

EL DEBIDO PROCESO PROPORCIONAL

Roberto GONZÁLEZ ÁLVAREZ

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Catedrático de Derecho Procesal Civil

Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas

Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal

1. SUMARIO: I. Introducción. II. La garantía del debido proceso. 1. Contenido del principio de acción: la garantía del debido proceso. 2. Problemas del debido proceso en el *civil law*. 2.1. La deficiente traducción de su *nomen iuris*. 2.2. La genética del debido proceso legal no es la del derecho procesal del *civil law*. 2.3. La razonabilidad y la proporcionalidad del *civil law* frente al *due process of law*. 2.4. La garantía de tutela jurisdiccional y la confusión de su contenido con el del debido proceso. 2.5. La falta de una teoría clara sobre el subsistema principal jurídico. 3. (In)Dispensabilidad del debido proceso en el *civil law*. 4. La garantía del derecho de participación democrática: el debido proceso (en sentido amplio). 5. La garantía del derecho a la eficiencia del proceso: el debido proceso (en sentido estricto). 6. Debido proceso: de derecho a mínimas garantías a garantía de máximos derechos. 7. Debido proceso proporcional. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo no transita sobre pasajes conocidos del debido proceso, evita las rutas sortílegas de su naturaleza jurídica y la archiconocida narrativa de su historia que, aunque parezca una herejía decirlo, son más de los inútiles recursos explicativos que intentan justificar un «intruso» en el *civil law* cuando se trata de, en serio, entender y esclarecer una institución que ha sido tan manoseada como confundida, trastocada y necesaria.

Pero decir esto no es gratuito, pues obedece a la perspectiva integrativista trialista del derecho, que sin duda mejora la «fecundidad explicativa»¹ del debido proceso, con sus bases epistemológicas y cognitivas indispensables para canalizar la fuerza de sus medulares ideas. Así, solo cobrará vida el entendimiento que se procura sobre el debido proceso si se recuerdan las siguientes premisas².

Premisa epistemológica:

a. El integrativismo trialista identifica la «interacción humana eficaz» como objeto del derecho, que tiene un plano ontológico (de esencia eficaz) que conjunciona con un plano óntico o metódico, dando lugar a la eficacia, efectividad y eficiencia del derecho, que obran integralmente con los métodos *jurísticos* dikelógico (valor), normológico (norma) y sociológico (hecho), respectivamente. En esta estructura óntico-ontológica no sólo se entiende el derecho mismo, sino también cualquier institución que lo conforma.

Premisas cognitivas:

- a. En el neoconstitucionalismo las normas son principios o reglas. Los principios son los derechos, sus garantías y las normas que los consagran, todos fundamentales. Los principios tienen una estructura normativa conformada por el supuesto de hecho (que fluye del derecho fundamental y que siempre es la vulneración de su contenido) y la consecuencia jurídica (que fluye de la garantía del derecho fundamental y que siempre implica un obrar negativo o positivo estatal), consecuentemente los principios no tienen un supuesto de hecho abierto y se aplican todo o nada y no de modo parcial, de manera que los contenidos del principio del debido proceso son también principios y no reglas³.
- b. Los derechos fundamentales no son sus garantías, ni viceversa.
- c. El principio fundamental de acción está conformado normativo-estructuralmente por el derecho de acción y sus correlativas garantías que son, entre las más importantes, la tutela jurisdiccional y el debido proceso.
- d. El debido proceso es garantía del derecho de acción, y ambos tienen sus contenidos vinculados entre sí.
- e. El principio de proporcionalidad permite delimitar los contenidos de los derechos y garantías fundamentales cuando interactúan en un caso concreto.

¹ Cf. VILLA, 2008: 242.

² Cf. GONZÁLEZ, R., 2009: 539 ss.

³ Sobre una posición contraria, en atención al artículo 111 de la Constitución italiana, Cf. FERRUA, 2007: 25 s., 58 ss.

II. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE ACCIÓN: LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

A primera vista el principio de acción comprende el derecho de acción y sus correlativas garantías, entre las que destacan la de tutela jurisdiccional y del debido proceso. Pero el derecho de acción como tal tiene un contenido conformado por otros derechos fundamentales que tienen vinculación directa con los contenidos de las garantías de la acción que, como es de fácil deducción, son otras garantías fundamentales, todo esto en un escenario de contenidos y subcontenidos.

Cuando se dice que el derecho de acción es un derecho de acceso, comprende una triple implicancia, pues es derecho de acceso a la justicia (eficacia), de acceso a la función jurisdiccional (efectividad) y de acceso al proceso (eficiencia). En cada caso el fundamento del principio de acción, es decir, la libertad y dignidad que lo animan, demarca los derechos y garantías que hacen de la acción un principio de autonomía y a la vez de prestación; pero en ningún caso esto deja de ser consecuencia de la perspectiva del integrativismo trialista sobre la acción, de manera que el ámbito del contenido que asume el principio de acción se configura por su dimensionalidad integrativista trialista.

Un derecho no solo se vincula a una garantía, ni las garantías asisten únicamente a un solo derecho. Esto hace que el elenco de garantías sea tan numeroso como el de derechos y que las garantías, contenidas o no en otras garantías, no se encasillen necesariamente en los márgenes (de autonomía o de prestación) que comprende la naturaleza del principio de acción ni en un ámbito específico de trascendencia de la eficacia del objeto jurídico en los métodos jurídicos (eficacia, efectividad o eficiencia).

El siguiente cuadro explica de mejor manera la idea referida.

CONTENIDO DEL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN			
ÁMBITO DEL CONTENIDO	DERECHOS		GARANTÍAS CORRELATIVAS
La acción como derecho de acceso a la justicia (contenido de eficacia)	A la eficacia de la justicia	A la eficaz reparación del derecho violado	Aseguramiento del libre y digno desarrollo personal del justiciable en el proceso
		De participación democrática	Debido proceso (sentido amplio)
		A la proporcionalidad de las decisiones	Proporcionalidad Separación de poderes Supremacía constitucional
		A la verdad	Buena fe procesal
La acción como derecho de acceso a la función jurisdiccional (acceso a los jueces y tribunales) (contenido de efectividad)	A la efectividad de los derechos	De libertad de participación	De oportunidad
		De defensa (en juicio)	Interdicción de la indefensión Emplazamiento válido Plazo razonable Defensa de oficio
		A la igualdad de condiciones (armas)	Imparcialidad del juzgador
		A un proceso público y oportuno	Socialización del proceso Diferenciación de la tutela
		A un juez competente	Legalidad de la competencia Irrenunciabilidad de la competencia
		A la probidad judicial	<i>Iura novit curia</i> Recta administración de justicia
		A una decisión final fundada en derecho y	Legalidad Motivación escrita de decisiones
			Tutela jurisdiccional

		motivada con razonabilidad		
		A la ejecución de sentencia y resoluciones firmes	Transitoriedad del proceso Eficacia de la serie procedimental	
<p>La acción como derecho de acceso al proceso</p> <p>(acceso al método instrumental de resolución de conflicto)</p> <p>(contenido de eficiencia)</p>	<p>A la eficiencia del proceso</p>	A interponer demanda judicial	Gratuidad (Dispositividad) ● <i>Pro actione</i> ● Iniciativa de parte	<p>Debido Proceso</p> <p>(sentido estricto)</p>
		A ser oído en juicio	De audiencia	
		A alegar (introducir afirmaciones o negaciones sobre hechos)	(Dispositividad) ● Defensa privada	
		A probar (a aportar pruebas)	Adquisición procesal Eventualidad de la prueba Valoración según la sana crítica (Dispositividad) ● Aportación de parte	
		A la publicidad procesal	Publicidad	
		A impugnar decisiones que se consideren agraviantes (al acceso a los recursos y remedios)	Segunda instancia (Dispositividad) ● Defensa privada ● Impugnación privada ● Doble instancia	
		A la validez de los actos procesales	Legalidad Finalidad Trascendencia Protección Conservación Convalidación Subsanación Integración	
		A un proceso sin gastos indebidos	Economía Preclusión (Inquisitividad) ● Finalidad prevalente ● Dirección judicial ● Flexibilidad ● Celeridad	
		A la duración razonable del proceso	Economía Preclusión	

Llama la atención la conexión entre los derechos «a la efectividad de los derechos» y «a la eficiencia del proceso» con las garantías de «tutela jurisdiccional» y «debido proceso», respectivamente, como contenido del principio de acción, y llama aún más la atención el subcontenido de derechos y garantías que en medio de tal conexión se presenta; entonces, el principio de acción comprende un contenido de tres derechos y sus correlativas garantías entre las que destacan la tutela jurisdiccional y el debido proceso y un subcontenido en el que el orden del contenido no deja de apreciarse. Claro está, que esta estructuración es consecuencia de la integratividad trialista asignada al entendimiento de la acción.

Finalmente, no se puede negar que el cuadro consignado no es cerrado ni acabado, pues queda abierto para más subcontenidos. En realidad, la conjunción principal, es decir, de derechos y sus correlativas garantías fundamentales, en el proceso y en el derecho procesal depende básicamente del principio de acción y, claro está,

del contenido que proyecta según la materia a que atiende el proceso, así su contenido se ajustará a las exigencias del proceso civil, penal, agrario, constitucional, etcétera.

Algo que interesa sobremanera destacar es que siendo los derechos y garantías de la acción sus componentes estructurales, no son ajenos a proyectar, desde sus respectivas individualidades, la composición integrativista trialista que se logra ver en el principio de acción, de manera que si refiero a contenidos como el derecho de defensa o las garantías de tutela jurisdiccional y debido proceso, cada uno de ellos bien puede ser estudiado indicando su composición de eficacia, efectividad y eficiencia, aunque tal camino no deja de ser reiterativo de la estructura integrativista trialista del principio de acción.

De otro lado, también corresponde advertir que desde esta estructura del principio de acción, la vulneración de su contenido no únicamente se puede dar y conjurar en el proceso sino también fuera de él; así, cuando el derecho a un proceso oportuno, que es contenido del derecho de acción en su perspectiva de efectividad, es amenazado o vulnerado por una ley, ésta puede ser controlada por el principio de proporcionalidad en su ruta formativa ordinaria, es decir, resulta equivocada la posición que apunta a desconstitucionalizar, o peor, a diferenciar el «proceso oportuno» del «proceso debido» indicando que el primero es constitucional y el segundo nada tiene que ver con la Constitución⁴, porque el «proceso oportuno», si bien es asunto de elección de política legislativa ordinaria, también, y antes que ello, es un asunto sobre derechos fundamentales, propiamente del derecho a un proceso oportuno que, y aquí está el punto de esclarecimiento, si bien no es contenido de la garantía de debido proceso sí lo es de la garantía de tutela jurisdiccional.

3. PROBLEMAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL CIVIL LAW

¿Por qué resulta tan problemática y deficiente la asunción del debido proceso legal en el *civil law*? La respuesta está en (i) la deficiente traducción de su *nomen iuris*; (ii) la genética sistémica del debido proceso legal, que no es la del *civil law*; (iii) la razonabilidad y la proporcionalidad del *civil law* frente al *due process of law*; (iv) la garantía de tutela jurisdiccional y la confusión de su contenido con el del debido proceso; y, (v) la falta de una teoría clara sobre el subsistema principal jurídico.

2.1. LA DEFICIENTE TRADUCCIÓN DE SU NOMEN IURIS

El *nomen iuris* de origen del debido proceso legal (*due process of law*), que es el que se le asigna en la *law of the land*, guarda incorrección en tanto si bien *due* significa debido y *process* significa proceso, *law* no significa legal sino «derecho» en tanto se entienda por él la ley o el acto parlamentario (*act of parliament*)⁵. Esto ha desembocado una serie de traducciones distintas a la dominante (debido proceso legal); así, «debido proceso justo», «proceso legal justo», «debido proceso», etcétera.

Pero el problema no solo es de traducción, sino, del sentido mismo con que se fue forjando en la residencia de sus orígenes. Así, en el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica se trata el *procedural due process* y el *substantive due process*, es decir, el debido proceso procesal (o un *due process* procesal) y el debido proceso sustancial (o un *due process* sustancial), expresiones que resultan equivocadas⁶, la primera porque es pleonástica (el sustantivo «proceso» es calificado por el adjetivo «procesal», se trata de una referencia a un «proceso procesal») y la segunda porque es contradictoria en sí misma (el sustantivo «proceso» es calificado por el adjetivo «sustancial», lo procesal no puede ser sustancial ni viceversa).

2.2. LA GENÉTICA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL NO ES LA DEL DERECHO PROCESAL DEL CIVIL LAW

Cuando se atribuyó al Estado la exclusividad del reparto ordenancista autoritario (impartición de justicia), estatuyendo luego la tipicidad de los delitos y, consecuentemente, la aplicación de las penas bajo el respeto de esa exclusividad, se aseguró el reparto (ordenancista autoritario) solamente por los tribunales, en una clara acentuación del equilibrio de poderes⁷ y de la necesidad de un método que permita a los tribunales aplicar las penas: el proceso.

⁴ Cf. CHIARLONI, 2003: 495.

⁵ Sobre el particular, en referencia al portugués, Cf. GAMA, 2005: 19.

⁶ Cf. SHAPIRO, 2006: 3 s.

⁷ Cf. SILVEIRA, 2001: 49 ss.

Con lo indicado se hizo evidente la necesidad de asegurar (*rectius est*: garantizar) al justiciable no solo la aplicación de la pena previo proceso, sino, el respeto de las reglas preestablecidas para la realización de ese proceso, entonces, la diversidad de esas reglas se abrió espacio en los ordenamientos estatales, no sin dejar de mostrar sus precedentes más distinguidos en antiguos ordenamientos, v. gr., la Biblia⁸.

Este punto de partida no solo indica que la necesidad de corrección o regularidad (legalidad) de la aplicación de las reglas del proceso, que por esa corrección se llamaría «debido», surgió apuntando al proceso penal⁹ o que la referida corrección procesal se impuso como una garantía asignada a quien se le imputaba una comisión delictual, sino, inicia una serie de errores, como entender la garantía de corrección del proceso como tutela jurisdiccional, o peor, el proceso como garantía, o peor aún, la tutela jurisdiccional y el debido proceso como si fuesen lo mismo o, encareciendo aún más esa oposición a lo bueno, diversas categorías, clases o específicas formas de debido proceso.

Tal vez en esto último el tenue contacto del constitucionalismo con el procesalismo ocasionó que en algún sector del pensamiento procesal el debido proceso podía entenderse como contenido de la tutela jurisdiccional, puesto que al fin y al cabo ésta se malentende como una situación jurídica¹⁰ —claro está, en la mejor de las peores acepciones de tutela jurisdiccional trocada por tutela procesal, sin afirmar siquiera una clara y válida diferencia— que abarca todo cuanto sitúa como derechos y obligaciones en el entorno del sujeto de derecho. En verdad, estos errores son consecuencia del abordaje constitucional por lo procesal cuando la exigencia es inversa tratándose del debido proceso.

La historia del debido proceso legal¹¹ es, sin duda, hartamente tratada y de reiterada presencia en la mayoría de estudios procesales, de manera que nada aportaría repetirla aquí, por lo que si algo corresponde aclarar es que esa historia es la del constitucionalismo, o mejor, de los principios fundamentales en el constitucionalismo, y por tanto más que interesar como precedente del debido proceso en la perspectiva procesal, importa como precedente del subsistema principal de la Constitución, porque su decurso no aporta ni esclarece por sí mismo la corrección en el entendimiento del *due process of law*, sino como ruta de arriba a un crucial momento, que no deja de ser histórico, en que la principiología jurídica asume un rol medular (neoconstitucional) y en ello sobre el debido proceso hay mucho que decir, más aún, si de él también mana la composición integrativista trialista del derecho. Lo dicho no exime de reparar algunos puntos históricos del debido proceso que hacen que cuando se intentan alinear con la ruta del *civil law* trastabilen, sobre todo con los institutos propios de este sistema, cuando es recepcionado en los países que comprende (Alemania¹², Italia¹³, España¹⁴, Argentina¹⁵, Brasil¹⁶, etcétera).

El *due process*, sin adjetivo que lo califique, surge en Inglaterra con una función legislativa y judicial, estableciendo la sujeción del monarca a las leyes generales adoptadas del Parlamento y aplicadas con un *judicial proceeding*¹⁷, lo que significa la (pre)existencia de un procedimiento judicial y que éste frene la arbitrariedad del Ejecutivo. Ese mismo sentido fue el que tuvo en los Estados Unidos de Norteamérica aunque no con claridad que perdurara sobre todo porque el desarrollo de la garantía del juzgamiento sobre la base de leyes generales no se dio bajo rubro del *due process*, sino, bajo la prescripción del valor universal de las leyes que el *Bill of attainder clause* contenía y del principio de la separación de poderes.

Luego, el *due process* fue desplazado por el *procedural due process*, enfocando su ámbito de acción a la regularidad de procedimientos administrativos y procesos judiciales, y aquí es donde la jurisprudencia tejió los músculos fundamentales del *procedural due process* en medio de los problemas del federalismo¹⁸ que condujeron a la Corte Suprema a interpretar de la *due process clause* de la XIV Enmienda, tanto derechos procesales como derechos sustanciales de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*), posicionándose así el *substantive due process*.

⁸ Cf. DEUTERONOMIO, 16: 18 ss; SAN JUAN, 7: 51.

⁹ Sobre el *due process of law* en el proceso federal de los Estados Unidos de Norteamérica Cf. ESPARZA, 1995: 67 ss.

¹⁰ Cf. MONROY, 2005: 498.

¹¹ Sobre el origen e historia del debido proceso Cf. LINARES, 1989: 15 ss; DE BERNARDIS, 1995: 141 ss; SILVEIRA, 2001: 3 ss; GONZÁLEZ, N., 2003: 115 ss; GAMA, 2005: 39 ss; CASTRO, 2005: 5 ss.

¹² Sobre el *due process of law* en el derecho procesal penal alemán Cf. ESPARZA, 1995: 117 ss.

¹³ Cf. ROTA, 1989: 77 ss; COMOGLIO, 2004: 225 ss; ZANNOTTI, 2006: 31 ss; PEDERZOLI, 2006: 115 ss; NICOLI, 2006: 139 ss; SAPIGNOLI, 2006: 185 ss.

¹⁴ Sobre el reconocimiento legal y jurisprudencial del *due process of law* en España Cf. ESPARZA, 1995: 161 ss.

¹⁵ Cf. LINARES, 1989: 159 ss; MORELLO, 1994.

¹⁶ Cf. SILVEIRA, 2001: 246 ss; COMOGLIO, 2004: 208 ss; CASTRO, 2005: 285 ss; GAMA, 2005: 53 ss.

¹⁷ Cf. SHAPIRO, 2006, 4.

¹⁸ *Ibidem*: 5 ss.

La construcción del *substantive due process* se erige, por un lado, en la razonabilidad¹⁹, que justifica la intervención estatal en la vida, la libertad y la propiedad (esto en la idea de que nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin *due process of law*, de manera que si hay ese *due process* y mediante él se justifica la razonabilidad de la intervención de un derecho —sea de la vida, libertad o propiedad—, que no es absoluto, la restricción estatal implicada es permitida, o mejor, es legítima) superando el control de constitucionalidad; y, por otro lado, en la razonabilidad gradual (que va de la razonabilidad a la razonabilidad intensa) en la intervención de los derechos fundamentales específicos del *Bill of Rights* colisionados entre sí.

Siendo así, el *procedural due process* implica un control de constitucionalidad ligero o suave, pues no prohíbe al actuar estatal, solo determina si éste está encausado en la corrección procesal y si amerita una sanción; en cambio, el *substantive due process* importa casos judiciales sobre derechos (*rights cases*), por tanto un control de constitucionalidad complejo, un examen jurisdiccional de legitimidad orientada por una política de equilibrio, de equidad, es decir, por un proceso equitativo e imparcial²⁰.

Interesa reparar de la diferenciación precedente que el *substantive due process* remite a los *balancing cases*, es decir, a los mal llamados casos difíciles²¹, o a aquellos en los que la interpretación y aplicación normativa es por ponderación.

Como se puede ver la historia del *due process* es la historia del *judicial review*, a cargo de cortes ordinarias (*regular courts*), no es la historia del control kelseniano de constitucionalidad frente a la que, aún en sistemas duales (difuso y concentrado), no deja de ser historia ajena, con consecuencias tan marcadas de incompatibilidad como las lecturas tan disímiles de la razonabilidad, la oposición entre el desarrollo de la corrección procesal a través de principios procesales en el *civil law* y mediante control de constitucionalidad en el *common law*, en fin, incompatibilidades propias entre *common law* y *civil law*.

El pragmatismo y «seudológica» del *common law* norteamericano salta a la vista si se trata del *due process of law* expuesto en el *civil law*. No hay mayor demostración de la debilidad de un falso «facilismo mental» como hábito judicial del *common law* norteamericano que el que se expone magnánimamente con el debido proceso legal en el *civil law*. Evidentemente, la implantación de una institución del *common law* en el *civil law* no sólo distorsiona los espacios con que colinda en este último, sino, presenta aquél sistema faltando a su real importancia y dimensión, de ahí que expresiones como «seudológica» o «facilismo mental» cobran algún sentido, y sólo en ese escenario (*civil law*), sobre el norteamericanísimo debido proceso.

Pero ello no solo se ve desde ese ángulo, sino también desde otro tan peculiar como aquél; pues muchas veces se ha podido constatar la autoatribuida superioridad del *common law* norteamericano cuando algunos de sus cultores²² lo comparan con el *civil law*. En esta penosa tarea se exponen rabiosas y encendidas críticas al estilo y a la sintaxis del discurso del *civil law*, sobre todo en italiano y español, con soberbias, prejuiciosas y despectivas sentencias que, fácil es advertirlo, son consecuencia del desconocimiento de sus exigencias epistemológicas, de sus conjugaciones y semántica, tan llanas algunas veces y tan angulares otras, pero sin duda tan válidas, útiles y hermosas como la del idioma de Cervantes o del idioma de Alighieri. La diferencia²³ es que en el *civil law* se piensa con ellos, y no con el agazapado «facilismo» del inglés que así se logra divisar desde su orilla.

La diferencia es, pues, cultural en todo el sentido de la palabra. Entonces, no es raro que la importación del debido proceso legal, o peor, de lo que se pudo traducir del *due process of law*, no transite más allá de una necesidad que muchos dirán «esnobista» por no decir de moda o en boga, y que se reduce a ese fenómeno, es decir, a emplear una infeliz traducción del pensamiento e idioma extranjeros cuando en el pensamiento e idioma propios hay términos tan felices (v. gr., proporcionalidad, legalidad, eficiencia) y amplios para significar lo que se quiere con la indebida y trastabillante importación.

Tal vez la culpa circule desde el embobamiento de afortunados pasantes de universidades norteamericanas (que retornan a casa a iluminar el recargado conceptualismo del entretejido discurso del *civil law* con la luz del análisis económico del derecho o de una inteligencia tan natural como sencilla y útil en la solución de los problemas jurídicos con que pragmáticas voces les alimentaron), pasando por la sobreactuada cultura de los que escriben en español y citan (escribiendo las citas) en todos los idiomas que les sea posible, hasta llegar a algunos profesores «prácticos», por llamarlos de alguna manera, que rehúyen el estudio comparado de las instituciones y

¹⁹ Cf. CASTRO, 2005: 141 ss; TUCCI y TUCCI, 1993: 18 s.

²⁰ Sobre debido proceso e imparcialidad del juez Cf. GUARNIERI, 2006: 86 ss.

²¹ Sobre casos difíciles Cf. DWORKIN, 1984: 158; MARTÍNEZ, 2010: 25 ss.

²² Cf. CAPPALLI, 1998: 87 ss.

²³ Sobre la diferencia entre los procesos civiles norteamericano y sudamericanos Cf. SILVESTRI, 1989: 45 ss; CAPPALLI, 1992: 203 ss; TARUFFO, 2006: 57 ss; 2008; GARAPON y PAPADOPOULOS, 2008.

problemas jurídicos y que no les cuesta mucho identificarlo con la pesadilla del «pelo teórico» y, en consecuencia, caen fácilmente seducidos para endiosar el «sueño» del *common law*.

Pero cómo ver una solución a esto si ni el embotamiento del estudiante barnizado con el logo de una universidad norteamericana, ni la apariencia de erudición del jurista alucinado ni el pragmatismo del profesor improvisado pueden significar un cambio cuando se corrijan, si el problema radica en la brutal imposición de modelos jurídicos norteamericanos en el resto de países desde toda conexión, comercial o no, con ellos. Y esto no queda ahí, se traduce en el brazo fuerte de una inderrotable globalización que no cede en obligarnos a hablar en inglés y, algunos dirán por qué no, a pensar en inglés.

Lo dicho no implica ningún mal presagio ni catastrofismo porque simplemente no tienen razón para existir, todo lo contrario, el optimismo con que se debe enfrentar la globalización también hace ver que la exposición del *civil law* propicia la fuerza de su influencia y, claro está, de su perfeccionamiento, porque no hay nada mejor para ello que mirar de cerca al rival. La clave está en el celo puesto en la identidad del sistema, no por chauvinismo, sino, porque su fina máquina rechina con piezas que no calzan en su potencia. Esto no quiere ni podría intentar señalar rivalidad entre sistemas ni, mucho menos, la superioridad de uno sobre otro, eso sería caer en la torpeza que se critica, solo se busca evitar o reparar las alteraciones del sistema que se maneja, por implantaciones que perturban la fluidez sistémica, con consecuencias de incompatibilidad institucional evidentes.

Finalmente, si algo debe quedar claro es que esa incompatibilidad genética del *due process of law* en el *civil law*, solo se logra ver con anteojos procesales; pero, si el lente constitucional asoma su presencia y con él se logra ver que el debido proceso, ante todo, es componente principal del derecho, pues es garantía del derecho de acción, la genética fundamental será una sola y absolutamente compatible con el *civil law*, en la medida en que el constitucionalismo actual, afirmado con un pie en el *common law* y otro en el *civil law*, no reconoce los principios jurídicos (fundamentales) sin su universalidad.

2.3. LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD DEL CIVIL LAW FRENTE AL DUE PROCESS OF LAW

Si se habla de debido proceso en sentido amplio, que es preferible a «debido proceso sustantivo» porque no arrastra las distorsiones semánticas ni sistémicas del *substantive due process*, se entiende la garantía de corrección de formas por las que discurren los contenidos democrático-constitucionales, superando en espectro garantista a las vinculaciones de la acción como derecho a la justicia, puesto que su contenido abarca los procedimientos legislativo, administrativo e *intra privatos*, que vinculan al debido proceso como garantía también de otros derechos (v. gr., derechos a leyes válidas y de petición), es decir, no es garantía exclusiva del derecho de acción, sino de aquellos que componen el derecho a la participación democrática; y, si se habla de debido proceso en sentido estricto, que es preferible a «debido proceso procesal» (o peor, adjetivo) porque tiene mayor articulación sistémica, se entiende la garantía vinculada exclusivamente por el derecho de acción como derecho al proceso.

Si esto es así, la proporcionalidad cumple en el *civil law* la función de control constitucional que ejerce la razonabilidad en la ponderación²⁴ del *common law*, y la razonabilidad, en el *civil law*, no es sino un criterio de interpretación y aplicación que discurre en el contenido del principio de proporcionalidad, el cual, no genera en la jurisprudencia los problemas que sí propicia la razonabilidad del *substantive due process*.

2.4. LA GARANTÍA DE TUTELA JURISDICCIONAL Y LA CONFUSIÓN DE SU CONTENIDO CON EL DEL DEBIDO PROCESO

El destino común al que se enfrenta una institución importada es, o bien su deslegitimación en el ámbito en que es recepcionada, o bien su reconstrucción con nociones que son parte del equipaje importado y vernáculas, claro está, no sin sufrir las consecuencias de la hibridación. La primera consecuencia ocurre, o debe ocurrir, con el *substantive due process* pues no es empleado en la tutela de los principios fundamentales, esa labor la cumple el principio de proporcionalidad; y, la segunda consecuencia, ocurre con el *procedural due process*, en tanto al no saberse cómo entenderlo por sí mismo se apeló a divisarlo siempre en relación a otros derechos fundamentales, particularmente en relación al «derecho a la tutela jurisdiccional efectiva», del que se dijo era continente del debido proceso procesal. Situación generada por la jurisprudencia del artículo 24.1 de la Constitución española. No es raro, entonces, que también desde fuera se diga²⁵ que el derecho consagrado en el referido numeral es el correlato

²⁴ Cf. BERNAL, 2010: 7 ss.

²⁵ Cf. BERNAL, 2005: 337.

hispanico del debido proceso, y ello no se diferencia mucho de la afirmación de comprensión del debido proceso en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Lo cierto es que cuando se forjó el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se trató de consagra el derecho de acción, cosa curiosa sin mencionarlo o acudiendo a algo que se pudiera entender por él, de manera que queda claro que el contenido que se le empezó a asignar desde la jurisprudencia es el que le corresponde al derecho de acción. Ahora, la retorcida confusión entre derechos, principios y garantías, que descansa en la ambigüedad de la antesala al neoconstitucionalismo permitió que en ese contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva también se comprendieran garantías del derecho que en realidad se debió positivizar, la acción. Esto señala que ese contenido cada vez más creciente no tenía un punto de diferenciación del contenido que se fue asignando al debido proceso.

El debido proceso, considerado también como «derecho», transitó con un contenido cada vez más abultado y entremezclado con el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al punto tal que cuesta esclarecer cual contenido pertenece a cual derecho. De manera que la vulneración de cualquier garantía de la acción pareciera implicar también la del debido proceso. Para atestiguar esto basta una breve mirada la jurisprudencia constitucional española²⁶ y la influenciada por ella.

Es más, en cualquier ámbito del *civil law* no existe uniformidad²⁷ sobre los principios que lo conforman, ni una real dimensión de su contenido sea en una perspectiva amplia²⁸ (comprendiendo los medios y recursos concernientes a los principios de justicia, igualdad, contradictorio, amplia defensa, universalidad de la jurisdicción y seguridad jurídica), intermedia²⁹ (abarcando todos los principios de los actos procesales, nulidades, prueba, sentencia y recursos) o restringida³⁰ (como supeditación del proceso a las normas jurídicas).

Esta situación se esclarece con el neoconstitucionalismo, mejor aún, con el integrativismo trialista vertido a él, porque solo así se entiende con claridad que el derecho de acción no es sino el derecho a la justicia, a la función jurisdiccional y al proceso, y que en cada uno de estos ámbitos el contenido de la acción no es el mismo, por lo que las garantías que vinculan tampoco lo serán; de manera que los derechos contenidos en la efectividad de la acción (la acción como derecho a la función jurisdiccional) serán siempre estructural y normativamente vinculantes de las garantías contenidas en la tutela jurisdiccional, y lo propio ocurrirá con los derechos contenidos en la eficiencia de la acción (la acción como derecho al proceso) frente a las garantías contenidas en el debido proceso (en sentido estricto). Ahora esto en nada puede afectar el orden integrativista trialista del derecho de acción que significa que sus dimensiones son interactuantes, es decir, se trata de un único derecho con una composición trialista que actúa en forma integral, lo que permite entender que si bien un derecho contenido en la efectividad del derecho de acción enlaza una garantía contenida en la tutela jurisdicción no significa que excluya otras garantías que no sean de la tutela jurisdiccional, es decir, no significa que no pueda guardar vinculación estructural normativa con las garantías contenidas en el debido proceso. Esto es cierto en la medida en que los principios técnicos o de eficiencia son desprendimientos de los principios de efectividad, y éstos a su turno de los de eficacia.

2.5. LA FALTA DE UNA TEORÍA CLARA SOBRE EL SUBSISTEMA PRINCIPAL JURÍDICO

Si algún sector del entendimiento del debido proceso causa terribles estragos en la viabilidad de su recorrido en el *civil law*, este es el de su naturaleza jurídica, es decir, si algo se sabe sobre el debido proceso es su historia y contenido, de manera que la mención de su ser casi siempre es por lo que contiene y no por lo que es. De esta manera se entiende la institucionalización del debido proceso, en el derecho internacional y en el derecho interno, en normas supranacionales y constitucionales que no refieren el *nomen iuris* debido proceso, sino, indican su contenido.

La institucionalización del debido proceso como derecho humano en el ámbito internacional, es una clara muestra de que se entiende el debido proceso por su contenido y no propiamente por lo que es; así, los contenidos que se le reconocen y que son los que aparecen de los textos normativos son los que dan pauta para identificarlo como derecho humano. Ahora, esta situación se repite cuando en el ámbito del derecho interno se institucionaliza como derecho fundamental, existiendo algunos casos, sobre todo en las Constituciones menos antiguas, en que se emplea el *nomen iuris* debido proceso como derecho; pero, es de rescatar que en algunos casos no se determina el

²⁶ Cf. ESPARZA, 1995: 178 ss.

²⁷ Cf. GAMA, 2005: 30.

²⁸ Cf. HOFFMANN, 1998: 14.

²⁹ Cf. PORTANOVA, 1997: 145 ss.

³⁰ Cf. BERMUDES, 1996: 109.

debido proceso como derecho. Un ejemplo de ello aparece de la redacción del artículo 139 de la Constitución peruana.

Si esto es así, la doctrina y jurisprudencia no se dejaron esperar para irreflexivamente etiquetar el debido proceso como «derecho»³¹, en un inmenso maremágnum entre principio, derecho, garantía, criterio, etcétera, al punto tal que el debido proceso en una común aprehensión es principio, pero no en el contexto neoconstitucional, sino en el tradicional sesgo de los principios generales del derecho o de esos preceptos que impulsan el sistema jurídico sin poder reconocerse en ellos condición normativa alguna, o peor, es un derecho y como los derechos fundamentales, en las más viejas tradiciones, son también garantías el debido proceso es un derecho-garantía; por lo que, no faltaron, entonces, quienes afirmen que el debido proceso es principio, derecho y garantía.

Ante tanta oscuridad y ambigüedad, que no amerita mayor extensión, el arribo del neoconstitucionalismo, y con él la perspectiva de los principios como normas, es la piedra miliar que indica un nuevo punto de partida en el estudio y manejo de los principios, de manera que desde la perspectiva integrativista trialista se puede advertir la estructura normativa principal como la composición estructural normativa que permite la lectura del supuesto fáctico de la violación de un derecho fundamental, es decir, de la positivización de un derecho fundamental; y, la lectura de la consecuencia jurídica de la prescripción normativa de la correlativa garantía de ese derecho. Consecuentemente, por estos cauces, toda la teorización sobre la interpretación y aplicación principal si bien no es otra, se puede entender de mejor manera.

Los principios son derechos, sus correlativas garantías y las normas que los consagran, esto significa que la conjunción estructural de un derecho con sus correlativas garantías es un principio; ahora, tanto derechos como sus correlativas garantías pueden denominarse principios indistintamente, porque su naturaleza lo permite dada su materialidad, o mejor, su fundamentalidad, pero no se puede denominar derecho lo que es garantía ni viceversa, porque su propia naturaleza también se asegura de ello.

Siendo así, el debido proceso es garantía del derecho de participación democrática, el cual, no deja de evidenciar en su contenido la participación del derecho de acción. Esto hace que el debido proceso, como garantía del derecho de acción, tenga (i) una perspectiva amplia, porque sobrepasa los contenidos del derecho de acción y se proyecta a toda otra manifestación del derecho de participación democrática, erigiéndose en núcleo del Estado democrático de derecho; y, también (ii) una perspectiva estricta, que concentra su contenido en relación a la acción como derecho de acceso al proceso, es decir, es la perspectiva fundamental procesal (de ahí lo de estricto) que revela desde su contenido.

Pero no todo es tan llano como se quisiera, el arraigamiento mental a un debido proceso del que nada clara resulta su naturaleza es muy fuerte, tanto que aún cuando se reconozca y profese los mayores postulados del neoconstitucionalismo, que permiten un posicionamiento firme sobre el rango normativo de los principios, cuando se trata de estudiar, interpretar y aplicar el contenido del debido proceso pareciera que ello no caló, de manera que la doctrina autoral y jurisprudencial no cesa en confundir las garantías con los derechos, con una innegable consecuencia de desorden conceptual y ausencia de rigor semántico.

3. (IN)DISPENSABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO EN EL *CIVIL LAW*

¿Es (in)dispensable el debido proceso legal en el *civil law*? La respuesta es un asunto de contenidos, pues si bien la garantía de tutela jurisdiccional tiene indefinida la colindancia de su contenido con el del debido proceso y si bien el debido proceso se identifica, define y entiende no por lo que es sino por lo que contiene, esos contenidos no son nada nuevos en el *civil law* de manera que, en la imaginación de que desapareciera el debido proceso de su faz, los contenidos continuarían siendo invocados con tanta necesidad y consecuencia que si el debido proceso estuviera presente, seguramente los contenidos migrarían a un continente mayor que en este caso sería la garantía de tutela jurisdiccional y el ámbito de razonabilidad, que discurre por el debido proceso (sustantivo o material), sería tranquilamente asumido por la garantía de proporcionalidad. Estoy seguro que la semántica del *civil law* hallaría paz en algunos de sus rincones, no sin el beneficio de la castidad sistémica que ello implicaría.

Pero, los tiempos cambian y con ellos también los pensamientos, de manera que no se puede dejar de reconocer que en la vida jurídica actual el debido proceso está transfundido del linaje romano-germánico, hablan de ello su consagración en la normatividad supranacional³², su intenso transitar por la casuística³³, su absorción por la

³¹ Cf. CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): sentencia T-751A de 1999, criterio suscrito por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Perú): 1209-2006-PA/TC (F. J. 28).

³² Cf. ROTA, 1989:73 ss; TROCKER, 2001: 386 ss; COMOGGIO, 2004: 97 ss.

cognición integrativista-trialista y en ella, he aquí lo medular, su configuración neoconstitucional, con consecuencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales muy acentuadas en su utilidad.

En consecuencia, el debido proceso es dispensable en su vieja acepción procesal que en el *civil law* se define por lo que contiene o por lo que no es, pero nunca por lo que es, y en el *common law* se define como control de constitucionalidad *ex* razonabilidad (*substantive due process*); y, resulta indispensable en su nueva y paradigmática estructuración neoconstitucional, como garantía del derecho de acción que se manifiesta en la estructura integrativista trialista del derecho (i) en vinculación amplia con la acción entendida como derecho a la justicia, sobrepasándola puesto que asiste al enlace estructural normativo de todo derecho contenido en el de participación democrática, y, (ii) en vinculación estricta con la acción entendida como derecho al proceso, delimitando su contenido según la naturaleza de los derechos contenidos del derecho de acción (como derecho al proceso).

Preciso la idea, el *substantive due process* es incoherente en el *civil law*, por la presencia del principio de proporcionalidad que siendo nativo del *civil law* no puede ser desplazado por una extranjera y extraña institución, más aún, porque sus piezas se articulan plena y naturalmente con las demás de su familia; en cambio, el *procedural due process* debe reconceptualizarse en el *civil law* al calor del neoconstitucionalismo. Consecuentemente, es preferible la configuración del debido proceso en sentido amplio y en sentido estricto, entendiendo por el primero el debido proceso como garantía de la eficacia de la acción y por el segundo el debido proceso como garantía de la eficiencia de la acción. En suma el debido proceso es tal sin más, lo que significa que no hay debido proceso sustancial en el sentido del *substantive due process*, sino, debido proceso que se puede manifestar en sentido amplio, en tanto garantía intra/extraproceso correlativa del derecho de acción y de todo otro derecho manifestación del derecho de participación democrática, o en sentido estricto, en tanto garantía intraproceso.

¿Cómo homologar el debido proceso legal en el *civil law*? (Re)Construyéndolo desde el derecho constitucional, propiamente desde el subsistema principal de la Constitución, es decir, desde la perspectiva integrativista-trialista-neoconstitucional del derecho procesal, lo que permite entender que el principio de acción está estructurado normativamente por el derecho de acción y sus correlativas garantías, una de éstas es la del debido proceso, por tanto, el debido proceso no es un derecho sino una garantía, tiene un contenido principal y tiene una composición eficaz que la proyecta en un sentido amplio y una composición eficiente que la proyecta en un sentido estricto.

4. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA: EL DEBIDO PROCESO (EN SENTIDO AMPLIO)

La garantía del debido proceso (en sentido amplio) sobrepasa las extensiones de los contenidos del derecho de acción; así, sus vinculaciones con los derechos a leyes proporcionales, de defensa y de petición (ante autoridad pública o ente privado) también son patentes, de manera que no es extraño que el debido proceso legislativo, administrativo o *inter privatos* sean expresiones claras del debido proceso fuera del contexto procesal.

Entonces, ¿por qué ajustar su denominación (debido «proceso») fuera de lo «procesal»? Porque la institucionalidad del debido proceso en el contexto extraprocesal obedece a la sustantividad (*rectius est*, fundamentalidad) forjada en su origen y devenir históricos (desde sus contenidos), que en la actualidad se basa en la democracia constitucional (en el contenido del derecho de participación democrática) y en el principio supremo de justicia, es decir, el debido proceso en su expresión desde el método *jurístico* dikelógico sobrepasa la diferenciación entre proceso y procedimiento y sirve como expresión normativo-estructural-fundamental, en su faz valorativa, del derecho de acción como derecho a la justicia; y, en su expresión desde el método *jurístico* sociológico se encuadra a la naturaleza del proceso diferenciada del procedimiento, como estricta expresión principal fundamental procesal, pues su universo de aplicación es el del derecho procesal.

Si se mencionan los sentidos del debido proceso (amplio y estricto) es por mera claridad estructural principal, porque queda claro que el debido proceso es uno sólo y su única naturaleza de garantía habla ya, de por sí, todo lo que corresponde entender de ella. Ahora, su sentido amplio favorece su proyección en la *jurística* dikelógica y su sentido estricto en la *jurística* sociológica, por lo demás, no hay un alto grado de utilidad en clasificar el debido proceso, mucho menos cuando esta garantía asiste a diversos ámbitos (extra)procesales, de manera que se propende a interpretar, o peor, clasificar, diversos «debidos procesos» (*v. gr.*, legislativo, administrativo, constitucional, penal, civil, laboral, etcétera), lo que podría traducirse en el ámbito procesal en la desalineación estructural del debido proceso, como si fuera garantía de un derecho de acción también pasible de clasificación (*v. gr.*, penal, civil,

³³ Cf. GOZAÍNI, 2004: 69 ss.

laboral, agrario, constitucional, etcétera). Hablar de un debido proceso administrativo, constitucional, civil, etcétera, solo tendrá utilidad en la medida en que con ello se quiera significar el contenido del debido proceso en relación a la materia procesal en que se ve fluctuar, nada más.

El escenario en que vive el debido proceso es propio del Estado democrático de derecho, en el que si bien el poder fluye a través de procedimientos, éstos tienen un límite que los encausa en legitimidad que es el debido proceso. En consecuencia, el poder se ejerce de acuerdo a los debidos procesos previstos en la Constitución o establecidos en ley³⁴, es decir, el despliegue de poder se limita a respetar los condicionamientos del debido proceso, que no es sino el respeto a los derechos fundamentales y a sus correlativas garantías que de alguna manera tengan que ver con un despliegue legislativo, administrativo o *inter privados*, es decir, con un procedimiento implicado en su realización, lo que resulta más claro cuando se trata del despliegue del proceso. Si se tiene en cuenta que el derecho de participación democrática tiene entre sus contenidos el derecho a la corrección del obrar estatal, es fácil entender que el debido proceso y sus contenidos como garantías vinculadas a los referidos derechos participan de todas las actuaciones públicas, a las que se suman las *inter privados*.

Para esclarecer la vinculación entre debido proceso, democracia y derechos fundamentales, se debe tomar en cuenta que el derecho de participación democrática, o de obrar ciudadano en la democracia constitucional, enlaza estructuralmente la garantía del debido proceso, en tanto comprende la democracia sustancial no sólo atada a los derechos fundamentales sino, en igual medida, a sus correlativas garantías. Esto denota la democracia insertada en la Constitución³⁵, es decir, un conjunto de principios fundamentales, reglas materiales y reglas formales que programan la vida social y la función estatal en ella desde el principio supremo de justicia arraigado en los derechos fundamentales o en esa sustancialidad democrática que brota de la titularidad de éstos en «todos nosotros».

La sustancialidad constitucional del debido proceso encaja en el principio supremo de justicia antes que en el principio democrático, en la medida en que la democracia fluye de la libertad, dignidad e igualdad³⁶ que explican la justicia como principio supremo, según el cual se debe asegurar a «cada uno» —entiéndase a «todos»— una esfera de libertad, dignidad e igualdad. Esto determina que la democracia procura el respeto de los principios fundamentales con claras consecuencias como la proscripción de las desigualdades, el favorecimiento de paz y armonía sociales, etcétera.

Esto último importa sobremanera porque se traduce en que en el constitucionalismo democrático, aunque con severas críticas³⁷, se determina que ese «todos» —entiéndase mayoría democrática— no puede decidir sobre todo —«territorio inviolable»³⁸ o «coto vedado»³⁹ y «esfera de lo indecible»⁴⁰— sino solo sobre aquello que le corresponde decidir, de lo demás se ocupan los mecanismos contramayoritarios⁴¹ (rigidez de la Constitución y justicia constitucional). Pero democracia no solo es decisión sino también participación formal en el procedimiento o proceso, y en ello también funciona el «todos», en la medida en que si tan solo uno de los individuos que conforma el total («todos») tiene vetada la titularidad del derecho de participación (democrática) —comprendida por derechos como los de acción, de defensa, de petición o a leyes válidas⁴²— y de su correlativa garantía —debido proceso—, éstos no pueden ser reconocidos como fundamentales sino como ajenos a la democracia constitucional. De manera que no habiendo individuo alguno que no tenga atribuida la titularidad de ese derecho y de su correlativa garantía, estos son a no dudarlo fundamentales pero, atención, en el contexto democrático constitucional, es decir, con participación en la construcción democrática del Estado de derecho.

Se ha esclarecido⁴³ que las normas constitucionales formales (políticas o procedimentales) garantizan la dimensión formal de la democracia política (el *quien* y el *cómo* de las decisiones) y las normas constitucionales sustanciales garantizan la dimensión material de la democracia sustancial (el *qué* de las decisiones). La democracia formal está orientada, vía derechos de autonomía, por *quién* y *cómo* se manda; y, la democracia sustancial está

³⁴ Cf. BERNAL, 2005: 334.

³⁵ Cf. GUASTINI, 2010: 81 ss.

³⁶ Cf. GRINOVER, 1972: 14.

³⁷ Cf. BAYÓN, 2009: 211 ss.

³⁸ Cf. BOBBIO, 1981: 478 ss.

³⁹ Cf. GARZÓN, 1993: 631 ss.

⁴⁰ Cf. FERRAJOLI, 2008a: 337; 2011: v. 1, 773 ss; BAYÓN, 2010: 428 ss.

⁴¹ Cf. *ibídem*: 413 s.

⁴² Cf. GAMA, 2005: 22.

⁴³ Cf. FERRAJOLI, 2008a: 337 ss; 2008b: 31 ss; SALAZAR, 2009: 429 ss; CÓRDOVA, 2009: 447 ss; PRIETO, 2010: 275 ss.

orientada, vía derechos fundamentales de condicionamiento negativo (lo indecidible) y positivo (lo indecidible que no), por *qué* se manda.

Si el debido proceso es parte de la democracia en la Constitución su eje gravitatorio está en la expresión formal u objetiva de la democracia, no en la sustantiva (subjetiva o material), toda vez que en ello tiene injerencia el principio de proporcionalidad, y para asentir lo contrario habría que convivir con el *substantive due process* que debe, de una vez, desaparecer del sistema del *civil law*. El despliegue de la democracia se realiza a través del debido proceso, sin éste aquella no tendría viabilidad, es pues, qué duda cabe, garantía del derecho a la participación democrática y, en ello, de la democracia misma. Entonces, si es garantía de más está remarcar su connotación material, claro está, material procesal, o mejor, fundamental procesal, porque definitivamente la tiene; no es, entonces, contraproducente entender un «debido proceso formal», reduciéndolo a la perspectiva de garantías «estrictamente procesales», como si éstas no pusieran en juego la libertad, igualdad y dignidad del justiciable en escenario procesal, aún cuando se trata de principios de eficiencia, técnicos o sectoriales⁴⁴, siguen siendo principios (estrictamente garantías) y por tanto materiales, sustantivos o sustanciales. Por eso resulta poco útil advertir en el proceso una «dimensión formal» como contraparte de otra «dimensión material»⁴⁵.

Al igual que la «democracia constitucional», el «Estado constitucional de derecho», demanda primero determinar cuál es el sentido que le corresponde tener de la Constitución⁴⁶, lo que trae como consecuencia hablar en ambos casos de una Constitución sustantiva, rígida, limitadora del legislador⁴⁷, o mejor, del poder público, es decir, una Constitución explicada por el constitucionalismo actual, una «Constitución constitucionalizante» del derecho, entendida y explicada por el (neo)constitucionalismo.

No se debe olvidar que el debido proceso es parte estructural del principio de acción, de manera que cuando se dice que la acción es principio de cierre del ordenamiento, se considera la composición del debido proceso como parte de la estructura normativa del principio de acción. Sin la participación del debido proceso como garantía del derecho de acción, la estructura principal que conforma no podría llamarse de cierre, claro está lo propio ocurre con la garantía de tutela jurisdiccional, ésta también determina esa condición de cierre. En fin, la acción si es principio de cierre o extensión del principio supremo de justicia es por su contenido de garantías, y en ellas el debido proceso es medular, porque posibilita al individuo afirmar, argumentar, probar, contradecir en los procedimientos del Estado democrático de derecho.

La democracia permite que los ciudadanos se expresen, discursen racionalmente⁴⁸, directa o indirectamente pero siempre en forma activa en los diversos despliegues procedimentales por los que se fabrica y aplica una ley, con la finalidad de que sus intereses no sean aplastados sino todo lo contrario que fluyan coherentemente en la vida social, defendiéndolos, restableciéndolos, o mejor, procurando su tutela en democracia.

La articulación del debido proceso con la democracia está en la base de ésta, porque el debido proceso, en su composición estructural del principio de acción, permite que todos los principios fundamentales (de la libertad, de la igualdad, políticos y sociales) conjuncionen en el Estado democrático de derecho.

5. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA EFICIENCIA DEL PROCESO: EL DEBIDO PROCESO (EN SENTIDO ESTRICTO)

El debido proceso tiene naturaleza sustantiva, sea en su sentido amplio o estricto, pues es garantía del derecho de acción, es decir, es pieza componente de la estructura normativa del principio de acción, en tal condición no puede tener naturaleza procesal, sino sustancial procesal, o mejor, fundamental procesal. Este es otro aspecto que exige que la diferenciación entre *substantive due process* y *procedural due process* sea una aporía más que el *common law* genera cuando es importado en el *civil law*.

El debido proceso, en sentido estricto, se circunscribe a la eficiencia procesal, por eso expone su contenido, que es correlativo a los derechos comprendidos en el derecho de acción, en tanto éste es abordado por el método *jurístico* sociológico.

La jurisprudencia constitucional se ha esforzado en diferenciar el debido proceso constitucional del debido proceso legal, distinción que tiene una lectura paralela; por un lado es una epifanía de la distinción entre

⁴⁴ Sobre principios sectoriales Cf. GUASTINI, 2004: 207.

⁴⁵ Sobre la dimensión sustantiva del debido proceso Cf. SILVEIRA, 2001: 243 ss., 417 ss.

⁴⁶ Cf. AGUILÓ, 2010: 83 ss.

⁴⁷ Cf. FIORAVANTI, 2001: 161 ss.

⁴⁸ Cf. HABERMAS, 1998: 172.

substantive due process y *procedural due process*, respectivamente; y, por otro lado, es la usurpación del contenido de la garantía de tutela jurisdiccional para mostrarlo como contenido de la garantía de debido proceso.

Esa lectura dual es consecuencia de no lograr advertir que la interacción principal del contenido del debido proceso es intensa en cada caso concreto, y que su contenido no se determina por intuición sino por la configuración estructural del derecho de acción, de modo tal que la efectividad de la acción, que la proyecta como derecho a la función jurisdiccional, enlaza la garantía de tutela jurisdiccional y su contenido, en cambio, la eficiencia de la acción, que la proyecta como derecho al proceso, enlaza la garantía del debido proceso y, claro está, su contenido.

Consecuentemente, la idea de que puede diferenciarse un debido proceso constitucional de otro legal no sólo atenta el desarrollo neoconstitucional de los principios (en tanto éstos tienden a una optimización en su aplicación, es más, que su interpretación, contenido y aplicación se maximizan *in casu*), la estructura (integrativista trialista) del derecho de acción y de sus garantías y la propia interacción principal, sino, algo peor, vuelve a traer a escena el sentido del debido proceso que debe proscribirse del *civil law*: el *substantive due process*.

¿Qué significa la *interacción principal intensa* del contenido del debido proceso? Significa la aplicación ponderativa de los contenidos de la garantía del debido proceso que, como se sabe, son otras garantías, de naturaleza técnica o de eficiencia (propias del orden del método *jurístico* sociológico), pero que no dejan de ser principios, propiamente garantías. Lo que significa que aún cuando son principios que están involucrados en meras «anomalías» o «simples irregularidades procesales» (por negligencia o deliberadamente) son portadores de fundamentalidad y el hecho de que no salten al plano del proceso constitucional es porque precisamente la interacción entre ellos hace que se reduzcan a los confines del proceso, es pues, una interacción latente e intensa de manera que los partícipes del proceso muchas veces no la perciben, porque se trata de garantías técnicas, es decir, de principios de eficiencia; ahora, no se debe dejar de percibir que también en el proceso constitucional se evidencia esa interacción.

El asunto no gravita en advertir que se trata de «infracciones menores» que «no trascienden al proceso», «no resultan incompatibles con la Constitución» y, por tanto, «no tienen relevancia constitucional»⁴⁹, sino, que se trata de infracciones constitucionales, que se conjuran en el proceso, en la instancia de origen o en la superior, resultando constitucionales, es decir, no pierden su relevancia constitucional porque obedecen a una interacción principal intensa. Frente a cualquier circunstancia el debido proceso es una garantía del derecho de acción, por tanto de la libertad y dignidad, límite de la arbitrariedad de las actuaciones jurisdiccionales.

Esta interacción, que es débil, se puede entender de mejor manera con el ejemplo siguiente: la notificación defectuosa de la demanda al demandado, pero éste contesta la demanda en forma oportuna; en este caso la notificación defectuosa de la demanda vulnera, en el plano de la eficiencia del derecho de acción, el derecho del demandado a actos procesales válidos (frente a la invalidez de la notificación), consecuentemente activa la garantía de legalidad de los actos procesales, pero también las garantías de finalidad y convalidación, y entre estas garantías la interacción, nunca colisión, que las integra determina, *in casu*, que no es parte del contenido de la garantía de legalidad la notificación que cumplió su finalidad defectuosamente y que no obstaculizó la contestación oportuna a la demanda, consecuentemente, es contenido del principio (propiamente garantía) de finalidad el conocimiento oportuno que el demandado asumió de la demanda aún cuando ésta fue defectuosamente notificada, de igual modo, es contenido de la garantía de convalidación la contestación oportuna de la demanda por el demandado aún cuando ésta se le haya notificado defectuosamente.

Ese ejemplo también puede entenderse en el plano de la efectividad del derecho de acción, es decir, poniendo en escena la vulneración del derecho de defensa y la activación de las garantías contenidas en la garantía de tutela jurisdiccional, particularmente de la garantía de emplazamiento válido, intensamente interactuantes con las garantías del debido proceso de manera que el resultado *in casu* comenzaría por determinar que no es parte del contenido de la garantía de emplazamiento válido la notificación defectuosa que cumplió la finalidad de dar a conocer la demanda, autoadmisorio y anexos al demandado.

Se trata a todas luces de la aplicación ponderativa (como equilibrio) de las garantías del debido proceso, claro está, se trata de una aplicación que las partes y el juez la entienden como resultado, aunque muchas veces no como procedimiento ponderativo, de manera que puede dar lugar a un pronunciamiento jurisdiccional motivado en la aplicación principal referida; pero también puede pasar desapercibido, caso en el que se hace notar la intensidad de esa interacción principal.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), sentencia T-461.

Lo cierto es que aquí no debe dejarse de ver que los contenidos fundamentales están presentes e interactuantes en el proceso; no se trata, pues, de una «simple irregularidad procesal» que no delata inconstitucionalidad del proceso, ésta existió pero fue conjurada por la interacción intensa de las garantías del debido proceso.

Teniendo en cuenta lo dicho y frente a que la jurisprudencia⁵⁰ constitucional parte de la premisa de que no toda vulneración al contenido del debido proceso es susceptible de control de constitucionalidad, conviene esclarecer que según esa jurisprudencia la inconstitucionalidad de un proceso aparece solo si se vulnera el contenido esencial de algún derecho fundamental, pero no cuando se trata de anomalías o «simples irregularidades procesales», que gravitan en el contenido no esencial o adicional de los derechos fundamentales, que solo contravienen al orden legal pero no al constitucional. Entonces, siguiendo esa equivocada línea, el debido proceso constitucional sirve para retomar la constitucionalidad del proceso a través del proceso constitucional y el debido proceso legal para conjurar la anomalía o irregularidad en la jurisdicción ordinaria a través de los medios de impugnación, solamente así se evitará que cualquier reclamación se pretenda configurar como un tema constitucional. Con otras palabras solo hay debido proceso constitucional en/con/por el proceso constitucional y solo hay debido proceso legal en la jurisdicción ordinaria, o sea, no hay debido proceso constitucional en el proceso de la jurisdicción ordinaria y no hay debido proceso legal en el proceso de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, caen de maduras las preguntas siguientes: ¿puede el debido proceso clasificarse por la materia a que obedece el proceso?, ¿no hay debido proceso legal en el trámite previsto en el proceso constitucional?, ¿los jueces ordinarios no tutelan los derechos fundamentales procesales?, y finalmente, ¿asoma nuevamente el anatema del fondo y forma?, es decir, ¿debido proceso constitucional es debido proceso sustancial o material y debido proceso legal es debido proceso formal o procesal?

Antes de dar respuesta conviene señalar que el error de la diferenciación jurisprudencial anotada asume origen en la deficiente concepción de la naturaleza, contenido y estructura de los derechos fundamentales; pues, en esta lamentable línea jurisprudencial se consienten las teorías de los derechos fundamentales indistintamente entendidos como garantías, del núcleo duro del contenido fundamental y de la colisión de derechos fundamentales. Se descuida que la tesis del núcleo duro del contenido de los derechos fundamentales es inconstitucional, pues el contenido de los principios fundamentales es, todo él, fundamental y punto, que el debido proceso no es un derecho por tanto el contenido fundamental vulnerado *prima facie* es el del derecho de acción, claro está, a través de su propio contenido; y, que los principios fundamentales, también en el plano del método *jurístico* sociológico, es decir, tratándose de la interacción de principios de eficiencia o técnicos mal vistos en una simple «anomalías» o «irregularidad procesal», se aplican por ponderación, eso sí, como equilibrio y no como pesaje.

Ahora sí, absolviendo la primera pregunta, ¿puede el debido proceso clasificarse por la materia a que obedece el proceso?, es evidente que no, porque lo mismo ocurriría, necesariamente, con el derecho de acción, y nada más lejano de su naturaleza que el diferenciarse en sí mismo por la materia a la que asiste el proceso, es decir, si no hay la posibilidad de estudiar el derecho de acción constitucional, frente al derecho de acción «infraconstitucional», tampoco habrá la posibilidad de entender válidamente el debido proceso constitucional frente al debido proceso legal.

¿No hay debido proceso legal en el trámite previsto en el proceso constitucional? La pregunta encierra una falacia. El proceso constitucional no deja de ser proceso y los principios (derechos y garantías) fluctúan en él en la misma forma en que lo hacen en cualquier otro proceso. Entonces, quienes siguen la idea de diferenciar los debidos procesos constitucional y legal no podrían negar que hay debido proceso legal en el debido proceso constitucional.

¿Los jueces ordinarios no tutelan los derechos fundamentales procesales? Desde la perspectiva del «debido proceso constitucional» pareciera asentirse la pregunta; pero para ello, habría que hacer a un lado la naturaleza principal del derecho de acción, de su garantía de debido proceso y de sus respectivos y correlativos contenidos, de manera que solo así se dejaría de entender su interacción intensa en el proceso, sea cual fuese la materia a la que asista. Definitivamente los jueces ordinarios también tutelan los derechos fundamentales, sus garantías y sus correlativos y respectivos contenidos. El debido proceso, como el derecho de acción, es uno solo no tiene por qué dividirse o clasificarse por la materia procesal, peor aún, por la ilusoria autoatribución excluyente de tutela de derechos fundamentales. Se confunde paladinamente la naturaleza y sentido de las pretensiones constitucionales (mal llamadas garantías) con la interacción principal fundamental procesal.

Finalmente, ¿asoma nuevamente el anatema del fondo y forma?, es decir, ¿debido proceso constitucional es debido proceso sustancial o material y debido proceso legal es debido proceso formal o procesal? Las preguntas

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Perú), sentencia n.º 8453-2005-PHC/TC, F. J. 7; expediente n.º 1014-2007-PHC/TC, sentencia de 5 de abril de 2007.

podrían asistirse del criterio de que el debido proceso permite un control «meramente procesal» o formal y también un control material o sustancial⁵¹, caracterizándose este último por ser de proporcionalidad y controlar las decisiones y sus efectos⁵², en la idea de que lo «debido» a más de referirse al «cómo se ha de actuar» también se refiere a «qué contenidos son válidos o constitucionales», como si lo fundamental pudiera comprenderse en una parte material y en otra formal o «meramente procesal», tal vez ello se divise con claridad de lo constitucional pero no de lo fundamental de la Constitución, que es donde vive el debido proceso, no en parte sino todo él. Lo fundamental siempre es material o sustancial y lo procesal no siempre es formal, de manera que lo *fundamental procesal* no implica, en lo absoluto, condición formal.

Siendo así no se puede sino reconocer que la maldición de entender el derecho desde el fondo y la forma⁵³ está de nuevo en juego, por eso se olvida que tratándose la naturaleza del debido proceso de ser una garantía su despliegue siempre será fundamental y aún cuando se vea en un escenario de actuación procesal, el compromiso que tiene frente al contenido del derecho de acción no lo deja de mostrar fundamental. No es acaso una realidad evidente que el proceso no solamente es lo procesal sino también lo fundamental procesal en estricta convivencia, de modo tal que una actuación indebida o irregular compromete el derecho de acción, propiamente algún ámbito de su contenido y, claro está, también el de sus correlativas garantías. Entonces, que la interacción principal no sea *ex* pretensión constitucional no significa que no sea intensa en el proceso, o mejor, no significa que deje de ser fundamental. Por eso no corresponde hacer una distinción entre debido proceso sustancial y debido proceso procesal, pues es tan incoherente como las denominaciones mismas de esos «debidos procesos», es decir, es tan repugnante como el *substantive due process* en el *civil law*.

Pero esto no queda ahí, el problema del fondo y forma en el debido proceso tiene una manifestación aún más intensa, que es la del proceso equitativo, de la técnica y ética del debido proceso. Se dice⁵⁴ que el debido proceso tiene un perfil técnico y otro ético; el primero implica la funcionalidad intuitiva del proceso justo, debido o equitativo (*equo*), suficiente para la justicia procesal; y, el segundo, se traduce en el absoluto respeto de la persona y de sus derechos esenciales. Acaso la interacción intensa de los principios fundamentales procesales, vista en la resolución de problemas intuitivamente, no conlleva el respeto y tutela de los derechos fundamentales, si son estos mismos en sus expresiones técnicas como contenidos del derecho de acción y de sus correlativas garantías los que están obrando en proceso. Si la técnica es lo procesal y la ética es lo fundamental, no es acaso una proterva epifanía más del fondo y forma en el debido proceso. Proceso debido o justo no es el que resulta regular en el plano formal, proceso justo es el que se desarrolla en los parámetros de la norma constitucional⁵⁵, o mejor, en lo fundamental de la Constitución.

6. DEBIDO PROCESO: DE DERECHO A MÍNIMAS GARANTÍAS A GARANTÍA DE MÁXIMOS DERECHOS

En la ruta del *procedural due process*⁵⁶, un proceso en el que se observe la información cierta concerniente a un hecho (*notice*) o el derecho de audiencia (*hearing*)⁵⁷ a favor del justiciable, se considera debido (*due*) o justo (*fair*), puesto que de tales exigencias, consideradas como mínimos procesales, dependía la violación o no de la justicia procesal (*procedural fairness*). Ese mínimo, que propiamente significaba un mínimo contenido de *hearing*, o de algunas manifestaciones de defensa en juicio, es expresión de tutela de un interés comprendido en la propiedad, la libertad y la vida⁵⁸, pues solo así importa la aplicación del *procedural fairness*, y solo así se entendía viable el *due process*.

Si algo quedó muy marcado en el *civil law* sobre las exigencias con que funciona el *due process* es que son consideradas en conjunto como «un mínimo», es decir, elementos sumamente imprescindibles para que un proceso sea debido. En consecuencia, se trata de un derecho de mínimos contenidos —recuérdese que en esta perspectiva extranjera el debido proceso es un derecho— (propiedad, libertad y vida) y por tanto de mínimas garantías.

Frente a esto, la jurisprudencia no demoró mucho en hipertrofiar ese mínimo que de tal ya nada tenía, más aún, cuando fue sobrepasada de sus cánones originarios (propiedad, libertad y vida) y, sin embargo, aún proliferan

⁵¹ Sobre el debido proceso como garantía objetiva (formal) y subjetiva (sustancial) Cf. ROTA, 1989: 71 s; CAVALLINI, 2006: 219 ss.

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Perú), expediente n.º 1209-2006-PA/TC.

⁵³ Cf. NIEVA, 2009: 16 s.

⁵⁴ Cf. COMOGLIO, 2004: 2 ss., 151 ss.

⁵⁵ Cf. TROCKER, 2001: 386.

⁵⁶ Sobre la evolución del debido proceso procesal Cf. SILVEIRA, 2001: 309 ss.

⁵⁷ Cf. CASTRO, 2005: 31.

⁵⁸ Cf. DE BERNARDIS, 1995: 280.

definiciones, en la doctrina y jurisprudencia, que apelan a entender el debido proceso como el derecho a un mínimo de garantías.

Pero la idea de mínimos también estuvo presente en los condicionamientos procesales, es decir, en «mínimos procesales» que determinan la protección del debido proceso procesal; si esto es así, si no existe una transgresión significativa, o mínimamente significativa, a los derechos de propiedad, libertad y a la vida no tiene por qué observarse un debido proceso procesal, con lo que éste ya no se considera un derecho en sí mismo sino solo por la vulneración de aquéllos; se trata, pues, de configurar el debido proceso como instrumento de protección de derechos. El olfato del *common law* norteamericano atisba a ciegas la real naturaleza del debido proceso, la de ser una garantía. Esto se confirma cuando se constata⁵⁹ que es poco probable que la Suprema Corte reconozca (in)directamente el derecho a un debido proceso en sí mismo y no como instrumento de tutela de derechos.

Aún cuando ni los legisladores ni los jueces del *civil law* consideran lo precedente, hay en ellos la exigencia de una nueva perspectiva sobre los principios jurídicos entendidos como derechos, garantías y las normas que los consagran. Se trata de la fuerza del neoconstitucionalismo, que entiende los principios fundamentales —el debido proceso siendo garantía lo es— maximizados en su contenido, interpretación y aplicación, lo que determina que el debido proceso es garantía fundamental de contenidos máximos, que en su interpretación se optimizan y en su aplicación se delimitan. En fin, el debido proceso —como el derecho de acción que es al que está vinculado—, desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, es una garantía de máximos contenidos llevados al límite por la ponderación. Consecuentemente, resulta equivocada la idea de «mínimos constitucionales» o «bases constitucionales mínimas»⁶⁰ del debido proceso, porque sencillamente si es un principio fundamental sus bases, contenidos, corpus, interpretaciones y aplicación, son máximos.

Con el primer constitucionalismo, el surgido a partir de la *Magna Charta* de 1215, el debido proceso se identificó con las garantías mínimas de las que brotó, es decir, la configuración del *due process of law* es la que remite la perspectiva de los mínimos (contenidos y exigencias para su vulneración) en el debido proceso y, a no dudarlo, fue así que se tornó en matriz cultural⁶¹ que luego dio espacio a la moderna historia constitucional europea. Con el segundo constitucionalismo, que vino con la segunda posguerra mundial, el debido proceso se identificó desde las garantías internacionales del proceso equitativo («*processo equo*», «*procès équitable*», «*fairen Verfahren*»)⁶². Actualmente, con el neoconstitucionalismo, el debido proceso se entiende en el esquema normativo principal, la democracia constitucional, el Estado democrático de derecho y, particularmente, la perspectiva garantista del derecho, por tanto, como garantía del derecho de acción, optimizable en su contenido y con máxima injerencia en el ordenamiento, en su aplicación en el obrar público y privado, en fin, en la vida social misma.

7. DEBIDO PROCESO PROPORCIONAL

El debido proceso proporcional⁶³ es una concepción neoconstitucional del debido proceso, es decir, encajada en el orden normativo de los principios comprendidos con una estructura (normativa) integral entre derechos y sus correlativas garantías; así, el derecho de acción tiene entre sus correlativas garantías las de tutela jurisdiccional y debido proceso, la primera es garantía del derecho de acción como *derecho a la tutela jurisdiccional* (plano del método *jurístico* normológico); y, la segunda, en sentido amplio, es garantía del derecho de acción como *derecho a la justicia* (plano del método *jurístico* dikelógico) y, en sentido estricto, es garantía del derecho de acción como *derecho al proceso* (plano del método *jurístico* sociológico). La conjunción estructural del derecho de acción con sus correlativas garantías se denomina principio de acción, en tanto esto no es óbice para denominar principio sea al derecho de acción o sea a cualquiera de sus garantías, pues recuérdese que neoconstitucionalmente los principios son los derechos, sus garantías y las normas que los consagran. Si bien, el debido proceso, tiene una composición trialista ésta es integrativista, es decir, no presume separación alguna de su estructura pues obra, toda ella, en cada manifestación funcional del principio de acción, con toda su composición.

El principio, propiamente garantía, de debido proceso proporcional, como se puede ver, participa de la estructura integrativista trialista del objeto jurídico, transitando por el escenario neoconstitucional en tanto se solventa en la democracia constitucional, ergo, en el Estado democrático de derecho, por lo que, su naturaleza fundamental no es oscilante sino es permanente, de manera que no se puede identificar el debido proceso como

⁵⁹ *Ibidem*: 197.

⁶⁰ Cf. MORELLO y COMOGLIO, 2004: 416 ss.

⁶¹ Cf. TROCKER, 2001: 383.

⁶² Cf. COMOGLIO, 2004: 39 ss., 225 ss.

⁶³ Cf. CAMPOS, 2001.

estructura meramente formal sino siempre fundamental procesal; en consecuencia, el desdoblamiento que nace de la perspectiva del *common law* sobre el debido proceso en tanto se le asigna una faz sustantiva (*substantive due process*) y otra procesal (*procedural due process*) es absolutamente intolerable en la concepción neoconstitucional del debido proceso.

Si el debido proceso es siempre fundamental procesal, su aplicación siempre será ponderativa, sea por interacción intensa o por aplicación de todo el contenido del principio de proporcionalidad soportado en el criterio de razonabilidad. En el primer caso, que es el de actuación de la garantía del debido proceso por interacción principal intensa, los principios obran espontáneamente, motu proprio o *in natura*, de manera que el aplicador no requiere desplegar el contenido del principio de proporcionalidad y en él el criterio de razonabilidad, particularmente debido a que se trata de manifestaciones principales de eficiencia es decir de principios técnicos procesales, caracterizados porque son binarios o dicotómicos, que no por ello dejan de comprometer contenidos fundamentales. En el segundo caso, que es el de actuación forzosa (motivada con razonabilidad) de los principios, estos conjuran la arbitrariedad por declaración jurisdiccional expresa, lo que bien puede ocurrir en el proceso ordinario o en el proceso constitucional, sin que ello justifique una diferenciación entre debido proceso constitucional o debido proceso legal, que es altamente innecesaria e impertinente frente a la perpetua naturaleza fundamental procesal del debido proceso. El principio de proporcionalidad es fundamento de la efectividad procesal.

En cualquiera de las situaciones en que obra la garantía del debido proceso, no deja de ser proporcional, no deja de ser un debido proceso proporcional.

III. CONCLUSIÓN

El principio fundamental de acción es el nuevo paradigma del derecho procesal, los cambios epistemológicos (métodos *jurísticos* del integrativismo trialista) y cognitivos (neoconstitucionalismo) que lo asumen como tal, son también los que presentan una nueva comprensión de la garantía del debido proceso.

La presencia neoconstitucional del principio de proporcionalidad evidencia la necesidad de desterrar el *substantive due process* pues usurpa su lugar con un consecuente sobredimensionamiento de la razonabilidad como principio, cuando no es más que criterio hermenéutico que discurre por los interiores de la proporcionalidad. En suma, el derecho procesal actual distingue claramente las exigencias de sus entrañas sistémicas, por eso una pieza tan poco clara y ajena a su genética, como el *substantive due process*, no sólo rechina en su potente máquina sino debe ser reemplazada por una que calce sistémicamente: el principio de proporcionalidad.

No existe un debido proceso «sustancial» ni otro «procesal». El debido proceso es fundamental procesal más nada, no puede acogerse la perniciosa comprensión de lo procesal como lo formal en contraposición a lo sustancial, esa postura sobre el fondo y la forma se traduce en la idea de un debido proceso sustantivo y otro procesal sin dejar de ser nociva.

El compromiso de la fundamentalidad del debido proceso es permanente y se evidencia *con latencia* en las situaciones intraproceso de interacción principal técnica o de eficiencia (interacción intensa), es decir, en la interacción de las manifestaciones de su propio contenido; y, *con patencia*, en las situaciones intra/extraproceso en que sus contenidos interactúan con los contenidos de otras garantías de otros derechos fundamentales. En el primer caso se puede contemplar un debido proceso en sentido estricto y en el segundo caso un debido proceso en sentido amplio; pero para cualquier efecto, estos sentidos solo son de pedagogía de su entendimiento pues en ningún caso significan un criterio clasificatorio dado que el debido proceso es uno solo.

Los contenidos del debido proceso son fundamentales, por tanto no pueden ser contenidos mínimos, sino, son siempre máximos, en tanto esta maximización también comprende su interpretación y aplicación a través del principio de proporcionalidad, el cual, actúa en forma espontánea en la *interacción latente* (o intensa) de los contenidos del debido proceso y en forma forzosa en casos de *interacción patente* de los contenidos del debido proceso, es decir, fluctúa inherente al obrar del debido proceso, razón por la que no resta sino hablar de *debido proceso proporcional*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep, 2010: «Sobre la Constitución del Estado constitucional», en *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (Editor), Lima, Ara.

- BAYÓN, Juan Carlos, 2009: *Derechos, democracia y constitución*, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta.
- 2010: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BERMUDES, Sérgio, 1996: *Introdução ao direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense.
- BERNAL PULIDO, Carlos, 2005: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- 2010: «La ponderación en el derecho constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica. Una introducción a El derecho constitucional en la era de la ponderación de Alexander Aleinikoff», en ALEINIKOFF, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra.
- BOBBIO, Norberto, 1981: *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta.
- CAMPOS, Amini Haddad, 2001: *O devido processo proporcional*, São Paulo, Lejus.
- CAPPALLI, Richard B., 1992: «Procedimiento civil comprado: Estados Unidos, Chile y Sudamerica», en *Revista Chilena de Derecho*, v. 19, n° 2, pp. 203-275.
- 1998: «At the point of decision: the common law's advantage over the civil law», en *Temple International and Comparative Law Journal*, v. 12.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, 2005: *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Rio de Janeiro, Forense.
- CAVALLINI, Daniela, 2006: «Il giusto processo tra diritto positivo e deontologia giudiziaria», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, 2004: *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Turín, Giappichelli.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, 2009: «Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli», en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta.
- DE BERNARDIS, Luis Marcelo, 1995: *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco.
- DWORKIN, Ronald, 1984: *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki, 1995: *El principio del proceso debido*, Barcelona, Bosch.
- FERRAJOLI, Luigi, 2008a: «La esfera de lo indecible y la división de poderes», en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, n. 1.
- 2008b: *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta.
- 2011: *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez; Luis Prieto Sanchís; Marina Gascón Abellán; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón, Madrid, Trotta, 3 vols.
- FERRUA, Paolo, 2007: *Il "giusto processo"*, 2ª. ed., Bologna, Zanichelli.
- FIORAVANTI, Maurizio, 2001: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta.
- GAMA, Lidia Elizabeth Peñalosa Jaramillo, 2005: *O devido processo legal*, Campinas, Editora de Direito.
- GARAPON, Antoine y PAPAPOULOS, Ioannis, 2008: *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*. Traducción de Viviana Díaz Perilla, Bogotá, Legis.
- GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, 1993: *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, 2009: «Objeto y estructura del derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid.
- GONZÁLEZ LINARES, Nerio, 2003: *Ensayos de derecho procesal civil*, Cusco, IPIJ.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, 2004: *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, 1972: *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- GUARNIERI, Carlo, 2006: «Divisione del potere, giusto processo e separazione delle carriere», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- GUASTINI, Riccardo, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè.

- 2010: «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?», en *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*, BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (Editor), Lima, Ara.
- HABERMÁS, Jürgen, 1998: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- HOFFMANN, Susy Gomes, 1998: «O princípio do devido processo legal e sua aplicação ao direito tributário», en *Revista da Faculdade de Direito de Pinhal*, Espírito Santo do Pinhal.
- LINARES, Juan Francisco, 1989: *Razonabilidad de las leyes – El «devido proceso» como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 2ª. ed., Astrea.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, 2010: *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons.
- MONROY GÁLVEZ, Juan Francisco, 2005: «Artículo 139.3», en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, t. I.
- MORELLO, Augusto Mario, 1994: *El proceso justo*, Buenos Aires, Hammurabi.
- MORELLO, Augusto Mario y COMOGLIO, Luigi Paolo, 2004: «Bases constitucionales mínimas del proceso civil “justo” para América Latina», en COMOGLIO, Luigi Paolo, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turín, Giappichelli.
- NICOLÌ, Antonio, 2006: «L’attuazione del principio del giusto processo tra costituzione e legge ordinaria», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- NIEVA FENOLL, Jordi, 2009: *Jurisdicción y proceso*, Madrid, Marcial Pons.
- PEDERZOLI, Patrizia, 2006: «Corte costituzionale e parlamento: il confronto sul giusto processo», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- PORTANOVA, Rui, 1997: *Princípios do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2010: «*Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional», en *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ROTA, Fabio, 1989: «I principi costituzionali», en DENTI, Vittorio, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, Il Mulino.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, 2009: «Los límites al a mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas», en AA. VV., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta.
- SAPIGNOLI, Michele, 2006: «Giusto processo e cultura giuridica interna: i risultati di alcuni studi empirici», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- SHAPIRO, Martin, 2006: «Il due process of law in stile americano: un modello di confusione», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.
- SILVEIRA, Paulo Fernando, 2001: *Devido processo legal*, Belo Horizonte, Del Rey.
- SILVESTRI, Elisabetta, 1989: «Il profilo comparatístico», en DENTI, Vittorio, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, Il Mulino.
- TARUFFO, Michele, 2006: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis.
- 2008: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Traducción de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis.
- TROCKER, Nicolò, 2001: «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, Giuffrè, año LV, n. 2.
- TUCCI, Rogério Lauria y TUCCI, José Rogério Cruz, *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*, São Paulo, RT.
- VILLA, Vittorio, 2008: «Il “giusto processo” fra regole e principi», en *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milán, Giuffrè.
- ZANNOTTI, Francesca, 2006: «La costituzionalizzazione dei principi del giusto processo nel dibattito parlamentare», en *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni*

processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico, al cuidado de Carlo Guarnieri y Francesca Zannotti, Padua, Cedam.