



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

Tutela judicial efectiva: Principio y derecho.

Effective judicial protection:
principle and rule.

Eduardo Oteiza

President of the International Association of Procedural Law.
Professor at the University of La Plata, Argentina

María Victoria Mosmann

Professor at the Universidad Católica de Salta.
Judge in first instance in Salta, Argentina.

Keywords: procedural law, rule of law, democracy, rules, principles, equality, effective judicial protection, procedural reform.

Palabras Clave: derecho procesal, democracia, reglas, principios, igualdad, tutela judicial efectiva, reforma procesal.

Abstract: This essay presents a critical view of the evolution of the Argentine procedural model. It takes into account the central value of adequate judicial protection in a state of law. It links the sanction of the current Procedural Code with an autocratic government. From these perspectives, it analyzes the ideological perspective of

the Procedural Code's new draft. It relates the principles and rules of the new Code concerning access to justice in its constitutional and conventional dimensions.

Resumen: El presente ensayo presenta una visión crítica sobre la evolución del modelo procesal argentino. Toma en cuenta el valor central de la tutela judicial efectiva en un estado de derecho. Vincula la sanción del Código Procesal vigente con un gobierno autocrático. Desde esas perspectivas analiza la perspectiva ideológica del Proyecto de nuevo Código Procesal. Para hacerlo relaciona los principios y reglas del nuevo Código en materia de acceso a la justicia en su dimensión constitucional y convencional.

Sumario: I. Una deuda pendiente. Normas procesales para un Estado Democrático. II.- La tutela judicial efectiva en el Proyecto de Código Procesal Civil. Principio y derecho. 1.- La interpretación de las normas y la efectividad de los derechos (eje objetivo). 2.- Igualdad real de las partes (eje subjetivo). III.- Tutela Judicial Efectiva: configuración. IV.- La Agenda 2030 y la consolidación de la Evolución del objeto de protección de la tutela judicial efectiva. V.- Síntesis conclusiva.

I. UNA DEUDA PENDIENTE. NORMAS PROCESALES PARA UN ESTADO DEMOCRÁTICO

Andrés Rivera en *La Revolución es un sueño eterno*¹ pone en boca de Juan José Castelli la frase *la historia no nos dio la espalda: habla a nuestras espaldas*. Esas palabras puestas por Rivera en boca de quien fuera el vocero de la Revolución de Mayo las recordamos aquí para llamar la atención sobre la evolución de la normativa procesal civil nacional y federal y su falta de correspondencia con los valores compartidos a partir del restablecimiento de la democracia en la década del ochenta, que fueron reforzados por la reforma constitucional de 1994.

La disociación entre la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, por una parte, y el modelo de justicia civil que sigue el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), por la otra, es evidente. Basta con observar las fuentes de nuestra actual legislación procesal federal y nacional para advertir que las concepciones en que se fundó resultan manifiestamente obsoletas y no se corresponden con la evolución de un derecho clave para garantizar la plena vigencia del resto del ordenamiento jurídico.

El pasado, que habla a nuestras espaldas, atestigua que las fuentes de la actual legislación responden a ideas adoptadas en el Siglo XIX, con fuertes raíces en la tradición del derecho procesal español. Al mismo tiempo muestra que el Congreso de la Nación, ni antes de 1983 ni después, fue escenario de debates de interés sobre la suerte del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1987.

El Proyecto de CPCCN² (PROYECTO) elevado al Congreso de la Nación en 2019 constituye el primer intento de la democracia recuperada en 1983 de abrir un debate que permita darle efectiva operatividad al derecho constitucional y humano a la tutela efectiva, que identificamos, en el presente ensayo, con las nociones de proceso equitativo, debido proceso o acceso a la justicia, que resultan manifestaciones semejante, que identifica una noción clave del ordenamiento jurídico.

Nuestra historia en materia de normatividad procesal evidencia una escasísima deliberación en el Congreso de la Nación sobre los instrumentos legales necesarios para resolver la protección de los derechos en materia civil.

El primero paso del recorrido que proponemos fue la ley 50, elaborada en 1863 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la materia federal. Esa ley tomó como fuente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. El Art. 374 de la ley 50 remitía al derecho patrio como normatividad supletoria, preservando la herencia del derecho indiano y español³.

El segundo antecedente en el ámbito nacional que cabe recordar es la Ley 1893, de 1886. Al establecerse como Capital Federal a la Ciudad de Buenos, el Congreso de la nación adoptó el Código Procesal Civil por entonces vigente en la Provincia de Buenos Aires⁴. Aquel Código Procesal, al igual que la Ley 50, tomaba a la legislación española del S.XIX como modelo. Sus notas fundamentales eran la desconcentración, la ausencia de intermediación, un marcado formalismo y el expediente como columna vertebral del desarrollo del proceso.

El tercer hito importante fue la reforma impulsada recién en 1953 por la ley 14.237, que modificó el Código. La novedad de dicha reforma fue el establecimiento de una audiencia de fijación de hechos en la que debía participar el juez, que tuvo un corto camino ya que fue derogada por el Decreto Ley 23.398 de 1957. La reacción contra un proceso de cuño irremediamente escrito, que colocaba al juez a una nítida distancia con respecto a la actividad procesal de las partes, fue prontamente desbaratada.

Así llegamos a la cuarta etapa de nuestra monocorde evolución con el dictado de la Ley 17.454 de 1967, durante el Gobierno Militar de la Revolución Argentina. De un período en el cual se limitaron los derechos mucho no podía esperarse en cuanto a cambios radicales en materia de tutela judicial efectiva. En la Exposición de Motivos de la Ley 17.454 la Comisión encargada de la redacción argumentó que “...el nuevo

2. Puede consultarse en <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/fundamentos-del-proyecto-codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion> El proyecto fue presentado en septiembre de 2019, MEN-2019-178-APN-PTE.
3. De la numerosa bibliografía sobre la legislación procesal federal y nacional es muy ilustrativo Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, TI, Capítulo II, pp. 49 y ss.
4. Art. 318.

ordenamiento mantiene el procedimiento escrito y ha sido concebido en función de las estructuras judiciales vigentes en el orden nacional...Esto no importa desconocer los inconvenientes que tales sistemas traen aparejados en cuanto a la celeridad y eficacia de los procesos civiles. Sin embargo, un análisis objetivo de las circunstancias porque atraviesa la administración de justicia en el orden nacional. Así como de las perspectivas más previsibles no hace aconsejable la experimentación de nuevos sistemas”. En pocas palabras la Exposición de Motivos confesaba que poco cambiaría. La matriz escrita y con un juez lejano no fue desafiada.

La mayor innovación estructural de la Ley 17.454 fue incorporar el proceso sumario como alternativa al ordinario. Colombo⁵, integrante de la Comisión encargada de proyectar la Ley 17.454, recordaba que en un primer momento se propuso adoptar el proceso sumario sólo para un reducido número de casos en la que se asumiera que el tipo de conflicto permitiera asumir que su desarrollo sería simple. Esa posición, según Colombo, luego fue abandonada por temor a la lentitud que traía consigo el proceso ordinario. El sumario pasó de tener un papel residual a considerarlo el proceso por el que tramitaban la mayoría de los asuntos. Durante la turbulencia económica de fines del 2001 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.488, que careció de un debate enriquecedor sobre el estado de la litigación civil y los objetivos buscados. Esa reforma vació de sentido el propósito proclamado por la ley 17.454, de colocar al sumario como un paso previo a instaurar un proceso más ágil, con una adecuada cuota de oralidad de intermediación. Como sostuvo Falcón⁶ el puente entre el pasado, representado por el proceso ordinario, y el futuro, que se dijo buscar por intermedio del proceso sumario, concluyó en un fracaso. Dado que el proceso ordinario consiguió expulsar al sumario⁷.

Argentina espera una reforma integral al sistema procesal civil desde hace más de cinco décadas. El CPCCN vigente desde 1967 ha sufrido apenas reformas parciales⁸ que no han llegado a adecuarlo a los recaudos constitucionales y convencionales a los que la República se encuentra comprometida desde la década de los ochenta⁹.

5. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, T.III, p. 26.

6. Falcón, Enrique, *Procesos de conocimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T.II, p. 15.

7. En Oteiza, Eduardo, *Debido proceso*. Evolución de la garantía y autismo procesal, en XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 3-54, se desarrolla una visión crítica sobre las reformas procesales argentinas y el debido proceso.

8. El CPCCN fue modificado, entre otras, por las leyes: 20.497 (1973), 21.798 (1977), 22.434 (1981), 24.573 (1995), 24.588 (2001), 26.061 (2005) y 26.589 (2010). Ninguna de esas leyes permitieron superar los inconvenientes generados por su falta de celeridad y ausencia de intermediación. El CPCCN exhibió que, al ser proyectado para desarrollarse en forma prevalentemente escrita y sin una relación de colaboración entre el juez y las partes, carece de aptitud para revertir los problemas que ofrece su diseño escriturario.

9. Se recordó en Oteiza, Eduardo, Oteiza, Martín, *¿Cómo operan determinados principios procesales en Argentina?*, en Mitidiero, Daniel, Nieva Fenol, Jordi, Priori Posada, Giovanni, Ramírez Carvajal, Diana María, Taruffo, Michele, *Principios procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica*, que el

La escasa atención prestada a las regulaciones procesales en materia civil refleja una evidente despreocupación institucional por la protección de los derechos. El derecho de tutela efectiva y acceso a la justicia se presentan como nociones esenciales en un ordenamiento jurídico democrático ya que son el principal instrumento para sostener la legalidad y la igualdad de los ciudadanos.

Todos los derechos y, especialmente, los constitucionales y humanos, requieren de efectivos remedios, entendidos como procesos judiciales, que garanticen su vigencia. La división conceptual entre derechos y los mecanismos de protección oculta la inescindible correspondencia entre unos y otros. Los derechos son tan fuertes como los son sus vías de tutela. La conceptualización de los segundos como instrumentales de los primeros, deja en penumbra que, si bien garantizan el resto de los derechos, brindan paralelamente la posibilidad de dejarlos a buen resguardo. El derecho a la tutela efectiva es bifronte, ya que al operativizar el resto de los derechos se manifiesta en su carácter sustancial como derecho de protección de todos los derechos reconocidos¹⁰.

A lo que cabe agregar que los procesos judiciales ofrecen el escenario en el cual los derechos son interpretados y es recreado su alcance. No solamente tienen por finalidad instrumentar su preservación, sino que también permiten ordenar los debates de los que surgen las nuevas lecturas sobre el alcance de la normatividad, debido a que las decisiones al aplicar el derecho a los hechos desarrollan su alcance. De allí que resulte errado limitar su función solamente a la tutela de situaciones particulares ya que su valor social deriva de su función como fuente de nuevas hermenéuticas sobre sus implicancias y características¹¹.

En ese sentido los remedios, entendidos como la calidad del servicio de justicia, reflejan la potencial exigibilidad de los derechos. Son los remedios, en buena medida, los instrumentos que brindan operatividad a los derechos. De allí que la justicia es la garantía o condición de exigibilidad material de los derechos. Los derechos sin tener garantizado su efectivo cumplimiento terminan por ser meramente declarativos.

impacto de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1984, y de la reforma a la Constitución de 1994, que estableció su jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22). El regreso a la vida democrática en 1983 significó el fin de la etapa de la alternancia entre gobiernos civiles y militares. La modificación de la CN en 1994 fue una de las manifestaciones más relevantes en términos institucionales y jurídicos de la transformación ocurrida en la vida civil a partir de la recuperación del Estado de Derecho. El rango constitucional asignado por la CN de 1994 a la CADH expandió el alcance de la garantía de acceder a un proceso justo. Sin embargo, el CPCCN, sancionado por un gobierno militar en 1957 mantuvo su vigencia.

10. Sobre la noción derecho remedio ver Oteiza, Eduardo, *Reforma a la justicia civil en América Latina. Perspectivas generales*, en *El Derecho* del 14.5.2015.
11. Son de interés los desarrollos sobre el alcance del proceso en materia de discusiones sociales realizados ERVO, Laura, *Should fair trial rights be redefined? Civil litigation as a societal discussion*, en *Revisiting Procedural Human Rights Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Dirigido por Uzelac - van Rhee, 2017, pag. 77 y siguientes.

El PROYECTO brinda un papel central al derecho constitucional y fundamental a la tutela efectiva. Lo coloca en el artículo 1 como el principio que da la clave de interpretación de todo su plexo normativo, y le dedica luego el primer artículo¹² de la parte general para caracterizarlo como derecho. Ese doble cometido de la tutela efectiva es consecuente con el texto constitucional y con la jerarquía asignada a los derechos humanos por el constituyente.

El lugar preponderante asignado rescata la ineludible relación entre el ordenamiento procesal y el derecho fundamental. Desde ese punto de vista coincide con la propuesta de Couture desarrollada en su presentación del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*¹³, donde sostenía: “...Es menester, pues, que el Código de Procedimientos sea la ley reglamentaria de la Constitución mediante los mismos principios que inspiran a ésta. La Constitución consagra la forma democrática y republicana de gobierno. Su espíritu liberal es inequívoco, dentro de las naturales restricciones que a la libertad impone el estado de derecho. El Proyecto aspira, pues, a acentuar el carácter democrático de la justicia, a asegurar la primacía que a ésta corresponde en el sistema republicano de gobierno y a afianzar el libre juego de los derechos individuales inherentes al orden civil. En este último aspecto, la libertad no tiene más limitación que la que surge del concepto dominante en el Proyecto, de que el proceso no sea un duelo de particulares, sino una relación jurídica de derecho público, en la que el Estado es parte esencial y compromete un fin propio”.

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL. PRINCIPIO Y DERECHO.

Las tareas de elaboración del PROYECTO comenzaron con la constitución de una Comisión¹⁴ encargada de examinar la posibilidad de realizar un cambio en la legislación procesal en el marco del Programa Justicia 2020, cuyas metas eran lograr una justicia

12. Se trata del “Artículo 13. Las partes tienen derecho a jueces independientes e imparciales, que aseguren la tutela judicial efectiva, la intermediación, la contradicción de pretensiones, el respeto a la igualdad real y al resto de los principios enunciados en este Código, en un proceso eficiente, útil y efectivo que debe concluir en un plazo razonable, el que incluye también la pronta ejecución de las resoluciones judiciales. Las pretensiones de las partes estarán dirigidas a obtener una decisión judicial sobre la procedencia de una condena a una prestación, la existencia de derechos o de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estos últimos, la ejecución, la adopción de medidas cautelares o cualquier clase de tutela que resguarde los derechos cuya protección se invoque ante los jueces”.
13. Consultar en Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivos*, Depalma, Buenos Aires, pp.9-15.
14. Integraron la Comisión de Expertos: Roland Arazi, Patricia Bermejo, Rubén Alberto Calcaterra, Gustavo Calvino, Hernán Calvo, Héctor Mario Chayer, Mabel Alicia de Los Santos, Agustina Díaz Cordero, María Lilia Gómez Alonso, Adrián Patricio Grassi, Pablo Agustín Grillo Ciochini, Francisco Agustín Hankovits, Mario Kaminker, Ángela Ester Ledesma, Juan Pablo Marcet, Eduardo Oteiza, Santiago Pereira Campos, Jorge Walter Peyrano, Jorge Armando Rojas, José María Salgado, Claudia Sbdar y Andrés Antonio Soto.

cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente. La propuesta consistía en estudiar la factibilidad de proyectar una ley procesal más eficiente, que procure promover la intermediación y la concentración como garantías de transparencia de los procesos, que se adapte a los nuevos paradigmas sociales y culturales, que privilegie la economía procesal, la oralidad efectiva y la celeridad.

La primera etapa del trabajo de la Comisión fue la elaboración de las Bases¹⁵. El Capítulo III de las Bases está dedicado a los *Principios Procesales Orientadores*. La finalidad buscada por ellos consistió en darle coherencia a las soluciones adoptadas en cada situación particular. Los principios para la Comisión explicitan, la política perseguida y fijan pautas que cohesionan la lectura del conjunto. Tienen de ese modo una nítida función integradora al procurar una lectura uniforme del conjunto de las disposiciones. El apartado 3 de ese Capítulo, que alude al contenido esencial de los principios, comienza por la *Tutela judicial efectiva y debido proceso*. La Comisión concluyó que: *Se trata de un principio procesal con fuerte respaldo constitucional y convencional. Constituyen sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales”*.

Luego de una etapa de difusión y discusión de las Bases en diversos escenarios, la Comisión tomó el desafío de plasmar los acuerdos obtenidos en las Bases en un proyecto de código procesal¹⁶.

El principio de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 1 del PROYECTO fue redactado tomando como fuente lo expresado en las Bases. Su texto expresamente declara ser una pauta hermenéutica del conjunto del PROYECTO: *Las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo*

15. El documento titulado “*Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial*” sintetiza la labor de la Comisión de Expertos y tuvo por finalidad reunir las ideas centrales que debían servir de insumo para la elaboración del PROYECTO. La tarea de compilación y sistematización de las Bases fue realizada por María Lilia Gómez Alonso, Eduardo Oteiza y Santiago Pereira Campos. Las Bases pueden ser consultadas en <http://www.sajj.gob.ar/bases-para-reforma-procesal-civil-comercial-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000214-2017-08/123456789-0abc-defg-g41-2000blsorbil>
16. La Resolución 829/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos encomendó a Patricia Bermejo, Mario Kaminker, María Lilia Gómez Alonso y Eduardo Oteiza la redacción del PROYECTO y a Roland Arazi, Mabel Alicia De Los Santos, Ángela Ester Ledesma, Jorge Walter Peyrano, Jorge Armando Rojas y Andrés Antonio Soto que realizaran un trabajo de revisión junto con los encargados de elaborar el primer borrador, que luego fue sometido a tratamiento plenario de toda la Comisión mencionada en la nota 17.

obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica. El proceso, desde su inicio hasta la ejecución de sentencia, estará sujeto a una duración razonable.

De ese modo el PROYECTO dispone una clave de lectura de todas las normas del código consistente con el derecho constitucional y los tratados. Adopta una pauta interpretativa que resulta adecuada a un Estado Democrático, ausente en la legislación actual, tributaria, insistimos, de un modelo diverso, en el cual la tutela judicial efectiva tenía una dimensión menor.

La parte general del PROYECTO comienza por los derechos, deberes y cargas de las partes. El cambio de orden estructural subraya que el foco de atención se coloca en quien necesita la intervención del Poder Judicial y no en la jurisdicción, como lo hace la legislación vigente. Ese cambio revela que la atención se coloca en el consumidor del servicio en lugar de en los operadores. El artículo 13 adopta el título derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Su esencia es diversa al principio del artículo 1 ya que preceptivamente reconoce en cabeza de las partes el derecho que describe en su contenido.

El artículo 1 del PROYECTO marca dos ejes de protección que todo el ordenamiento y la práctica que se lleve adelante al aplicarlo deben seguir para lograr la efectividad de la tutela judicial. Uno centrado en la efectividad del proceso en relación a los derechos sustanciales (eje objetivo) y el otro referido a las particulares circunstancias de las personas en busca de la igualdad real de las partes (eje subjetivo).

1. La interpretación de las normas y la efectividad de los derechos (eje objetivo)

En la primera parte del texto del artículo 1 del PROYECTO expresamente se le asigna al principio de tutela judicial efectiva un rol exegético, lo que coloca al sistema procesal como un sistema abierto, permeable a ser integrado por los principios que lo rigen, lo cual incrementa su capacidad de respuesta¹⁷. Esta propuesta normativa, persigue la coherencia del sistema con el derecho constitucional y convencional intentando operativizar al derecho procesal con respecto a los compromisos de rango superior. Así la efectividad del sistema procesal respecto de los derechos sustanciales, pone al proceso en un rol claramente instrumental en relación a los derechos de fondo que en él se debaten, mandando a interpretar su contenido íntegro de modo tal que el derecho procesal sea un vehículo de concreción calificada de los derechos sustanciales.

La técnica de las cláusulas procesales abiertas es un medio de tutela del derecho fundamental de acción. La previsión de clausula abierta, al permitir la infiltración del derecho fundamental de acceso a la justicia en el ejercicio de la función judicial de

17. VIGO, Rodolfo, *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, UNL, Santa Fe, 1993, pag. 34.

determinación de la técnica procesal adecuada para el caso concreto, da lugar a una elaboración teórica en la que la tutela se construye de acuerdo con las necesidades del derecho material y el caso concreto¹⁸.

Esta primera parte del artículo 1 del Proyecto responde entonces al rol instrumental del derecho procesal en relación a los derechos de fondo discutidos en el proceso, en tanto la vigencia efectiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, que impliquen verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos¹⁹.

Este principio de tutela judicial efectiva explicita que su primer objetivo es ser una herramienta de interpretación de las normas procesales a los efectos de concretar su protección. Los parámetros que enumera imponen un piso mínimo de adecuación al que deben ajustarse los actos de desarrollo de las normas procesales. Así, los actos procesales previstos a lo largo del PROYECTO, deberán ejecutarse bajo los lineamientos que el artículo 1 enumera y que son: la observancia de los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, los que conforman estándares de razonabilidad en la aplicación concreta del derecho procesal para lograr la tutela judicial efectiva.

2. Igualdad real de las partes (eje subjetivo)

En segundo lugar, impone como premisa procurar la tutela judicial efectiva en relación a las personas, especialmente con respecto a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. Para ello, dispone a renglón seguido que se deberá asegurar a las partes la igualdad real para la defensa de sus derechos y manda a adoptar medidas de acción positiva para remover los obstáculos.

Esta propuesta normativa muestra la ampliación del paradigma de la tutela judicial en razón de la progresividad de los derechos humanos y su crecimiento hacia esta efectividad real y concreta. En ese sentido dispone de manera central que se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para las defensas de sus derechos debiendo garantizar su efectividad con especial énfasis en los casos de personas en situación de vulnerabilidad.

La desigualdad de las personas que acceden o intentan acceder a la justicia muestra que la tutela judicial efectiva debe acudir a herramientas igualadoras que permitan el ejercicio efectivo de los medios de tutela y defensa de los derechos que se consideran afectados. Esta realidad que comprende a niñas, niños, adolescentes, adultos mayores,

18. MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho de acción como derecho fundamental*, ed. Temis, Bogotá, 2015, pag. 35.

19. MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do processo*, Revista dos tribunais, Sao Paulo, 2006, pag. 218/219.

indígenas, personas con discapacidad, migrantes, privados de libertad, personas en situación de pobreza, entre muchas otras causales de vulnerabilidad, había puesto en crisis la aplicación formal igualitaria del derecho procesal y también la efectividad de la tutela judicial garantizada para la región por los ordenamientos internos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁰. Circunstancia que fue advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al adherir a las 100 Reglas de Brasilia a través de la Acordada Nº 5/2009²¹, así como en diversos precedentes donde hizo hincapié en los deberes reforzados de protección del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad marcando una línea en este sentido. Se ha referido a ello al tratar temas tales como nulidades procesales diciendo que *“es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos: 328:4832; 331:1859)”*²²; con respecto a la prueba advirtiendo que *“no pudo pasar desapercibido que las circunstancias señaladas adquirirían especial consideración en razón de la índole del asunto planteado que afectaba hondamente los derechos de dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un deber de tutela reforzado (Fallos: 328: 4832; 331: 1859)”*²³; también a las medidas cautelares poniendo vigor en una concepción moderna del proceso la que afirma *“exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”*²⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina por violar el derecho de acceso a la justicia al interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos, dado que el artículo 25 de la CADH impone la obligación positiva del Estado

20. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

21. Igual temperamento siguió la Procuración General de Río Negro (2009), el Poder Judicial de Chaco (2009), la Corte Suprema de Catamarca (2009), el Superior Tribunal de Chubut (2010), el Superior Tribunal de Corrientes (2010) el Superior Tribunal de Santiago del Estero (2010), la Corte Suprema de Santa Fe (2011), el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy (2012) y el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (2011).

22. “Terruli - Ejecución Hipotecaria” CSJN 2015.

23. “G., A. N. e/ S., R. s/ filiación” CSJN 2016.

24. “Pardo” CSJN 2011, considerando 12.

de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, garantía que aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la CADH, alcanzando también a aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley, y para ello no basta con que los recursos existan formalmente, ya que los mismos deben tener efectividad²⁵. Luego también la República Argentina fue condenada por el mencionado Tribunal Regional en el caso “Furlan” en el que se afirmó que debían considerarse las especiales circunstancias de las personas al momento de aplicar las normas procesales.

Las circunstancias de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad deben ser consideradas para lograr que el sistema de justicia se torne efectivo, y así que la tutela judicial sea efectiva. Las particularidades y necesidades pasan a ser centrales para el derecho procesal, el que requiere acciones positivas respecto de la igualdad real de posibilidades de las partes en el proceso civil, al mandar el Proyecto en su artículo primero a remover los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho de acción, o que coloquen a una de las partes en condición de inferioridad jurídica respecto de la otra. Se recepta así la lectura amplia del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional imponiendo la adopción de medidas de acción positiva al Poder Judicial al momento de interpretar las normas procesales²⁶.

III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: CONFIGURACIÓN

El contenido o alcance de la garantía de acceso a la justicia ha mutado a lo largo de los años, pasando básicamente de su mero reconocimiento formal por la ley, al estado actual donde se pone el eje en su contenido real. Resulta un insumo necesario para delimitar la configuración actual de la tutela judicial efectiva, acudir a las líneas y definiciones que surgen de los instrumentos internacionales, como también a la jurisprudencia de los tribunales regionales encargados del juzgamiento de la responsabilidad de los Estado por su violación y las líneas jurisprudenciales marcadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra la igualdad de las partes y la independencia e imparcialidad del juez como elementos esenciales de

25. CIDH “Cantos vs. República Argentina”.

26. “El derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales, pero es necesario darse cuenta que existen diferencias efectivas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal. Entonces, hay que equilibrar las desigualdades atendiendo al plexo de valores contenidos en las normas fundamentales. Hay que escuchar el lamento de los desheredados, de los victimados, de los desprotegidos, de los pobres, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los discapacitados, de los vulnerables, en fin, prestando atención no solo a lo teórico del derecho sino también al sentido de la justicia. Y entonces, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que ab initio los caracteriza”, del voto del Dr. de Lazzari, “P., V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos”, SCBA, LA LEY AR/JUR/10676/2019.

la protección judicial. Su artículo 10 expresamente establece que «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...*». Con similar orientación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone en su artículo 14 que «*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*». ²⁷ El uso de la voz «todas» tiene un significado consistente con la idea de igualdad. La utilización de la expresión «todas» refuerza la idea igualitaria en que se apoya el debate entre las partes, llamado a concluir en una decisión judicial producida por un tercero independiente e imparcial que se pronuncia sobre los hechos y el derecho en conflicto.

Cabe recordar que las dos revoluciones que marcaron el inicio de la etapa democratizadora y con ellas un cambio radical en las concepciones jurídicas reivindicaron la idea de igualdad. El recordado tridente de la revolución francesa: *liberté, égalité, fraternité* constituye un nítido testimonio del rescate del valor de paridad a escala social. La *Equal Protection Clause* de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos es expresión del mismo anhelo igualitario ²⁸. La utilización de la expresión “todas” en los textos internacionales tiene un explícito valor simbólico, coincidente en destacar que la protección se otorga en tanto las personas son consideradas semejantes y por ello reconocidas sin discriminaciones alguna.

El Comité de Derechos Humanos adoptó la Observación General Nro. 32 sobre «*El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*» ²⁹ que contiene una serie de criterios que surgen del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con uno de esos estándares los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales asegura que las partes en los procesos sean tratadas sin discriminación alguna. Sostiene, también, que «el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna».

27. Formulas semejantes adoptan la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, art.18), la Convención sobre los derechos del niño (1990, art. 37) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, arts. 11 y 12), reconocen que el derecho humano al debido proceso requiere que se conjuguen adecuadamente la igualdad de las partes con la independencia e la imparcialidad del juez.

28. Sobre las ideas igualitarias en la Constitución de Estados Unidos puede consultarse, entre la vastísima bibliografía al respecto a Burt, R. A. *The Constitution in Conflict*, First Harvard University Press, especialmente el capítulo 3 sobre la incidencia de las ideas de Abraham Lincoln, pp. 77-103.

29. Puede consultarse en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Traduttek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN32

En Europa el concepto de derecho de acceso a la justicia está consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantizan el derecho a un proceso equitativo (*right to a fair trial*) y a un recurso efectivo (*effective remedy*).

En América, primero la Declaración de Derechos Humanos³⁰ y luego la CADH reconocieron el derecho a un proceso judicial. La CADH en el artículo 8 consagra el derecho a las garantías judiciales y en el artículo 25 el derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo y rápido.

Al interpretar la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), fijó estándares consistentes con la igualdad procesal y la independencia e imparcialidad de quien decide. La jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que las “garantías judiciales” del artículo 8 de la CADH se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia.

Con respecto a la situación de equilibrio entre las partes implícitamente establecida en el artículo 8 de la CADH, en la Opinión Consultiva 16/99, sobre *Derecho a la información sobre asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal*,³¹ consideró que «para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas»³². Esa posición fue reiterada expresamente en los casos *Baldeón García vs. Perú*³³ (2006) y *Vélez Loor vs. Panamá*³⁴.

La referida lectura se complementa con la sostenida en *Cantos vs. Argentina*³⁵ (2002), al afirmar que debe entenderse contrario al artículo 8 de la CADH cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra

30. Artículo XVIII.

31. Consultar en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Las decisiones de la Corte IDH aquí citadas pueden ser consultadas en <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

32. §119.

33. §202.

34. §152.

35. §50.

manera el acceso de los individuos a los tribunales que no esté justificada por razonables necesidades de la propia administración de justicia y en la Opinión Consultiva 21/14, sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, al señalar que «el debido proceso se encuentra íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa»³⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha evolucionado en su concepción sobre el debido proceso³⁷, pasando de un formalismo literal como surge de las líneas marcadas en el caso *Madlener*³⁸, hacia una posición que le asigna un carácter sustantivo y que tiene su origen en la doctrina de la arbitrariedad³⁹, siguiendo por la pauta valorativa fijada por el exceso ritual manifiesto en el caso *Colalillo*⁴⁰, incorporando la garantía de la duración razonable de los procesos⁴¹, la igualdad real de las partes⁴², los límites al abuso procesal⁴³, y la democratización de los procesos a través de los procesos colectivos⁴⁴, las audiencias públicas⁴⁵ y la admisión de los *amicus curiae*⁴⁶.

IV. LA AGENDA 2030 Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Asamblea General de la ONU aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁴⁷, uno de cuyos pilares fue lograr que *no one will let behind*⁴⁸. La expresión: *no dejar a nadie atrás* sintetiza la principal aspiración del compromiso asumido. La Agenda 2030 fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas,

36. §109.

37. Ver los desarrollos comentados en OTEIZA, Eduardo, *Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana*, en La Misión de los Tribunales Supremos, Marcial Pons, 2016, pag. 123 y siguientes.

38. Fallos 182:242 (1939).

39. *Carlozzi vs. Tornese Ballesteros*, Fallos 207:72 (1947).

40. Fallos 238:550 (1957).

41. Fallos 246:86 (1960).

42. Fallos 320:1633 (1997), 334:1961 (2011).

43. Fallos 335:2379 (2012).

44. Fallos 332:111 (2009).

45. Acordada 30/07.

46. Acordadas 28/04, 14/06 y 07/13.

47. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

48. No dejar a nadie atrás.

justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación.

El objetivo 16 de la Agenda 2030 consiste en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia sin exclusiones y construir en todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. El subpunto 3 contiene la meta de promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia.

Así, el Objetivo 16.3 de la Agenda 2030 vuelve a poner el acento sobre el derecho igualitario de acceso a la justicia⁴⁹ consolidando la evolución de la tutela judicial como tutela judicial efectiva en el sentido que desarrollamos en el presente ensayo al analizar el texto del artículo 1 del PROYECTO que incluye una concreta lista de derechos humanos procesales que son una derivación de la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional.

V. SÍNTESIS CONCLUSIVA

La propuesta normativa analizada recepta a la tutela judicial efectiva como principio en el artículo 1 y como derecho en el artículo 13.

Incluye los contenidos que ponen el objeto de protección en la efectividad del proceso respecto de los derechos y de las personas que intervienen en él al disponer la interpretación de todas sus normas a través de este principio fundamental, dando claridad al contenido de la tutela judicial efectiva al garantizar un núcleo duro o una conformación mínima del proceso en el artículo 13.

El proyecto acompaña la evolución de sentido que la tutela judicial efectiva debió tener en un Estado democrático para así tutelar los derechos en una verdadera dimensión constitucional y convencional⁵⁰, tutela que no es cumplida por el sistema actual y que intenta avanzar en el sentido de no dejar a nadie atrás.

49. Sobre el Objetivo 16.3, ver Nowak, Manfred; Gómez, Verónica; Fischer, Horst; Ahrens, Helen, M, *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, en especial capítulos 1 - 3.

50. MITIDIERO, Daniel., *La justicia civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico*, Palestra, Perú, 2016, pag.123.