



Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad: instrumentalidad subjetiva del proceso¹

(Legal procedure and individuals in situation of vulnerability: subjective
instrumentality in the legal procedure)

María Victoria Mosmann

Prosecutor at Civil, Comercial, Labour and Administrative Matters in Argentina.

Member of the Executive Committee of the Asociación Argentina de Derecho
Procesal

ABSTRACT: The arithmetic equality between the parties in the legal procedure has shown to be insufficient regarding to the legal right of due process for those individuals in situation of vulnerability. The equality thought in this terms appears to be impotent, showing that we ought to use it in a different manner. This papers intends to address this subject.

1.- INTRODUCCIÓN:

La igualdad aritmética de las partes en el proceso, ha mostrado ser insuficiente como tributaria del derecho al debido proceso de sujetos en situación de vulnerabilidad. Aparece impotente la igualdad pensada en tales términos, evidenciando que su uso debe ser empleado

¹ El presente trabajo es parte de una serie de trabajos de investigación sobre la temática, y en particular toma como base el relato presentado en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal – La Plata 2013



de modo tal que –en términos de Dworkin-, a través de ella, no nos veamos privados de la igualdad (Los Derechos en Serio, pág. 348).

2.- SUJETOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD:

Diversos estatutos especiales o normas sectoriales² reconocen específicas regulaciones de derechos a determinados fragmentos de la población que se caracterizan por la debilidad de su posición ante determinada situación con efectos jurídicos.

La norma procesal de carácter genérico prevista en los códigos de procedimiento, no recepta dicha modalidad, sino sólo en el caso de la insuficiencia de medios económicos para estar en juicio, otorgando la asistencia jurídica gratuita o defensa oficial, y el beneficio de litigar sin gastos como valiosas -pero únicas- medidas de equiparación³.

Dichas herramientas que surgieron de la evolución de las luchas por el acceso a la justicia, resultan insuficientes para palear todos los obstáculos por los que se ve atravesado ese derecho respecto de los más débiles. Así las carencias económicas o socioculturales atentan contra el real alcance que debe tener la intervención de los sujetos en el proceso generando circunstancias de marginalidad.

Contamos entonces con reglas que regulan la situación de vulnerabilidad extraprocesal de los sujetos, pero carecemos de regulación respecto a la vulnerabilidad procesal⁴, circunstancia que fue analizada por la Corte Interamericana respecto del Estado Argentino.

² Defensa del consumidor (ley 24.240), niños niñas y adolescentes (ley 26.061), salud mental (ley 26.657), genero (ley 26.485), trabajadores, entre otros.

³ Estos invaluable aportes fueron el resultado del trabajo del movimiento de acceso a la justicia, y entre ellos destaco la obra de Roberto Berizonce “Efectivo acceso a la justicia” publicado en el año 1987 por librería Editora Platense S.R.L.

⁴ El concepto de vulnerabilidad procesal es desarrollado por Fernanda TARTUCE en la obra Igualdade e Vulnerabilidade no processo civil, Rio de Janeiro, 2012, Editora Forense.



2. 1. SUJETOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA:

La CIDH en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”⁵ dijo que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado son necesarios para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En el caso, al declararse responsable al Estado Argentino, se remarcó la imperatividad de la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Se hizo hincapié en el rol fundamental que juega el debido acceso a la justicia para enfrentar distintas formas de discriminación. Y afirmó que la administración de justicia se encuentra obligada a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin ejerciendo de oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Esta posición ya se encontraba desarrollada en la Opinión Consultiva 16/99, en la que la Corte dijo que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, son aquellas que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. En tal sentido, “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

⁵ CIDH, “Furlan y familiares vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012



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”⁶.

3.- LA EFICACIA DEL SISTEMA PROCESAL:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la moderna concepción del proceso 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 se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada [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”⁷.

Compartimos con Berizonce⁸, en asignar valor positivo a la excepcional circunstancia de sacrificar el contradictorio cuando “se trata de sujetos o situaciones jurídicas particulares con necesidad efectiva de una tutela especialmente rápida, que el procedimiento ordinario no está en capacidad de suministrar”. Estima que allí existe un fundamento objetivo para conceder por razones de política jurídica, un tratamiento procesal diferenciado con relación a las personas mencionadas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esto es niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, y a condición que se demuestre que se encuentran en especiales dificultades para ejercitar sus derechos.

⁶ CIDH. OC 16/99, párr. 118-119.

⁷ CSJN, “Losicer”, L. 216. XLV, del 26 de junio de 2012.

⁸ BERIZONCE, R., *Tutelas de urgencia y debido proceso*, RDP 2010-1, pág. 77 y sgtes.



Lo urgente entonces, es la situación del pretensor, y esa premura del caso (en su faz subjetiva), requiere soluciones urgentes, tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación o la Corte Interamericana han puesto de resalto. Esa vinculación estrecha entre el proceso y la realidad extraprocesal es la que otorga efectividad al modelo de debate, en tanto de no concurrir al caso la atención excepcional que requiere, la mera instrumentalidad objetiva resultará estéril a los fines buscados.

Las necesidades del sujeto que reclama a través del proceso el restablecimiento de sus derechos no pueden dejarse al margen de las formas que habrá de tomar el trámite. La garantía del derecho de acción consiste en asegurar a las personas el acceso al Sistema de Justicia, y las medidas tendientes a lograr la universalidad del proceso y de la jurisdicción son los puntales para garantizarlo.

La vulnerabilidad procesal es la susceptibilidad del litigante que le impide practicar los actos procesales en razón de una limitación personal involuntaria ocasionada por factores de salud y/o de orden económico, de información técnica, u organizacional, de carácter permanente o provisorio⁹. Dicha circunstancia pone en la banquina del proceso a quienes no pueden esperar la respuesta buscada, marginaliza o torna marginales a quienes no podrán soportar la antesala de la sentencia. Begala y Lista entienden que presentar una demanda a los tribunales, y acceder "procesalmente" a la justicia, supone, entre otras cosas, haber tomado todos los recaudos que exige o posibilita la ley para transformar un interés de la vida cotidiana en un derecho jurídicamente protegido, generando en quienes no acceden a ello una situación de marginalidad jurídica objetiva¹⁰.

Esta segregación que deja fuera de las fronteras del proceso a quienes son incapaces de arribar al umbral de acceso a la justicia, necesita ser paleada y equilibrada con medidas afirmativas, que sumen a quien lo necesita el suficiente contenido positivo para poder llegar al

⁹ TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, pag. 184.

¹⁰ BEGALA- LISTA. Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia : condicionamientos objetivos y subjetivos, CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC, Anuario no. 5, sección 3: Sociología, política e historia.



final buscado en el proceso, con tantas posibilidades de éxito y efectividad como cualquier otro ciudadano.

La eficacia del proceso lleva a poner la mirada fuera de los límites de las meras formas y tomar el rumbo que lleve al cumplimiento de sus fines, en tanto la tutela jurisdiccional es de las personas y sus derechos¹¹, la jurisdicción tiene directas implicancias sociales y es en gran medida el reconocimiento de su utilidad por los miembros de la sociedad lo que la legitima en el contexto de las instituciones políticas del Estado.

4.- LA INSTRUMENTALIDAD EN EL PROCESO:

El derecho procesal no tiene un fin en sí mismo, y como consecuencia de ello se sostiene que sus reglas no tienen valor absoluto que las sobreponga a las del derecho sustancial y a las exigencias sociales de pasificación de conflictos¹². El sistema pierde legitimidad a través de la aplicación abstracta y descontextuada de las formas, y atenta contra sí mismo al abandonar el sentido de su existencia. Es necesario esclarecer el fin o fines que se pretenden obtener a través del empleo del medio para justificar su desarrollo.

Esa es la visión de la corriente de pensamiento instrumentalista, que sostiene que la instrumentalidad en el proceso significa considerarlo como algo puesto a disposición de las personas con vista a hacerlas más felices (o menos infelices), mediante la eliminación de los conflictos, con decisiones justas. No basta afirmar el carácter instrumental del proceso sin la práctica, o sea, sin extraer de ese principio fundamental o de su afirmación los desdoblamientos teóricos y prácticos convenientes, se pretende que en torno a la instrumentalidad del proceso se establezca un nuevo método de pensamiento procesalista y profesional¹³. Este carácter del proceso se muestra en dos sentidos, uno negativo por el cual el

¹¹ DINAMARCO, Candido, A Instrumentalidade do Processo, 14 Edición, Malheiros Editores, San Pablo, 2009, pág. 180

¹² Afirmación de Santos Bedaque, citado por Dinamarca. Pag. 315

¹³ DINAMARCO, C., A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, 14 edición, 2009.



proceso no debe dejar de ser un instrumento del derecho material, y uno positivo por el cual debe ser apto para satisfacer sus objetivos sociales y políticos.

Tal como han marcado la Corte Interamericana, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes reseñados, el proceso debe superar su fase autonomista y ser empleado de modo eficaz, en el contexto constitucional y convencional. Los actos procesales tienen una función ante al proceso y éste tiene una función ante el derecho sustancial, la sociedad y el Estado¹⁴.

Dinamarco destaca que así como el bien común es la síntesis de los fines del Estado contemporáneo, el valor justicia es el objetivo de síntesis de la jurisdicción en el plano social, así las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico sustancial constituyen para el juez el indicador del criterio de justicia por el cual determinada sociedad optó en determinado momento de la historia, más si el juez estuviese atento sólo a eso, sin canales abiertos a las líneas axiológicas de la sociedad y sus mutaciones, correrá el riesgo de apartarse de los criterios de justicia efectivamente vigentes¹⁵.

5.- LAS 100 REGLAS DE BRASILIA:

El contexto latinoamericano presenta una ocasión singular para el desarrollo del proceso en este punto, en tanto la situación de vulnerabilidad de los habitantes de los países que conforman nuestra América latina es transversal. Muestra de ello son las 100 Reglas de Brasilia que fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁶. Allí participaron funcionarios de nuestro país junto a representantes de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, República Dominicana,

¹⁴ DINAMARCO, C, A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, 14 edición, 2009, pag. 318

¹⁵ DINAMARCO, pag. 347, el mismo autor dice que los casos de jueces que se apartan de la voluntad de la ley son el mal menor respecto de la “esclerosis interpretativa” alimentada por los temores misoneístas.

¹⁶ Esas Reglas fueron elaboradas durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, en 2008.



Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, y Venezuela, además de Andorra, España y Portugal¹⁷.

En dichas reglas se confeccionó un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en condición de vulnerabilidad. Esa enumeración, no taxativa, reconoce a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para reclamar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, dejando a salvo que a su vez la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

La incapacidad de los sujetos comprendidos en las categorías vulnerables para poder afrontar el proceso en su configuración típica, pone en evidencia que el nivel de acceso no es igual para todos, y que el sistema procesal debe dar respuesta a la problemática.

Así en el Capítulo III de estas Reglas se prevé una serie de adaptaciones respecto a la celebración de actos judiciales en los que cualquier persona en condición de vulnerabilidad participe como parte o en otra condición. En primer lugar manda velar por la dignidad de la persona y para ello preceptúa que debe ser tratada de modo acorde a las circunstancias propias de su situación. Prevé la información que debe brindársele, así como que ella debe ser suministrada a lo largo de todo el proceso, también la forma y los medios que habrán de emplearse. En particular considera la información que debe brindarse a las víctimas. Luego se asignan reglas a fin de lograr una real comprensión de la actuación judicial, la adecuación de la

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009 adhirió a las "Reglas" y también adhirieron la Procuración General de Río Negro (16-4-09), el Poder Judicial de Chaco (30-4-09), la Corte Suprema de Catamarca (27-5-09), también el Superior Tribunal de Chubut.



situación de comparencia a los actos judiciales y la protección de la intimidad del sujeto en condición de vulnerabilidad.

6.- LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO EN RELACIÓN A LOS SUJETOS – INSTRUMENTALIDAD SUBJETIVA:

Calamandrei decía que “la afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede convertirse en letra muerta, si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos pone a una de las partes en condiciones de no poderse servir de esa igualdad jurídica, porque el costo y las dificultades técnicas del proceso, que la parte acaudalada y culta puede fácilmente superar con los propios medios y haciéndose asistir, sin ahorrar nada, por defensores competentes, cabe que constituyan, en cambio, para la parte pobre un obstáculo a menudo insuperable en la vía de la justicia”¹⁸. La salida a esta problemática la encontraba en las adaptaciones que al proceso debían hacerse para evitar las desigualdades, solución a la que llamó “nivelación social del proceso”.

Esta misma perspectiva de análisis de la igualdad en el proceso llevó a Calamandrei a pensar en una forma especial de instrumentalidad cautelar cuando el acreedor temiese la ocurrencia de un daño irreparable por encontrarse en particulares razones de necesidad, las que no le permitirían esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho sin que ello consolidase el daño que pretende subsanar a través de proceso. Aquí puso el eje de la instrumentalidad en el sujeto procesal, y apuntó a asignarle los mecanismos que le permitan al individuo vulnerable evitar que los tiempos naturales del proceso civil sean un atentado contra sus propios fines, y categorizó así una forma diversa de instrumentalidad.

En esta nueva forma mudo la mirada de la posibilidad de que el objeto del proceso se torne de imposible cumplimiento – instrumentalidad cautelar objetiva-, a la imposibilidad del sujeto de ser capaz de tolerar los tiempos que el proceso insume hasta el dictado de la

¹⁸ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Astrea, 1943, pág. 343.



sentencia de mérito considerando así a la instrumentalidad cautelar desde el punto del sujeto – instrumentalidad cautelar subjetiva¹⁹.

Los motivos que aconsejaban ya en el año 1935 una adaptación del instituto cautelar en miras a la vulnerabilidad del sujeto, son los mismos que llevan a pensar en mutaciones del proceso pero no sólo en el ámbito precautorio sino en general, en tanto la necesidad que dio origen a aquella respuesta doctrinaria, no se limita sólo a ese ámbito sino que aparece reflejada en la actualidad en cualquiera de las etapas procesales y posee virtualidad para incidir sobre todas sus instituciones.

Así, encontramos en el inicio del proceso la necesidad de salvar los obstáculos económicos que limitan el acceso a través del beneficio de litigar sin gastos y la intervención de la defensa pública oficial, o la urgencia de la situación que debe ser satisfecha a través de la tutela anticipatoria o de urgencia. En su transcurso, luego, aparecen necesidades tales como el acceso a la información o “actuación informada” para lograr una intervención o bilateralidad eficaz, el acompañamiento a las víctimas, la asignación de intérpretes de señas o de lenguas originarias, la posibilidad real de producir todas las pruebas necesarias y relevantes para su defensa, la duración razonable del proceso, el dictado de una sentencia que haya considerado las particularidades de la faz subjetiva del caso, la ejecución anticipada de la sentencia, y finalmente la efectivización del mandato en ella contenido, entre muchas de las modificaciones que podrían ser analizadas en este contexto.

El efectivo ejercicio del derecho de acción garantizando igualdad de oportunidades y de trato requiere la asignación de medios o herramientas que permitan equiparar a los sujetos intervinientes en el proceso, así lo prevé el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, que manda legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 71 y sgtes.



Esta norma genera no solo una obligación de positivizar herramientas igualitarias, sino también de generar medidas de equiparación que operen ante la falta de las primeras y para ello sostenemos con Marinoni que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos subjetivos, sino que también fundan principios objetivos orientadores del sistema jurídico²⁰.

Couture sostenía que los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio²¹.

Como se ha dicho, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación han interpretado el sistema interamericano y nuestro sistema constitucional de modo tal que han despejado dudas respecto a la obligación de sostener la efectiva igualdad de las partes en el proceso. Dicho mandato genera en el proceso una necesaria reacción que más allá de su reconocimiento normativo expreso en los códigos de procedimiento, aparece como un principio procesal derivado de los principios generales del derecho y de las garantías de igualdad convencionales y constitucionales.

Las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran los sujetos generan un conflicto interpretativo respecto a la igualdad y a como debe ser ella manejada a fin de no desvirtuar las reglas del juego que impone el proceso, y para ello debe recordarse que no es la preferencia por el sujeto lo que mueve el razonamiento que se desarrolla, ya que no hay interés en generar una situación de beneficio de una de las partes, sino que el desafío interpretativo es lograr la efectividad de la igualdad procesal ante la desigualdad real de las partes que opera en el proceso como vulnerabilidad o marginalidad procesal²².

El proceso logra garantizar la igualdad y el debido acceso a la jurisdicción si operativiza su instrumentalidad respecto del sujeto procesal. El Estado debe tratar de forma igualitaria a los litigantes, sea dándoles igualdad de condiciones de manifestación a lo largo del proceso, o

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoría Geral do Processo*, V. 1, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, Pág. 69

²¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4° ed. Editorial B de F, pág. 150.

²² Para KENNEDY, esta circunstancia “reproduce la marginalidad de los márgenes”, *Izquierda y Derecho*, Ensayos de Teoría Jurídica Crítica, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, pág. 103



sea –en el caso que fuese necesario- creando condiciones para que esa igualdad sea efectivamente ejercitada. El tratamiento desigual se justifica en la medida exacta de la desigualdad combatida²³.

Partiendo de la conceptualización de vulnerabilidad o marginalidad procesal, intentamos esta respuesta finalista o instrumentalista pero ahora en esta variante que ensayamos, proponiendo la sub-categoría del principio de instrumentalidad, la instrumentalidad subjetiva del proceso.

²³ SCARPINELLA BUENO, Cassio, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoría geral do direito procesual civil, T. I, 6 edición, Editorial Saraiva, pág. 167.