

«CONSTITUCION Y PROCESO», DE VICENTE GIMENO SENDRA (*)

JUAN LUIS REQUEJO PAGES

1. El libro del profesor GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, viene a sumarse a la ya abundante bibliografía que en los últimos años se está dedicando al estudio del Derecho procesal constitucional, materia ésta que, huérfana de tratamiento por los constitucionalistas, sólo en el ámbito del Derecho procesal ha encontrado alguna atención.

El interés suscitado entre los procesalistas por el estudio de los aspectos constitucionales del proceso y por el análisis de las peculiaridades procedimentales que presentan los recursos ante el Tribunal Constitucional resulta tan justificado y comprensible como sorprendente e inexplicable el correlativo abandono de estas cuestiones por parte de los constitucionalistas. La obvedad en lo que al interés de los primeros se refiere deriva, muy especialmente, de la constitucionalización como derecho fundamental en el artículo 24, *inter alia*, del «derecho a la tutela judicial efectiva», clave de bóveda de nuestro ordenamiento constitucional por cuanto en él se enquistó el código genético de un sistema jurídico organizado a partir de lo que con cierto desprecio, no exento de temor, se ha denominado la «judicialización» de los ordenamientos y que, jurídicamente, sólo es traducción de la exigencia consustancial a todo ordenamiento de instituir en sus estadios normativos finales órganos convenientemente habilitados para ejercer la tutela del conjunto del sistema normativo. En este sentido, presupuestos estructuralmente necesarios de los derechos establecidos en el artículo 24 de la Constitución son tanto el principio de expansividad y exclusividad de la jurisdicción cuanto el régimen jurisdiccional de las garantías instrumentalizadas a través del recurso de amparo. Aquél, porque el efectivo aseguramiento del ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los particulares

(*) Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

exige la extensión de la actividad tutelar a todos los ámbitos del ordenamiento y excluye la posibilidad de sectores judicialmente inaccesibles. Y el segundo, por cuanto la propia efectividad del artículo 24 precisa de los correspondientes mecanismos de enjuiciamiento y sanción jurídicos. En cualquier caso, en el artículo 24 de la Constitución se comprenden los instrumentos procesales indispensables para el aseguramiento del conjunto de los derechos fundamentales recogidos en el Título I, razón por la cual la preocupación de los procesalistas por este precepto no necesita mayores explicaciones.

Sí, en cambio, las requiere, y cada día más, la desatención de los constitucionalistas sobre este extremo. Abandonar el estudio del Derecho procesal constitucional es tanto como desdeñar el Derecho constitucional sin más. Y ello porque, caracterizándose las normas que integran el Derecho constitucional por su superior posición jerárquica, al margen de su contenido, y por instalarse en el sector del ordenamiento generador de los procedimientos de producción normativa, el desinterés por la vertiente más estrictamente procesal del Derecho constitucional implica desocuparse, precisamente, de aquellos eslabones del conjunto articulado de procedimientos que, iniciándose en la norma fundamental, transcurren sin solución de continuidad hasta las fases terminales del ordenamiento, esto es, hasta aquellas formalizadas jurídicamente en las sentencias firmes y en las que desembocan las determinaciones materiales decididas en las fases procedimentales antecedentes. El Derecho constitucional es, quizás más genuinamente que ningún otro sector del ordenamiento, puro Derecho procesal, es decir, pura ordenación de procedimientos que, si bien en sus primeros estadios formalizan los contenidos normativos fundamentales del sistema, sólo en los últimos, los hoy tenidos por objeto del Derecho procesal *strictu sensu*, materializan definitivamente las «previsiones» ideadas en aquéllos. Quizás sea el excesivo apego al, confusamente, denominado «derecho material» en detrimento del «adjetivo o procedimental» la razón que explique la consagración de los constitucionalistas al estudio del contenido de los preceptos constitucionales en perjuicio de las cuestiones procedimentales de realización de tal contenido. Evidentemente, la desatención sobre la articulación procedimental de los derechos fundamentales, con ser grave, es quizás comprensible cuando se trata de su sustanciación ante la jurisdicción ordinaria. No lo es, en cambio, el abandono de los procedimientos ante la jurisdicción constitucional, pieza clave no ya para la efectiva garantía de los derechos fundamentales, sino, más aún, para la propia cualificación jurídica de la Constitución, inescindiblemente vinculada a la potencial sanción jurídica de sus contravenciones.

Sea como fuere, resulta obligado, con independencia del encuadramiento disciplinar de su autor, ponderar el mérito de una obra dedicada al estudio de los aspectos constitucionales del proceso en general. Y ello no sólo porque en la «sociedad abierta» del Derecho constitucional siempre ha de brindarse acogida a cualquier jurista, máxime cuando se centra en cuestiones abandonadas por los aforados, sino porque lo deseable en tal sociedad no es tanto la etiqueta constitucionalista del investigador cuanto el enfoque constitucional de quien, al margen de adjetivos, se adentra en el análisis del fenómeno jurídico.

2. El libro de GIMENO SENDRA presenta, a mi juicio, como primera virtud la de su claridad expositiva, su notable documentación y la sistematización descriptiva del laberíntico entramado de procedimientos y recursos de nuestro ordenamiento procesal que en él se acomete. Para los constitucionalistas es quizás la última parte del libro (cap. 8 y sigs.) la de mayor interés, dedicada a cuestiones tales como la ordenación de los recursos, la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas y a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El conjunto de la obra adolece posiblemente de las circunstancias de su propia génesis, dado que la intercalación de capítulos inéditos con otros que constituyen la simple transcripción de trabajos ya publicados (algunos hace bastante tiempo), provoca cierta desproporcionalidad en sus partes y, lo que es más grave, dificulta el tránsito fluido entre los capítulos en que se articulan.

3. Con todo, la propia estructuración del trabajo revela ciertos presupuestos conceptuales e ideológicos que por su carácter basilar de la primera parte del libro denotan un entendimiento constitucional de la función jurisdiccional y de las condiciones de su ejercicio cuando menos discutible. En efecto, iniciar un trabajo titulado *Constitución y proceso* con un capítulo dedicado al jurado y otro centrado en el derecho constitucional al juez legal resulta indicativo de una concepción de la justicia que me parece constitucionalmente desacertada.

Es indudable que la carencia de una legitimación democrática directa en la Magistratura constituye un pesado lastre para quienes abogan por la expansividad del principio democrático más allá de los límites en los que normativamente resulta apropiado. Si bien el autor no parece ir tan lejos en sus exigencias de democratización como quienes por esta vía pretenden llanamente reiniciar el proceso de «amordazamiento del legislador» desarrollado en la Alemania de entreguerras, mediante la desvinculación del juez con respecto al derecho positivo y su sometimiento a un difícilmente determinable «sentir popular de la justicia», es lo cierto que no puede desatender la necesidad de legitimación democrática directa que tan endémicamen-

te padece nuestro poder judicial. En vía de principio, no comparto tales inquietudes, pues aparte de que la legitimación democrática no sólo la disfruta quien la obtiene de modo directo, difuminándose progresivamente la necesidad de su recepción directa proporcionalmente al estadio del proceso de producción normativa en el que opere el órgano necesitado de legitimación, en el caso del poder judicial, precisamente por actuar en las fases del ordenamiento en las que la vertiente de aplicación del contenido normativo previamente creado en las fases antecedentes se destaca notablemente sobre la vertiente de creación que toda producción normativa conlleva, tal necesidad de legitimación democrática no sólo es estructuralmente más reducida que en las fases primarias del ordenamiento (donde la creación destaca sobre la aplicación), sino que, justamente, se obtiene perfectamente mediante la estricta sujeción al principio de legalidad que debe informar su actuación, principio que conlleva la trasmisión de la legitimación democrática directa desde el legislador hasta el órgano jurisdiccional que se atiene a su escrupuloso mantenimiento. Actuando el juez en los sectores del sistema en los que de lo que se trata es de aplicar el derecho previamente determinado en su contenido por los órganos que actúan en las fases antecedentes, no tiene razón de ser la permisibilidad de una participación democrática en el ejercicio de tal actuación, toda vez que ésta tiene sentido precisamente en aquellas fases en las que lo determinante es facilitar al sistema el mayor grado de información posible. En el ámbito jurisdiccional no se trata ya de introducir información material (asegurada en su heterogeneidad con la participación popular), sino de obtener respuestas jurídicas que sean fiel reflejo de la información ya introducida, sistematizada y depurada con anterioridad por el propio ordenamiento.

Pretender expandir el principio democrático fuera de su ámbito natural (que entiendo es el de la creación normativa, no el de la aplicación) lleva al autor del libro comentado a desfigurar la naturaleza jurídica de la institución que más adecuada le parece a estos fines: el jurado. Sostiene, en efecto, que el jurado constituye un derecho fundamental «claramente vinculado con el artículo 24.2 (todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley)» (p. 15). Tan sorprendente afirmación se apoya en la tesis de considerar que el artículo 125 de la Constitución consagra el instrumento necesario para la actuación en el seno del poder judicial del derecho a participar en los asuntos públicos establecido en el artículo 23. No creo que la cualificación de un pretendido derecho al jurado como fundamental pueda sostenerse en pie. En primer lugar, es evidente que de la propia literalidad del artículo 125 se desprende con claridad que, si de derecho puede hablarse, sólo es de un derecho de configuración legal, toda vez que

la expresión «los ciudadanos *podrán* (...) participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine» indica sin ningún género de oscuridad que tal participación no se traduce en un imperativo constitucional al legislador y sí, en cambio, en una restricción para el caso de su permitida configuración legislativa al no poder instaurarse fuera de los procesos penales, únicos referidos en el precepto. Cabría pensar aquí, ante la pasividad legislativa, en una posible inconstitucionalidad por omisión, pero no debe olvidarse que la posibilidad de una inconstitucionalidad de estas características ha sido jurisprudencialmente restringida en nuestro Derecho para aquellos supuestos en los que la inactividad del legislador se traduzca en la imposible virtualización de un derecho fundamental que, por serlo, debe resultar de posible aplicación inmediata, lo que no es evidentemente el caso con el derecho al jurado.

Toda forma de participación democrática en la Administración de Justicia debe cohonestarse con las peculiaridades de la función jurídica que a su través se desarrolla y, en este sentido, me parece que la obligada participación de los ciudadanos en los asuntos públicos debe traducirse en el ámbito jurisdiccional en fórmulas de participación que, sin afectar al contenido de la decisión judicial, sirvan de mecanismo de incitación para la producción de las mismas. Jurídicamente, por lo demás, la función jurisdiccional es en este sentido, si se quiere, la que permite una mayor participación democrática, precisamente porque la actividad judicial se inicia, o puede iniciarse, no sólo a instancia de órganos de carácter público, sino, muy especialmente, por obra de los particulares mediante el ejercicio del derecho de acción. En puridad, el actor es *parte* integrante de la Administración de Justicia, y no mero partícipe, pues sin su advocación nada puede iniciar el juez (*ne procedat iudex ex officio*) (dejando a un lado, claro está, a los restantes entes habilitados para realizar tal advocación). En consecuencia, el derecho a participar en la Administración de Justicia se consagra en el propio artículo 24 y no en el 125, por consagrar aquél el derecho de acción, esto es, la facultad de provocar la actuación jurisdiccional.

De otro lado, la pretendida vinculación entre el derecho al jurado y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, así como la indistinta utilización de los calificativos «legal» y «natural» para referirse al juez cuya predeterminación se asegura en el artículo 24.2 de la Constitución revela sintomáticamente una, a mi juicio, desacertada concepción de la verdadera dimensión constitucional de la exigida determinación previa del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de cada uno de los supuestos particulares en los que deben producirse jurisdiccionalmente normas jurí-

dicas. En efecto, la conexión entre el juez legal y el jurado sólo puede establecerse si se parte de la idea de que no es constitucionalmente suficiente la simple predeterminación del juez, sino que es, además, necesario que tal predeterminación se realice a partir del previo desarrollo legislativo de todas las instituciones constitucionalmente habilitadas no ya para ejercer jurisdicción, sino incluso para participar en su ejercicio. Desde esta perspectiva el derecho al juez legal implicaría algo tan manifiestamente absurdo como la obligación para el legislador de establecer tanto las instituciones necesarias para ejercer jurisdicción como las que, en su contingencia respecto de tal fin, deben entenderse de potestiva instauración legislativa. Es obvio que la finalidad perseguida con la figura del juez legal es la precisa determinación, con anterioridad a la iniciación de cualquier proceso, del órgano judicial competente, sin que pueda condicionarse la satisfacción de tal finalidad mediante la exigencia de que la determinación se realice a partir de un concreto «determinable». Quiere esto decir que, debiendo limitarse la determinación del juez competente al ámbito de los órganos jurisdiccionales del Estado —en virtud del principio de exclusividad de la jurisdicción del artículo 117.3 de la Constitución— no hay imperativo alguno que obligue a una única configuración legislativa de tal ámbito de determinación, salvo en lo que se refiere a la existencia del Tribunal Supremo y del recurso en el ámbito penal, ni mucho menos a su integración con instituciones de claro condicionamiento legislativo en su creación. El juez ordinario debe determinarse legalmente de entre los órganos constitucionalmente competentes para ejercer jurisdicción y, al tiempo, legislativamente instaurados y organizados en instancias cuya utilización se condiciona al ejercicio de unos recursos potestativamente establecidos por el legislador. De otro modo habría de entenderse, por ejemplo, que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el derecho a los recursos en todo caso y la obligación para el legislador de establecerlos, afirmación ya desautorizada por el Tribunal Constitucional en el entendimiento de que, salvo en el orden penal, si de derecho a los recursos puede hablarse ello es con exclusiva referencia a los legislativamente creados. De igual modo, el derecho al juez legal se circunscribe a los órganos jurisdiccionales de generación legislativa, sin que pueda apreciarse vulneración de tal derecho por la circunstancia de que legislativamente no se hayan instaurado todos los órganos judiciales constitucionalmente posibles. Lo decisivo es la certera previsibilidad sobre el órgano judicial competente en cada caso, no que la previsibilidad se extienda al establecimiento antecedente de todas las posibilidades potencialmente determinables.

Estas son las razones que obligan a considerar equivocada la identifica-

ción realizada por GIMENO SENDRA entre el juez legal y el natural, en la idea de ser este último el tipo de juez asegurado por el artículo 24.2, esto es, un juez determinado en su competencia con arreglo al criterio del *locus delicti*. A mi juicio, el precepto constitucional se satisface plenamente con la determinación previa del órgano jurisdiccional, independientemente de cuál sea el criterio elegido por el legislador como parámetro de la determinación. Lo exigido es la predeterminación, cualquiera que sea el método seleccionado para alcanzarla. Ciertamente el criterio territorial es, posiblemente, el más adecuado en orden a la consecución de un cierto grado de imbricación sociológica del juez en el asunto que se somete a su conocimiento, pero al margen de no ser éste el único criterio posible, ni a mi entender el único constitucionalmente lícito, no es menos cierto que el criterio de la territorialidad ni siquiera ofrece hoy día la ventaja de permitir el desarrollo de la actividad judicial por los cauces del conocimiento por parte del juzgador de las condiciones sociales y económicas de todo tipo en las que se enmarcan las conductas a enjuiciar, ya que la extraordinaria complejidad y heterogeneidad sociales del mundo moderno hacen impensable la operatividad de un criterio sin duda efectivo en épocas de mayor uniformidad y menor dinamicidad sociales. Aún más; el criterio de la territorialidad encierra actualmente considerables inconvenientes, en orden fundamentalmente al aseguramiento de la efectiva realización de un principio básico en el ejercicio de la jurisdicción: el de la independencia judicial. En efecto; aplicar el criterio del *locus delicti* para la determinación del juez competente supondría, por poner un ejemplo suficientemente ilustrativo, someter a los Tribunales del País Vasco el conocimiento de buena parte de las acciones delictivas perpetradas por miembros de bandas terroristas, con la previsible consecuencia de que el arraigo judicial en el *locus delicti*, lejos de redundar en los beneficios de un mejor conocimiento del ámbito social del procesado, se traduciría en insoportables condicionamientos para el juzgador, claramente perjudiciales para su independencia. El derecho al juez legal, por tanto, se satisface con la simple predeterminación del órgano jurisdiccional, realizada con arreglo a criterios objetivos tanto generales como especiales, siempre que estos últimos estén justificados en atención a la necesidad de asegurar para el poder judicial unas condiciones objetivas y subjetivas de actuación que garanticen la efectiva independencia de sus titulares.

En este mismo orden de cosas me parece conveniente destacar que el objetivo de la predeterminación no se consigue únicamente si la misma se realiza a través de una norma legal o, incluso, como sostiene GIMENO SENDRA, mediante una ley orgánica. No debe perderse de vista que lo esencial en el derecho al juez legal es la predeterminación del mismo, no la for-

ma jurídica a través de la cual aquélla se realice. Esta última, sobre todo si se trata de formas jurídicas legales y en virtud de las peculiaridades procedimentales de su elaboración, constituye sin duda una garantía en cuanto a las características del contenido material que encierra, pero ni se trata de una garantía infalible, ni representa la única vía para la consecución del fin constitucionalmente perseguido. Siendo la predeterminación lo decisivo y refiriéndose el artículo 24.2 al «juez ordinario predeterminado *por la ley*» es evidente que mediante ley han de sentarse los criterios fundamentales para la determinación del órgano jurisdiccional, pero nada impide que, fijados en la ley tales criterios, la concreción de los mismos pueda desarrollarse en lo accesorio por normas de rango infralegal. Mediante ley deberán sentarse las bases para que la asignación de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales se realice con arreglo a criterios de generalidad y objetividad, pero, asegurado esto, nada se opone, incluso resulta prácticamente obligado, a que se dé cabida en el proceso de determinación judicial a normas reglamentarias, postura ésta asumida por la jurisprudencia constitucional alemana.

Un punto más de discrepancia. Aun sin constituir un objeto específico de su trabajo, GIMENO SENDRA se apoya en un concepto de jurisdicción que no por extendido en la doctrina procesal, y aun en toda la doctrina, me parece conveniente. Entender, como se hace, por ejemplo, en la página 65, que «como se encarga de señalar la Constitución son dos las notas esenciales que deben concurrir en un órgano para que merezca el calificativo de jurisdiccional: a) la de estar institucionalmente dotado de independencia, y b) la de ser titular de la potestad jurisdiccional» supone operar con un concepto de jurisdicción en el que se confunde el contenido de esta función jurídica con las condiciones que a su ejercicio impone la Constitución. Conceptualmente no es la independencia un componente de la jurisdicción, sino tan sólo un principio informador del modo en el que la jurisdicción debe ejercerse, de manera que con su ausencia en nada se desvirtúa la naturaleza jurisdiccional del órgano que ejercite esta función, esto es, que aplique irrevocablemente el derecho, sino que lo que se produce es la vulneración del principio constitucional de exclusividad de la jurisdicción en manos de órganos funcionalmente independientes. En este sentido, la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional (p. 212 y ss.) no puede plantearse en los términos de su posible condición de órgano jurisdiccional especial u ordinario (utilizando, además, ambiguamente el primer calificativo) para concluir predicando su naturaleza jurisdiccional por la concurrencia en su seno de las notas de independencia y ejercicio de jurisdicción. El carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional resulta únicamente del cometido que

constitucionalmente le atribuye el Título IX de la Constitución, por consistir en la facultad de aplicar irrevocablemente el derecho en procesos que, con carácter general, tienen por objeto un específico sector del ordenamiento jurídico. Tal cualidad en nada se ve sustancialmente alterada por el hecho de que su actuación se articule en torno al principio de independencia. Incluso ni la más absoluta de las dependencias trastocaría la naturaleza jurisdiccional de sus pronunciamientos, toda vez que ésta no depende tanto de las condiciones en que se actúan las funciones jurídicas cuanto de los efectos jurídicos —en este caso la irrevocabilidad— que el ordenamiento confiere a las normas resultantes de tales actuaciones.

4. Aun cuando estas páginas han querido centrarse en los aspectos más críticos del libro del profesor GIMENO SENDRA (inevitablemente críticos, como corresponde a una obra que en ningún momento rehúye el enfrentamiento con cuestiones polémicas, algo que siempre es de agradecer), el conjunto del trabajo ofrece numerosos puntos de interés. Tal es el caso, por ejemplo, del capítulo dedicado al «derecho a la prueba» (cap. 6), con un sugestivo planteamiento de los problemas ocasionados por las pruebas de alcoholemia y las intervenciones corporales en su posible enfrentamiento con el derecho a la integridad física y a no confesarse culpable. De modo muy especial, y como ya se ha indicado, merece destacarse la parte final del libro, particularmente el capítulo 11, dedicado al estudio de la «naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo», donde se cuestiona la naturaleza de este recurso a partir del análisis individualizado de cada uno de los actos jurídicos susceptibles de ser recurridos en esta vía. Finalmente, en el capítulo 12 («La capacidad y la legitimación en el proceso de amparo») se trasladan con claridad y sencillez al ámbito del recurso de amparo conceptos procesales tan complejos como el de «legitimación», «capacidad para ser parte», «derecho de conducción procesal», entre otros.

En definitiva, se trata de una obra desigual en sus partes (aquí la génesis de cada uno de los Capítulos tenía que dejarse sentir) cuyo principal mérito, el mayor sin duda, es su planteamiento multidisciplinar, alejado de la siempre empobrecedora óptica unidimensional y ambicioso en su intento de congregar conceptos y categorías procesales y constitucionales. Junto al mérito expositivo y sistematizador de su contenido, el libro presenta, no obstante, ciertas deformaciones en sus presupuestos constitucionales que son, justamente, las que aquí han querido señalarse, sin que con ello pueda verse en estas páginas —al menos así lo espero— otra cosa que el ejercicio del más fundamental, a mi juicio, de los derechos: el derecho a equivocarse.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA *

° Han participado en la elaboración de esta Sección:

Guiomar Arias Berrioategortúa.
Macarena von Carstenn-Lichterfelde.
Julián Sánchez García.

Habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orjanel*, profesor titular de Derecho Constitucional.

