

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL PROCESO Y SU INFLUENCIA NORMATIVA.

Roberto Omar Berizonce ^(*)

“...Un trasfondo tutelador más que decisor, de manera tal que a los jueces, desde una óptica que traspasa los derechos subjetivos egoístas, les corresponde la afirmación en concreto de derechos y prerrogativas de contenido social y colectivo...”.

Augusto Mario Morello, *La Corte Suprema en acción*, LEP-Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, p. 36.

Sumario: **I. “Juridización” de la Constitución y apertura “principiológica”.**
II. La “constitucionalización” del proceso y el “derrame” de la Constitución “juridizada”. **III. El derecho fundamental a la tutela judicial eficiente y sus consecretarios: la jurisdicción protectora o de “acompañamiento” para la tutela de los derechos “sensibles”.** *1. Igualdad real, derechos “sensibles” y situaciones de tutela preferente. 2. Igualación y acciones positivas. Discriminaciones “favorables”. 3. Caracterización de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad.* **IV. Instituciones, procedimientos y técnicas típicas de la justicia protectora.** **V. Conclusiones.**

I. “Juridización” de la Constitución y apertura “principiológica”.

1. La denominada “constitucionalización” del proceso se inserta en el marco más abarcador del fenómeno de la “constitucionalización” de los nuevos derechos y garantías que, entre nosotros, es bien sabido se instala a partir de la reforma constitucional de 1994 y en la confluencia de la incorporación y operatividad de los pactos y convenciones sobre derechos humanos. Se instituye un renovado “bloque de constitucionalidad” asentado en la concepción superadora de un Estado Social democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales

^(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

tradicionales, incorpora un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías –aquellos encuadrados en la segunda y tercera generación–, asentados en renovados valores que ensalzan la dignidad humana como eje central para el ejercicio de la libertad. Como correlato, el modelo del Estado social se erige en palanca para la efectividad en concreto de los derechos sociales, encaminados a la satisfacción de las necesidades mínimas (salud, dignidad, educación, vivienda, estabilidad laboral, seguridad social, etc.) y a la tutela de los derechos colectivos vinculados con el patrimonio común (derechos de consumidores y usuarios, tutela del medio ambiente, acervo cultural, artístico, urbanístico, arquitectónico, derecho a la institucional republicana, etc.).

Y a la exigencia de operatividad de tales derechos corresponde la paralela “constitucionalización” de las garantías judiciales, en consonancia por otra parte con aquel otro “núcleo duro” del *corpus iuris* transnacional, corporizado en los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Así, el *derecho a tutela judicial efectiva, eficaz y eficiente* se ubica en el vértice de la escala valorativa constitucional –la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, párrafo tercero, apartado 6º, CN); o la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, Const. Prov. Bs. As.). De su lado, la elevación a la jerarquía constitucional del amparo individual y, sobremanera, del colectivo (art. 43, CN), también en correspondencia con el art. 25 de la Convención, viene a completar el cuadro de una *conjunción sistemática normativa* de operatividad plena (*self executing*), que al integrarse con la *doctrina* que emana de los tribunales interamericanos, configura un *corpus iuris* singular dominado por la regla interpretativa del principio basal *pro homine* consagrado por el art. 29 del Pacto de San José.

2. El encumbramiento de los nuevos derecho y garantías, a su vez, por la propia y consustancial morfología de los preceptos de sesgo supremo, básicamente consistentes en normas fundantes, principios, en sus diversos sentidos¹, relacionados con valores o con las denominadas “directrices políticas”², permite conceptualizar a la Constitución como “principiológica”. No porque antes no lo fuera, sino, en todo caso, desde que ahora existen más y más normas abiertas. Y, en lo que aquí nos importa,

¹ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino, pp. 72,190; CARRIÓ G.R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 10.

² DWORKIN R., ob. cit., p. 190. Sobre la distinción entre principios y reglas: ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón, p. 110.

porque participan de esa característica esencial las incorporadas de raigambre procesal.

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas³; y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho⁴. Se ha operado un cambio sustancial en el eje mismo de la juridicidad, cuyo contenido reposa, antes que en la ley, en valores y principios fluyentes, por su propia naturaleza abiertos e indeterminados, necesarios para su efectivización de la labor integrativa jurisdiccional.

II. La “constitucionalización” del proceso y el “derrame” de la Constitución “juridizada”.

1. De la amplificación que ha dilatado los principios –y aún ciertas reglas- que recoge generosamente la Carta reformada en 1994, con el agregado del *bill of rights* interamericano, se derivarían, según se admite corrientemente, “nuevos” bloques o sub-bloques de constitucionalidad, producto de una fragmentación más o menos

³ MARINONI L.G., *Teoría geral do processo*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 47-53. CAMBI E., *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo em Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. Jose Carlos Barbosa Moreira*, L.M. Fux y ot., coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 662 y ss..

⁴ STRECK L., *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, Lima, 2009, trad. A. Álvarez Aranda, p. 48; GUZMÁN N.L., *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en Principios Procesales*, R.O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2011, pp. 6-7.

discrecional que atiende a las materias sustantivas o formales que, ahora, recibieran el refuerzo de su “ascenso” al nivel supremo.

Se alude a un *derecho privado constitucional* o *derecho privado constitucionalizado* o, aún, a la *constitucionalización del derecho civil o privado*⁵ -ahora con mayor énfasis desde la sanción del CC y CN-, para resaltar la fuerte influencia que ejerce la Constitución, las reglas supranacionales y la interpretación judicial proactiva, por la operatividad directa de los derechos que se tutelan; todo lo cual contribuye a componer el sistema jurídico “por dos caminos”⁶. Con similares fundamentos se predica la existencia de un *derecho constitucional de familia*⁷. También tiene acogida la *constitucionalización del derecho comercial*, particularmente en ciertos tramos, como aquel que comprende las relaciones entre las normas supremas, las de derecho mercantil y las propias de la defensa de los consumidores y de la competencia, cuya armonización e integración sistemática se pregona a partir del “diálogo de las fuentes” en el marco de un “doble tránsito” integrador⁸. Se trata de novedosas visiones que vienen impactando igualmente en la doctrina judicial⁹ y que anticipara lúcidamente MORELLO¹⁰.

2. De su lado, la “constitucionalización” del proceso se predica por la magnitud del reconocimiento de los principios básicos de la tutela judicial y de las garantías del amparo y aledañas, razones que cuatro décadas atrás sirvieron para perfilar el denominado Derecho Procesal Constitucional, o desde otra visión un Derecho Constitucional Procesal. Claro que la propuesta venía en buena medida atada a

⁵ LORENZETTI R.L., *Fundamento constitucional de la reparación de daños*, La Ley, 2003-C, pp. 1185 y ss.. RIVERA J.C., *El Derecho Privado Constitucional* en Rev. Der. Priv. y Comun., Rubinza-Culzoni ed., Santa Fe, n° 7, p. 52 y ss.; *id.*, *Estudios de Derecho Privado (1984-2005)*, Rubinza-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 275 y ss.; *id.*, *Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, La Ley, 2005-F, pp. 1105 y ss..

⁶ ALTERINI A.A., *Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*, La Ley 2007-F, pp. 1338 y ss..

⁷ GIL DOMINGUEZ A., FAMA M.B. y HERRERA M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs. As., 2006, v. I y II. LLOVERAS N. y SALOMON M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, ed. Universidad, Bs. As., 2009.

⁸ ALEGRÍA H., *Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial*, La Ley, 2010-C, pp. 835-842. Asimismo, RIVERA J.C., *obs. cit.*

⁹ SCBA, causa C. 104.935, “Lisi R.L. c. Sancor, s/ ds. y perj.”, 3-11-2010, voto Dr. de Lázzari. C.Civ. y Com. Azul, Sala II, 14-10-2010, La Ley Bs. As., junio 2011, con nota de V.A. Testa, *La protección constitucional de la vivienda familiar: ¿un derecho operativo o programático?*. Del mismo tribunal: sentencia del 19-5-2011, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Rodríguez V.E.G.”, voto Dr. Galdós, en la misma revista, pp. 532 y ss..

¹⁰ MORELLO A.M., *El derecho privado en su relación con el Derecho Procesal desde la visión constitucional y transnacional (Constitucionalización del Derecho Civil o “civilización” del Derecho Constitucional?)* en MORELLO A.M., SOSA G.L. y BERIZONCE R.O., *Códigos Procesales... Abeledo-Perrot/LEP*, Bs. As., 2ª ed., 2004, v. X-A, pp. 349 y ss..

debates hasta entonces ajenos, cuales eran, por caso, los relativos a la jurisdicción constitucional, más inspirados en las instituciones desarrolladas en la Europa continental de posguerra y que nos llegaran, tardíamente, vía de la Constitución Española de 1978. Pensamos en las disquisiciones, hasta hoy bastante estériles entre nosotros, acerca de los tribunales o cortes constitucionales y su confrontación con el modelo de la Constitución de Filadelfia. Con lo que se quiere significar que, al menos en cuanto al “hallazgo” primerizo de un Derecho Procesal Constitucional, la experiencia vernácula –que bien debería resultar de utilidad para sopesar y encuadrar, ahora, los nuevos y muy valiosos intentos de diseñar otros bloques de constitucionalidad *específicos*-, nos muestra ciertas exuberancias teóricas que han conducido a un notable sobredimensionamiento de sus contenidos. Y, desde luego, no parece atinado otorgar reconocimiento de autonomía científica a lo que solo constituye la emergencia de meras categorías de derechos, útiles en todo caso para su formulación propedéutica y exposición didáctica.

Hecha esta breve aunque necesaria digresión, habrá que acordar que, en verdad, la Constitución siempre ha alojado principios y reglas exorbitantes cuya jerarquía suprema enmarca inexorablemente toda la normativa infraconstitucional, supremacía que los jueces se encargan de mantener a través de los mecanismos de control de constitucionalidad. Lo novedoso es que el catálogo de los valores y derechos, el *bloque de constitucionalidad*, aparece ahora considerablemente dilatado, máxime la incorporación con *jerarquía equivalente* de los pactos humanitarios. Cada Carta consagra un *bloque de constitucionalidad* propio y diferenciado –también lo tiene, claro, nuestra Constitución histórica de 1853-60-, y el *bill of rights* en su natural evolución se acrecienta de modo constante y progresivo¹¹.

3. Por la sola supremacía de la Constitución –y de las convenciones humanitarias incorporadas- opera una suerte de “derrame” de los valores, principios y aún reglas que aquella encarna, principalmente aunque no solo por las intervenciones legislativas –ahora especialmente por el CC y CN, ley 26.994-, sino también por la creación pretoriana. Premisa valedera para todos los segmentos del derecho privado y público y que tiene operancia trascendente en el ámbito del proceso.

4. Ahora bien, el impacto más trascendente y frontal que ha operado la “constitucionalización” en el terreno procesal ha sido, sin duda, la consagración del derecho fundamental de la tutela judicial eficiente y el afianzamiento de la justicia civil

¹¹ BIDART CAMPOS, G.J., *Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003*, La Ley, 2003-C, pp. 1235 y ss..

como manifestación de una de las funciones públicas del Estado democrático de derecho, con su correlato del aseguramiento de las garantías fundamentales del proceso y su efectividad en concreto. De ello deriva principalmente la jurisdicción protectora o de “acompañamiento”, diversa de la tradicional jurisdicción dirimente, para la tutela de los derechos y situaciones más sensibles y, por ello, diferenciadas.

III. El derecho fundamental a la tutela judicial eficiente y sus consecutarios: la jurisdicción protectora o de “acompañamiento” para la tutela de los derechos “sensibles”.

Aún sin un núcleo explícito, resulta indisputado que la Constitución de 1994 incorporó principios fundamentales que acentuaron la concepción social y la igualdad material en concreto, sustentada en la igualdad de oportunidades, reiterativamente proclamada en sus textos. Y no menos decisivo, receptó las “acciones positivas”¹² a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (art. 75 inc. 23)¹³. Precepto éste que junto con el inc. 19, la cláusula del “progreso económico y social”, que enfatiza el desarrollo humano, constituyen la clave de bóveda de la reforma de 1994¹⁴. Con el acento, todavía, de la protección diferenciada que se confiere en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, primer párrafo, *in fine*).

Por otro lado, como se señaló, adquirió relevancia el derecho fundamental a la tutela judicial eficiente. En la confluencia, precisamente, de los principios dimanantes de los preceptos de los arts. 75 incs. 19, 23; 18, 114, 41, 42, 43 y concordantes del texto supremo, en consonancia con el sistema transnacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), se encuentra el anclaje del régimen de *tutelas procesales diferenciadas* de ciertos derechos y situaciones considerados “sensibles”

¹² Las acciones positivas pueden verse en términos de estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades o a concretar medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones producto de prácticas o sistemas sociales. Su designio es promover una igualdad concreta entre un grupo dominante y otro dominado (SCBA, 7-3-2007, causa B 58.760, voto Dr. de Lázzari).

¹³ Sobre la filiación de las medidas de acción positiva en el art. 3 de la Constitución italiana de 1946: CAPPELLETTI M., *Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei*, en *Proceso, ideologías, sociedad*, EJEa, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. 115 y ss..

¹⁴ DALLA VIA A.R., *El ideario constitucional argentino*, La Ley, 1995-C, p. 1195 y ss..

en general y de la propia justicia protectora o “de acompañamiento”, propiciada con anterioridad por destacada doctrina¹⁵.

1. Igualdad real, derechos “sensibles” y situaciones de tutela preferente.

La igualdad en el diseño constitucional supone conjugar el tradicional alcance del art. 16 con la imposición de las acciones positivas del art. 75 inc. 23¹⁶. Semejante concepción impone consagrar tutelas diferenciadas y preferentes que favorecen, como ya hemos destacado, ciertos derechos y situaciones a las que se considera, en el mandato constitucional, menesterosas de protección. Los *derechos “sensibles”* refieren sea a los clásicos derechos personales individuales –derecho a la vida, a la integridad física y la salud, a la intimidad, a la identidad, de la niñez y la familia, a la educación, a la vivienda digna- ya a los derechos sociales –al trabajo, a la seguridad social-, y también a los derechos de incidencia colectiva –al ambiente sano, de consumidores y usuarios¹⁷-, incluyendo los derechos individuales homogéneos; y, por último, a los derechos de la institucionalidad republicana y democrática –separación e independencia de poderes, información pública, transparencia, etc.-. Existen, a su vez, *situaciones de atención preferente*, igualmente “sensibles”, que están referidas y engloban a los denominados genéricamente “grupos vulnerables”: a ellos refiere concretamente el art. 75 inc. 23, primer párrafo *in fine* y segundo párrafo. Unos y otras están igualmente tutelados por diversos instrumentos internacionales, en particular, los que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y así lo ha declarado la C.I.D.H.¹⁸, aludiendo a la protección especial debida a los sujetos de derecho, ya sea “por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.

Sea por la trascendencia social de los derechos o en virtud de las características de los sectores afectados, se genera la necesidad de tutela que adquiere connotaciones típicas por sustentarse en la noción de interés público, del cual deriva

¹⁵ MORELLO A.M., *La jurisdicción protectora...*, J.A., 1986-II, p. 3005 y ss; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, 1986-C, pp. 800 y ss.; *id.*, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss.; *id.*, *El proceso justo*, Lexis Nexis/LEP, Bs. As., 2005, 2ª. ed., pp. 651 y ss..

¹⁶ GARCÍA LEMA A.M., *Interpretación de la Constitución reformada...*, La Ley, 2014-C, supl. 2-6-14.

¹⁷ CSN, Fallos, 331:819; sent. 24-6-2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN-MO V.E. y otros, s/amparo”, consid. 8.

¹⁸ C.I.D.H., 4-VII-2006, “Ximenes López c. Brasil”.

un fuerte interés estatal en su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto¹⁹.

2. Igualación y acciones positivas. Discriminaciones “favorables”.

Las acciones positivas tendientes a la igualación constituyen medidas de excepción que encuentran sustento, como hemos visto, en los preceptos constitucionales. Sin embargo, en ciertos supuestos se plantea la cuestión de su inconsistencia con el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, en concordancia con los criterios que niegan la posibilidad de un orden jerárquico de valores, que sobrevalúe a algunos y no a otros. Si todos ellos deben considerarse equivalentes, no habría razón, cuando aparecen en colisión, para brindar prevalencia a uno o algunos en desmedro de otros; la categoría de derechos fundamentales los engloba por igual²⁰.

Más allá del debate doctrinario, propio de la teoría general del derecho y de los valores, la doctrina de la CSN ha clarificado los criterios básicos para resolver la cuestión. Por un lado, “la garantía de igualdad del art. 16 CN no obsta a que el legislador contemple en forma distinta a situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”²¹. Es suficiente que concurra una causa objetiva para discriminar²². En estos supuestos se validan las “discriminaciones favorables” o inversas. El ámbito de las prohibiciones, a su vez, asienta en las discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 4º, Pacto de San José de Costa Rica).

Las normas infraconstitucionales –sustanciales y procesales– han de asegurar, entonces, la igualdad material. Y lo propio deben hacer los jueces en la aplicación a los casos concretos. En el proceso el deber de asegurar la igualdad de las partes impone su nivelación material, en el sentido de garantizar la paridad de armas, y para ello colocar a aquella que se encuentre en situación de inferioridad en el mismo nivel procesal que su oponente. La noción de vulnerabilidad, propia del derecho material,

¹⁹ Así, p.e., CSN, 24-2-2009, “Halabi”, considerando 13.

²⁰ La C.I.D.H. ha remarcado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como “un solo conjunto amplio, partes del mismo universo...(que) tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto”. Claro que “(...) entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que la tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan” (Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, párrafo 27, 28. Voto razonado concurrente de Sergio García Ramírez).

²¹ Fallos, 299:146, entre muchos.

²² Fallos, 298:286, entre muchos.

persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio entre las posiciones de los litigantes. La vulnerabilidad procesal –como se ha señalado con acierto-²³ constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualación en concreto. En la doctrina brasileña se identifican diferentes categorías, a las que se trata de mitigar con técnicas diversas. La vulnerabilidad económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la vulnerabilidad probatoria, con la inversión del *onus* o la regla de la carga dinámica; la vulnerabilidad etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc.. En todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado, debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas²⁴.

3. Caracterización de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad.

La tutela reforzada se confiere a personas y grupos titulares de derechos o intereses especialmente vulnerables –la dignidad humana en general- que se encuentren en situación de desventajamiento, sea individualmente o como integrantes de grupos postergados o débilmente protegidos²⁵, sectores “socialmente vulnerables”²⁶ o desfavorecidos.

La vulnerabilidad es una situación compleja de carencia de múltiples bienes esenciales de todo tipo, que es habitualmente producto, al menos como una causa principal, de la exclusión institucional o de hecho del goce de tales bienes²⁷. En la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y las obligaciones puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación que deben ser reparadas mediante acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo naturalmente al Poder Judicial. En lo que aquí interesa, se trata de las diversas medidas y acciones tendientes a asegurar el acceso a

²³ MONTEIRO BARBOSA R.V. y CASAS MAIA M., *Isonomía dinâmica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil*, RePro, São Paulo, 2014, n° 230, pp.349 y ss..

²⁴ *Id.*, p. 363.

²⁵ En la caracterización de la CSN, “Halabi”, considerando 13, cit..

²⁶ Tal la tipología que adopta la ley 26.854, sobre medidas cautelares contra el Estado, art. 2°, inc. 2.

²⁷ Desde ese punto de vista, la alusión a los “vulnerables” –como afirma ZANNONI- es un eufemismo que encubre la incapacidad del Estado de destinar sus recursos para implementar verdaderos planes de ayuda social que promuevan la vivienda digna, el trabajo en sus diversas formas, la salud pública y la protección de la familia, como lo encarece la Constitución Nacional (“*Género, derecho y familia*”, La Ley, 2013-B, p. 1009).

la justicia a través de los tribunales, a las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, como presupuesto ineficiente para el logro de la tutela de sus derechos.

En tal sentido resultan de particular utilidad para integrar la manda constitucional, las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana en 2008, a las que la CSN adhiriera en lo pertinente mediante Acordada N° 5/2009²⁸. Las Reglas consideran en condición de vulnerabilidad 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 ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia* los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3). En sucesivas reglas alude a menores y ancianos (5, 6), personas afectadas de algunas discapacidad grave (10, 11, 12), migrantes y desplazados internos (13, 14), pobreza (15, 16), mujeres afectadas por violencia y discriminación (17 a 20), minorías nacional o étnica, religiosa y lingüística (21), personas privadas de libertad (22, 23). La enumeración, que no resulta taxativa, se adecua a muchos de los instrumentos internacionales y, por ello, resulta de particular utilidad para la configuración de la condición de vulnerabilidad, habiéndose señalado que si bien carecen de valor normativo deben constituir un marco referencial insoslayable para todos los operadores del sistema judicial²⁹.

IV. Instituciones, procedimientos y técnicas típicas de la justicia protectoria.

Sentado quienes resultan los sujetos de protección preferente, corresponde indagar cuáles son los instrumentos e intervenciones que perfilan la forma cómo el Estado provee –además, de las reglas de derecho sustancial, aunque en correspondencia con éstas- a la tutela procesal. Con ello viene a conformarse en definitiva la jurisdicción protectoria. Con la singularidad que como el mandato constitucional del art. 75 inc. 23 compromete la intervención activa de todos los poderes estatales, los jueces a través de la interpretación normativa y aún en ausencia de textos legales, tienen el deber de articular por sí una forma de protección

²⁸ La CSN ha invocado en sus sentencias las Reglas de Brasilia. Así, entre otros, en “Pedraza Héctor Hugo c. ANSES, s/ acción de amparo”, 6-5-2014, considerando 15.

²⁹ NOGUEIRA J.M. y SCHAPIRO H.J., *Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad...* en la obra colectiva *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*, de la que han sido coordinadores, LEP, La Plata, 2012, pp. 93-95.

jurisdiccional capaz de impedir la violación de los principios y reglas que edicta la ley suprema³⁰. En ese cuadrante aparece claro que el principio de legalidad de las formas debe aprehenderse en su necesaria y paulatina evolución por influjo de diversas pautas de flexibilización, en manos de la racionalidad del juez y a condición de preservarse el principio áureo del contradictorio. Ha de admitirse que la legalidad formal quedó infiltrada por la necesidad de reconocer la operatividad a los derechos sustantivos y la concepción del proceso como instrumento al servicio de logros “de resultados”, que han dado pie a la adecuación de las formas, y aún a la “desformalización”. Es lo que, en su magnitud, expresa la CSN en el memorado caso “Beatriz Mendoza”, entre otros³¹.

Se trata, en definitiva, de la articulación de novedosos procedimientos y técnicas, diseñadas por la legislación o por los propios jueces, como verdaderas instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en litigio³², con la finalidad de asegurar el resultado útil de la jurisdicción.

Entre las diversas *técnicas orgánico-funcionales* para la efectividad de la tutela de los derechos “sensibles”, se inscriben los fueros especializados, que conjugan órganos específicos en función de la materia sustantiva y reglas procesales también diferenciadas (tribunales del trabajo, de seguridad social, de familia, de menores, de menor cuantía, rurales, de consumo, etc.).

A su vez, constituyen *técnicas procesales* que apuntan a los mismos objetivos, entre otras: a) las que tienden a facilitar el acceso a la justicia (gratuidad de las actuaciones y otros beneficios integrativos); b) técnicas de sumarización del proceso en sus varias modalidades (tutelas anticipadas y urgentes, mandatos preventivos); c) soluciones autocompositivas; d) operatividad revaluada del amparo; e) amplificación de los poderes-deberes de los jueces para la mejor ordenación de las causas, la instrucción con fines de esclarecimiento de la verdad (primacía de la realidad) y el dictado de una sentencia justa, en plazo razonable; f) acentuación de los deberes de colaboración de las partes en la información de los hechos; g) carga dinámica e interactiva de la prueba; h) preclusión elástica de las deducciones y flexibilización del principio preclusivo; i) flexibilización de la congruencia; j) prevención y sanción del

³⁰ En ese sentido: MARINONI L.G., *De la acción abstracta y uniforme a la acción adecuada a la tutela de los derechos*, Rev. Peruana Der. Proc., Communitas, Lima, n° 17, 2013, pp. 370-371.

³¹ Nos permitimos remitir a nuestro trabajo *El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución “normatizada”*, La Ley, 2011-E, pp. 1144 y ss..

³² Es lo que DINAMARCO denomina instituciones de “neutralización de desigualdades” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, São Paulo, 2001, v. I, p. 208).

abuso del proceso; k) equilibrio en el trámite de ejecución de la sentencia, para evitar el abuso a través de la intervención del juez y la búsqueda de soluciones consensuadas; l) regímenes específicos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Y un largo etcétera.

En su conjunto tales técnicas enfatizan los postulados de *accesibilidad* para todos al sistema judicial, *simplificación* de los trámites, *aceleración de los tiempos* del reconocimiento y efectivización de los derechos, búsqueda y prevalencia de la *verdad objetiva*, consagración en fin del *derecho material* (derechos fundamentales), que no puede frustrarse por razones puramente formales. Bien que, en paralelo, no deja de advertirse sobre la conveniencia de acotar los confines de las tutelas diferenciadas, para evitar su proliferación y con ello el vaciamiento del proceso común. Por otro lado, la articulación de procedimientos más sencillos y simplificados, aún por iniciativa judicial, no puede menoscabar la garantía fundamental del debido proceso y el contradictorio, que tutela a ambas partes³³.

V. Conclusiones

A guisa de sintéticas conclusiones:

1. En el Estado de Derecho Democrático, la “juridización” de la Constitución por la recepción en el máximo nivel de la jerarquía normativa de los nuevos o amplificados derechos fundamentales, en paralelo con la operatividad del amplio catálogo que se trasiega desde las convenciones y tratados humanitarios, ha operado un cambio sustancial en el eje mismo de la juridicidad. Se difumina el sistema de la ley, en paralelo se configura una nueva y más fluyente juridicidad que dimana de los valores y principios fundamentales, por su propia naturaleza abiertos e indeterminados, que requieren necesariamente para su efectivización de la labor integrativa jurisdiccional.

2. En el marco de esas premisas, la concepción de la jurisdicción y la misión de los jueces, ya no se agota en la clásica labor de decir el derecho frente al litigio o conflicto –el modelo subsuntivo enfocado hacia una función meramente reparadora o preventiva de los derechos subjetivos lesionados-. Sino que se transmuta para asumir el papel preponderante de identificar y dar valor a los consensos básicos de la sociedad que expresa la Constitución; y, a partir de ello, ejercer aún novedosas actividades programáticas, en colaboración con los poderes políticos.

³³ Para una explicitación de cada una de las técnicas y sus límites condicionantes: BERIZONCE R.O., *Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas*, RDP 2009-1, pp. 29 y ss..

3. Bajo la Constitución Nacional reformada, la recepción de los principios fundamentales que acentuaron la concepción social y la igualdad en concreto, al igual que la participación ciudadana, en conjunción con el principio de la tutela efectiva y eficiente, brindan sustento a la jurisdicción protectora o “de acompañamiento”, que se expresa y encarna en las tutelas diferenciadas preferentes de ciertas categorías de personas o situaciones.

4. Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado, y a sus diversos poderes, incluyendo al Judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos “vulnerables” o desfavorecidos, aludidos en el art. 75 inc. 23 del texto constitucional.

5. Por la trascendencia social de tales derechos y situaciones, se genera una necesidad de tutela que se sustenta en la noción de interés público y que justifica un fuerte interés estatal en su protección, en todas las instancias de su incumbencia – legislativas, administrativas y jurisdiccionales-. En el marco de la jurisdicción protectora –y aún actuando preventivamente- los jueces asumen nuevos roles como gestores, controladores, garantes y ejecutores de los intereses generales respectivos – interés general del niño, de la familia, de la seguridad social, del ambiente, etc.-. Si bien no sustituyen a los poderes políticos, participan, de una u otra forma, a través de sus decisiones, en la configuración de las políticas públicas, especialmente cuando ejercen sus poderes en los conflictos colectivos de interés público. La jurisdicción protectora se legitima a partir del fundamento racional de las decisiones y el método democrático de enjuiciamiento, que excluyen el voluntarismo y la arbitrariedad y expresan la “representación argumentativa”.

6. La justicia protectora o “de acompañamiento” se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas típicas que persiguen en general, la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles, a través procedimientos más sencillos y simplificados gestionados por un juez activo en el marco del debido proceso. La tutela jurisdiccional protectora, al igual que la material, debe ser progresiva, por lo que tales instituciones, procedimientos y técnicas evolucionan para su perfeccionamiento de modo permanente.

7. Queda pendiente la regulación normativa de las reglas distintivas de la justicia de protección, necesaria a esta altura de los desarrollos teóricos y jurisprudenciales para conformar una jurisdicción “de rostro más humano”.