraria o irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del proceso.»

Propuesta en estos términos, es obvio que la cuestión no está planteada correctamente. Pues en materia de presupuestos procesales el acierto del fallo al estimar o desestimar la excepción no se cifra en la calidad de los argumentos aducidos por el Tribunal, sino que finca sobre dos hechos y sobre una condición axiológica. En cuanto a los primeros, que falte, o no, el requisito y que el litigante afectado haya, o no, tenido la oportunidad de subsanar el defecto. En cuanto a lo segundo, que la exigencia del presupuesto procesal no atente al *contenido esencial* del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este aspecto resulta más atinada la sentencia de 21-VII-1983, de la misma Sala, según la cual «el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución fundada en Derecho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la ley, *en cuyo caso habrá que determinar si la causa impeditiva afecta o no al contenido esencial del derecho*, ya que, de acuerdo con el art. 53, 1 CE, el legislador ha de respetar tal contenido esencial».

Ni que decir tiene que el TC (del que brillan por su ausencia, en forma poco explicable, los procesalistas) no sólo no ha resuelto, sino que ni siquiera planteó con justeza el problema decisivo, latente aquí, a saber: *¿Cuándo los requisitos procesales menoscaban el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva?*

Excluyamos, ante todo, respuestas que vengan a parar en mero verbalismo (cosa en la que pecan con frecuencia los Tribunales). Una exégesis realmente esclarecedora no se efectúa jamás con sinónimos. Cualquier institución o forma procesal se justifica en cuanto sea instrumento de conocimiento que permita la decisión, garantía, de igualdad entre los litigantes y acreditamiento de que el Juez aplica de veras el Derecho en vez de traicionarlo, simulando cumplirlo.

Para que un determinado procedimiento, trámite o formalismo sea constitucional debe hacer

posible a las partes aportar, con igualdad de oportunidades, y al Juez obtener, sin hacer acepción de personas, *todas* las informaciones necesarias para discriminar según Derecho la interferencia en que aquéllas se ven envueltas. Por tanto, aunque en ningún caso el ritualismo debe nublar y menos opacar el fondo del asunto, la libre administración de los medios procesales por cada parte impone como consecuencia que los errores o el mal uso pesen sobre quien los cometa, con la consiguiente «santificación» de la cosa juzgada formal —que se hace imprescindible en todo proceso (sin exceptuar el administrativo, que muchas veces la desconoce).

Veamos otro ejemplo, sumamente significativo también. En sentencia de 26-XI-1984 (Sala 1ª) se lee: «La inspección financiera y tributaria va dirigida a verificar la conducta fiscal del contribuyente y, en particular, a constatar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública, y esa actividad investigadora conducirá a obtener las pruebas, en su caso, de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que no se le exige a éste la difícil prueba de su inocencia; lo único que se le impone es el deber de aportar los datos que puedan ayudar a la investigación.»

El error de calificación es aquí, asimismo, manifiesto. Si existiera para todo contribuyente la obligación de formular declaraciones *veraces* a la Hacienda Pública, quienes hubiesen cometido *delitos fiscales* tendrían también, pese al texto explícito del art. 24, 2 CE, *el deber de confesarse culpables y declarar contra sí mismos*. Igualmente esa supuesta obligación, consignada en la sentencia, de «aportar los datos que puedan ayudar a la investigación», conduce inevitablemente, si se admite, a idéntico resultado de *autoinculpación para el reo*, porque, ¿de qué le sirve a éste no estar gravado con la obligación de declarar contra sí mismo si se le obliga, pecando de incongruencia, a presentar las pruebas de sus actos antijurídicos?

Más aún. Hay que afirmar rotundamente que desde el punto y hora en que existen los delitos fiscales, la pretendida obligación de declarar se volatiliza, y no puede concebirse sino como *carga*.

En efecto; contra el intento de configurar la declaración como un deber jurídico, nos sale al paso el siguiente dilema: O la tesis habría de valer sin acepción de personas (por obra del art. 14 CE), y no sería entonces conciliable con el derecho a la no-inculpación; u otorgaría al delincuente fiscal un trato más favorable que al contribuyente honesto, con la quiebra más inadmisibles de la igualdad interpersonal.

Un contribuyente que haya omitido su declaración no puede estar obligado a decirle al Fisco: «No declaro, porque declarar sería inculparme», puesto que así *se habría inculpado ya*. Luego *tiene que ser posible no declarar sin justificar el por qué*.

Veamos aún otros supuestos de gravedad muchísimo mayor. Tengamos, primero, en cuenta, como antecedente necesario, lo establecido en el art. 162, 1 b) CE: (Están legitimados) «Para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.»

Por tanto, basta «invocar un interés legítimo» para resultar legitimado, al menos *prima facie*; pues, como ningún procesalista ignora, el desenlace de la legitimación se liga, inevitablemente, a la sentencia de fondo.

No creo que sea menester argüir cómo también este derecho constitucional al recurso de amparo tenga que formar parte de la *tutela judicial efectiva*, porque está integrado lógicamente, como condición de su respectiva virtualidad, con cada uno de los derechos fundamentales del art. 53,1 (que serían meramente buenas intenciones si carecieran de acción protectora).

En aparente desarrollo del precepto anterior, el art. 50, 2 de la LOTC faculta a la Sala, con audiencia previa del solicitante, para acordar la inadmisibilidad de las demandas: *a)* deducidas respecto a derechos no susceptibles de amparo o *b)* que «carezcan manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional».

La excepción del apartado *a)* es congruente con el objeto del procedimiento en amparo. La *b)* o se subsume en la primera y peca entonces de perniciosa redundancia, o dice algo distinto y no se sabe qué, con lo cual, por una parte, puede servir como diafragma discriminatorio, con escarnio del art. 14 CE; o se interpreta, por otra, como una especie de cortapisa, basada en el «mérito para litigar», para excluir del recurso aquellas violaciones de los derechos fundamentales que el TC considere *a priori* como de poca monta. (Solución asimismo muy propicia a la aceptación de personas y a estimaciones arbitrarias).

Por desgracia, estos condicionamientos, quizás intencionados, de su Ley Orgánica han permitido al Tribunal Constitucional, «sacar del medio» gran cantidad de recursos con un doble expediente procesal-mente harto heteróclito: 1.º Poniendo en duda *prima facie* la naturaleza constitucional de los derechos invocados; y 2.º exigiendo a los reclamantes, más allá del principio da *mihi factum dabo tibi ius*, no sólo la invocación y la prueba del hecho, sino, incluso, amén de concretar el derecho fundamental que consideren conculcado, el acreditamiento del sesgo jurídico en que se ha producido su violación. Lo cual, olvidando la tan repetida fórmula que insiste en la «maximalización de su contenido», hace a los derechos fundamentales de peor condición que todos los otros.

En una demanda ordinaria, con citar por su número el art. del CC o de cualquier otro cuerpo legal que ampare al actor, no se incurre ya en defecto legal en el modo de proponerla (que, por otra parte, no sería más que una excepción dilatoria). ¿Es, pues, admisible que en el recurso de amparo se lleve el formalismo hasta el extremo de obligar a los recurrentes a precisar de qué manera los hechos alegados violan el precepto constitucional esgrimido? ¿No es acaso ésta la operación subsuntiva consubstancial a la función discriminatoria que han de cumplir los Tribunales de Justicia?

Para colmo de males, la gran acumulación de recursos —debida, sobre todo, a la creciente propensión al despotismo que acarrearán las mayorías absolutas en cualquier democracia— han movido últimamente al legislador a librar de agobios al Tribunal Constitucional facultándolo para adoptar una medida insólita e innegablemente discriminatoria: proceder a una repulsión a limine de cualquier demanda, sin otro fundamento que el asenso unánime de sus magistrados.

Tales artimañas, enderezadas a la finalidad nada virtuosa de reducir, a cualquier precio, el número de asuntos, son la consecuencia de un tremendo yerro político-jurídico en que ha incurrido la Constitución.

En efecto, nuestra norma básica —muy deficiente en muchos aspectos— no fue la obra madura de un Poder constituyente, convocado *ad hoc* y debidamente asesorado por una Comisión de auténticos expertos.

Resultado de un previo pacto condicionante (el famoso, y aun no bien conocido, «Pacto de la Moncloa»), era incompatible con cualquier delegación *sin mediaciones* desde la base popular y por eso hubo de atribuirse a Cortes ordinarias, compuestas por partidos que se disputaban la hegemonía. Para ellos, la Constitución era, por una parte, un medio para alcanzar el poder; por otra, una traba indeseable para quienes se consideraban ya como futuros legisladores. De ahí que les interesara beneficiarse de sus apariencias, pero no sufrir las limitaciones que les imponía. Se comprende, así, que su art. 162, 1 haya restringido tan drásticamente la legitimación para

interponer el recurso de inconstitucionalidad, que sólo intereses partidistas pueden inducir a plantearlo. Es decir, al «improvisado» constituyente no le preocupan, en absoluto, las violaciones de la «norma fundamental», salvo que, trascendiendo a la esfera política, le afecten. Por eso, pese a los términos generales del art. 124, ni siquiera el Ministerio Fiscal aparece legitimado para promover tales recursos, y la legitimación para su ejercicio se reserva sólo al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 Diputados o Senadores y a los Gobiernos y Asambleas de las Comunidades Autónomas (que nada harán como no rece con ellos).

El art. 163 es también sintomático. Y, en parte, contradice al 117, que, afirmando que la justicia se administra por Jueces y Magistrados *independientes ... sometidos únicamente al imperio de la ley*; excluye que entre ley y jueces se entrometan intermediarios. Lo correcto desde la perspectiva de una Política *científica* del Derecho sería que los magistrados judiciales, respetando la jerarquía normativa, como intérpretes que son del Ordenamiento en su totalidad, aplicaran en los casos concretos la Constitución antes que las leyes, al igual que lo hacen los jueces norteamericanos, sin verse constreñidos a proponer archi-dilatorias cuestiones de inconstitucionalidad. No experimentarían entonces las partes la necesidad de acudir al recurso de amparo ante un Tribunal especial, no sólo muy expuesto a presiones políticas, sino, además, propenso a convertirse en un super legislador al margen de toda filiación democrática y con dos contraindicaciones gravísimas: tener que sentirse desbordado por el número de asuntos y ser ajenas sus decisiones a la *compensación estadística* del error.

¿Cómo se explica que los redactores de la Constitución encomendaran a un Tribunal, compuesto sólo por 12 miembros, todos los recursos de inconstitucionalidad y amparo? ¿Se quería, precisamente, que, abrumados los jueces por la magnitud de su tarea, tuvieran que patrocinar sin remedio actitudes coonestadoras?

Parece muy difícil substraerse a esta sospecha, cuyo efecto, sobremanera penoso, sume en el descrédito a una institución tan importante. Un descrédito que, por buscado, repercute y descalifica el sistema político en su totalidad. Pues ¿quién podrá perdonarle a los redactores de la Constitución la cortedad de miras que demostraron al convertir el nombramiento de un Tribunal, cuya apartidismo es su mismísima substancia, en un prorroto entre los partidos; al Gobierno, las presiones malencubiertas de que lo ha hecho víctima; y al propio Colegio las filtraciones impunes de sus sentencias, más algunas condescendencias evidentes con el Poder?

¡Cuando el Derecho Procesal se subestima o menosprecia no cabe obtener resultados más alentadores!