XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

"Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales"

Comisión 4: Jurisdicción Protectoria.

Ponencia General: La tutela de derechos fundamentales: amparo y otras vías.

Proceso y Sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva.

M. Victoria Mosmann[1]

"Amalaya la justicia, viditai los abogados cuando la ley nace sorda no la compone ni el diablo" (Chacarera del Expediente de Gustavo "Cuchi" Leguizamón compositor de música popular argentina)

I.-Introducción. Los procesos judiciales a 20 años de la última reforma constitucional. II.- Igualdad ante la ley.- III.- Principios procesales: sistema jurídico abierto. Positivización de los principios.IV.- Sujetos en situación de vulnerabilidad y su tratamiento procesal. Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. V.- La instrumentalidad en el proceso. VII.- La instrumentalidad del proceso en relación a los sujetos: Instrumentalidad de equiparación subjetiva del proceso. VIII.- Conclusiones. IX.- Palabras de cierre.

I.- Introducción. Los procesos judiciales a 20 años de la última reforma constitucional:

La reforma constitucional de 1994 logró respecto al reconocimiento de derechos un avance que puede dimensionarse como de alto impacto jurídico, pero pasados ya 20 años de ella no logramos aún que el sistema judicial brinde una respuesta adecuada a quienes necesitan solución a sus conflictos fundado en derechos de orden constitucional, y que por diversos motivos no conforman la

[1]Abogada, Escribana, Especialista en Derecho Procesal Civil, Miembro del Comité Ejecutivo y Delegada Regional de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Directora del Instituto de Investigación de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Salta.

media para la cual fue pensada la ingeniería del proceso civil. Los procesos en gran medida no se adecuan a la Constitución ni a los tratados incorporados a ella en el artículo 75 inc. 22, y llevan dos décadas de deuda de adaptación legislativa.

La mayoría de los códigos procesales de las provincias argentinas y el de la Nación, no fueron adaptados al nuevo marco legal a través de reformas integrales, contando muchas de las provincias con reformas apenas parciales. Entre las menos se encuentran las provincias de Jujuy, La Pampa y Río Negro. Las restantes mantienen básicamente los lineamientos del Código Procesal Civil de la Nación sancionado en el año 1968, que como es evidente es -por mucho- anterior a la reforma del 94.

Ese estado de situación generó que en los hechos, muchos de los reclamos jurisdiccionales realizados invocando los nuevos derechos no contaran con vías aptas para lograr su restablecimiento y en consecuencia se mostrara al sistema judicial como ineficaz.

Esta escena, 20 años atrás, parecía tener los días contados. La reforma constitucional se encargó de poner en mora a los legisladores respecto al dictado de normas que permitieran operativizar los derechos que reconocía en su texto. La reforma constitucional influida por el momento histórico mundial de concreción de tratados internacionales, y también por la crisis de institucionalidad nacional, fue un salto revolucionario en términos evolutivos. Fue el primer gran paso para el desarrollo posterior del derecho interno de las provincias en sintonía con el contexto constitucional/convencional. Luego, debían operar las reformas en el proceso, para que éste a su vez funcione como reformador/transformador de la cultura.

Según los datos estadísticos publicados por TheWorldJustice Project - WJP (http://worldjusticeproject.org/), Argentina en una escala de 0 a 1, alcanzó un porcentaje de 0,58 respecto al acceso a la justicia en materia civil. Este indicador valora entre varias pautas el acceso a los juzgados, los costos en el acceso, la corrupción, la duración de los procedimientos, el cumplimiento de las decisiones judiciales, los servicios de asesoría legal, entre otros.

Muchos son los que quedan en la banquina del proceso, son quienes no lo comprenden, o no pueden asumir sus costos, quienes entienden que el proceso no habrá de darles respuesta, o que ella les llegará demasiado tarde, ellos

aparecen dejados al margen de su alcance. 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 final buscado en el proceso, con tantas posibilidades de éxito y efectividad como cualquier otro ciudadano.

La constitución le encargó al proceso diversas competencias al reconocer los nuevos derechos y garantías, tales como el cuidado los derechos políticos, del medio ambiente, la protección de los derechos de los consumidores, formas difusas de titularidades de derechos, casos de daños masivos, litigios de escaso monto, conflictos que afectan a comunidades originarias, y en particular la protección de minorías y sujetos vulnerables respecto de los cuales mandó a adoptar medidas de acción positiva. Dicho encargo, salvo en contadas excepciones, no fue cumplido y en la actualidad esa mora sigue vigente, y es éste el punto que pretendemos poner en crisis, el que surge de la falta de efectividad del proceso en relación a los requerimientos que la constitución impuso en pos de la protección de sujetos vulnerables y desde allí discurrir por el sistema procesal para construir una respuesta.

II.- Igualdad ante la ley:

La respuesta al problema planteado parece ser de extrema sencillez y encontrarse al alcance de la mano con sólo aplicar el principio de igualdad de las partes ante la ley. El principio de igualdad ante la ley o isonomía es materia de protección en diversos instrumentos internacionales incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1° dispone que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en el artículo 2°1 regula “que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto

si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo, o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. En particular el artículo 7 dice que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, y el artículo 10 “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2°.1 también se encarga de la igualdad, ”cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, y el artículo 4 dice que “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Luego el artículo 14 “1. 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. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por

circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.", el artículo 24 "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". Por último reconoce que "todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" y "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (artículo 26).

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2° "los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La Declaración Americana sobre los Derechos Humanos en el artículo 8 dispone la garantías judiciales "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", y en el artículo 24 dispone la igualdad ante la ley "todas

las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

También el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional recepta el principio de igualdad ante la ley, "la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

Este profuso reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, en máximo nivel de garantía jurídica de los derechos, aún no ha logrado dar solución a la desigualdad que de modo transversal afecta América Latina. Esta afirmación se patentiza en las 100 Reglas de Brasilia que fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana[2], en la que participaron funcionarios de nuestro país junto a representantes de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, y Venezuela, además de Andorra, España y Portugal, coincidiendo todos en la necesidad de lograr efectividad en el sistema de justicia cuando intervienen en él sujetos vulnerables.

En dichas reglas se confeccionó un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en condición de vulnerabilidad como susceptible de ser asistido por reglas especiales en el trámite del proceso jurisdiccional. 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.

La incapacidad de los sujetos comprendidos en las categorías vulnerables para poder afrontar al proceso en su configuración típica, pone en evidencia que el nivel de acceso no es igual para todos, y que el sistema procesal marcado por la igualdad 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

[2] Estas reglas fueron elaboradas durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en el año 2008.

judiciales en los que cualquier persona en condición de vulnerabilidad participe como parte o en otra calidad.

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

Este instrumento ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada Nº 5/2009, 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, por acuerdo N° 34/10 se sumó el Superior Tribunal de Corrientes, (9-11-10) Santiago del Estero, Santa Fe (29/3/11), por Acordada 69/12 adhirió el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, también la provincia de La Pampa[3].

El problema entonces, fue reconocido como tal por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008, y los poderes judiciales argentinos también lo han hecho al adherir al texto de las "100 Reglas" poniendo de resalto que es necesario contar con reglas que resguarden los derechos de sectores débiles en el marco de los procesos judiciales.

Pero la herramienta generada al igual que su antecedente plasmado en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano, se ha limitado a asignar herramientas concretas para la tramitación de los proceso, siendo aún necesario contar con instrumentos que den a la temática una visión sistémica que permita su inmediata vigencia en todos los casos en que fuese necesario, y los que claro está exceden ampliamente los casos que pudieron ser recogidos en dichos textos. Nos preocupa encontrar un marco de entendimiento y justificación para su

[3] En el año 2012 la Red Reflejar produjo un informe sobre la Implementación de las Reglas de Brasilia en Argentina y para ello relevó 13 provincias argentinas (Catamarca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Mendoza, Misiones, Salta, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán) de las cuales un 8 % aún no había adherido a las Reglas

efectividad, como también de sustento para las eventuales innovaciones legislativas.

III.- Principios procesales: sistema jurídico abierto. Positivización de los principios.

Berizonce[4] relata que el nuevo Estado Constitucional que emergió en la segunda mitad del siglo pasado, edificado sobre los escombros de la Segunda gran Conflagración Mundial, transformó los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución y quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho es el fenómeno jurídico según el cual se impone que todas las normas jurídicas deben ser promulgadas, comprendidas y aplicadas a partir de la Constitución que es la matríz de todo el ordenamiento jurídico[5].

Guzman dice que el derecho "está conectado con tres ideales que conforman su objeto central. En primer lugar, la certeza, respecto de la cual necesitamos las reglas; pero también la justicia y la eficacia. El modelo sería demasiado simple si dijéramos que únicamente la certeza conforma la idea de Derecho. Pero sería igualmente errado afirmar que el derecho es sólo justicia. En tal caso no tendríamos un sistema legal, sino un sistema moral y esto no sería suficiente. La justicia no es el único valor importante en el derecho. Junto a él existen otros como la equidad, el debido proceso, el principio de legalidad y la coherencia. En segundo lugar, el Estado Democrático de Derecho supone la consideración de principios, condiciones sociales y políticas básicas adecuadas a la Constitución, tales como afianzar la justicia, no confundiéndolo con la aplicación de la ley como la simple subsunción de la norma positiva a los hechos sociales. La apertura principiológica provoca, de alguna forma, la ruptura paradigmática con el modelo subsuntivo basado en un Derecho que sólo contempla reglas. En ese contexto, el juez debe ser observado como un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida"[6].

---

[4]Berizonce, La Jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático, LL, AR/DOC/4249/2014
[5]MendoncaSica, O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro, Editora Atlas, Pág. 21
[6]Berizonce, coord., Los principios procesales, Guzman, Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho, ed. Librería Editora Platense.

En esta inteligencia, el artículo 2 del texto del Código Civil y Comercial Unificado vigente desde el 1 de agosto de 2015, dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, lo que deberá cumplirse de modo razonablemente fundado (artículo 3 del Código Civil y Comercial).

Este texto coloca a los principios integrando el sistema, como "normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos; por eso se dice que son mandatos de optimización; en su aplicación se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto"[7].

La inclusión de los principios en el esquema interpretativo hace que debamos referirnos a nuestro sistema como un sistema abierto, no limitado en exclusiva al contenido normativo, sino permeable a ser integrado por los principios que rigen incrementando la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico[8].

Esta nueva regla integradora del derecho privado, persigue la coherencia del sistema con el derecho constitucional y convencional, intentando operativizar la correspondencia que debe primar entre las normas y los principios que de ellas emanan y las normas inferiores.

En cuanto a la distinción entre reglas y principios[9], ambos se distancian entre tanto las reglas se agotan en sí mismas en la medida en que describen lo que se debe y no se puede hacer en determinadas situaciones, cuando en cambio los principios revelan los valores o criterios que deben orientar la comprensión en la aplicación de las reglas en el caso concreto. Las reglas entonces se cumplen o no sin admitir grados en su adhesión, en cambio lo principios pueden ser aplicados a un caso concreto en mayor o menor medida admitiendo niveles, pesos y balances, al momento de decidir qué principio debe imperar en la interpretación de la norma aplicable al litigio.[10]

---

[7] Lorenzetti, director, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, RubinzalCulzoni, tomo I, pág.37 y sgtes.
[8] Vigo, Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin, UNL, Santa FE 1993.
[9] Alexy y Dworkin
[10] Comparto con Marinoni que la integración del derecho con los principios, implica la comprensión de la ley a partir de la Constitución lo que expresa otra configuración del positivismo que puede ser calificada de positivismo crítico o de post-

Limitar la tarea intelectiva desplegada en las resoluciones judiciales a la mera labor de subsunción interpretativa de la norma, lleva en no pocos casos a obtener respuestas meramente formales, muchas veces teñidas de formulismo -cuando a las reglas procesales se refiere- operando así el acceso a la jurisdicción como una garantía estéril vacía de significado[11].

La liviandad de dicho razonamiento muestra a la seguridad jurídica como un valor supremo sustentado en el sólo apego a la ley formal abandonando el derecho constitucional o convencional, lo que no aporta nada a la seguridad jurídica al poblar nuestro territorio con magistrados que en su cotidiana labor "inaplican" los derechos reconocidos en los ordenamientos de rango superior a su mero arbitrio fundados en la mal entendida seguridad que pregonan. La idea del denominado legalismo, fundamentado tanto en los valores de generalidad y estabilidad de las normas jurídicas como en la previsibilidad e igualdad en la interpretación y en la aplicación del derecho, pretendiendo una Justicia estable y previsible, hoy parece ser desestabilizada por un constitucionalismo que se inclina por una Justicia que pondere según valores el caso individual[12].

Vemos entonces que la lectura principiológica del derecho privado y del derecho procesal no es la que impera en la vida tribunalicia a la hora de resolver el caso concreto, lo que ha llevado a las nuevas corrientes legislativas a incorporarlos –positivizarlos- en los textos de los códigos de procedimiento como normas abiertas que serán empleadas para interpretar el resto del cuerpo normativo. Los códigos de procedimiento de las provincias de Jujuy y Tierra del Fuego han adoptado esta modalidad, siguiendo la señera senda del Código Modelo para Iberoamérica y el Código Procesal de Uruguay. También enumeran principios los códigos de procedimiento civil del Perú, los recientemente sancionados Código Procesal Civil de Brasil y de Ecuador.

Respecto a la positivización de los principios Oteiza sostiene que "dependiendo del alcance que le asignemos a los principios su incorporación al texto legal puede ser de un gran provecho. Como lo he destacado algunos CP incorporan un título preliminar que contienen disposiciones que califican como principios.

---

positivismo, porque somete al texto de la ley a principios materiales de justicia y derechos fundamentales (v. Marinoni, TeoriaGeral do Processo, t. I, Editora Revista Dos Tribunais, "A funcao dos principio constitucionais").

[11] Ver la interpretación del profesor CassioScarpinella Bueno respecto de la teoría instrumental de CandidoDinamarco en su obra Curso Sistematizado de DireitoProcessual Civil, t. 1, Editorial Saraiva

[12]Guzman,Los principios procesales Berizonce coord., Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho, Ed. Librería Editora Platense pág. 46

Esos principios pueden ser entendidos como normas de segundo grado que permiten interpretar el alcance de las reglas. El interrogante sobre si es importante el reconocimiento normativo de un principio procesal debería contestarse afirmativamente debido a que es una gran ayuda contar con fórmulas que permitan darle una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento. Con respecto a ¿cómo resolver la tensión entre principios procesales?, ¿qué permite priorizar un principio con respecto a otro? la ley de ponderación de Alexy permite resolver antinomias y conflictos entre principios y armonizar la relación entre las reglas específicas de los CP y los principios constitucionales y convencionales. Si los principios pueden ser entendidos como máximas de optimización las tensiones entre ellos deben resolverse según un juicio que permita justificar la prevalencia según la afectación de cada uno de ellos y su mayor rendimiento. Para el derecho procesal la determinación de la prevalencia según la estructura de ponderación permite una mejor justificación de las decisiones en la tensión entre reglas y principios y entre éstos últimos entre sí.[13]

Esta misma postura fue sostenida en la ponencia general presentada por Barberio y Costantino en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Allí se dijo que “la positivación constitucional de los valores comporta, en cuanto a su estructura jurídica: i) su transformación en reglas prescriptivas y vinculantes; ii) su condición de metanormas orientadas a la producción de otras normas; iii) la estabilidad de sus características estructurales; iv) una relación de complementariedad no de jerarquía. Asimismo, y en relación con su específico rol constitucional PerezLuño atribuye a los valores una función fundamentadora, desde el momento que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; una función orientadora, ya que dirigen el ordenamiento hacia metas o fines predeterminados, y una función critica dado que sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas. En razón de lo dicho, destacan el hecho de que los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos”.

[13]Berizonce coord., Los Principios Procesales, Oteiza, Principios Procesales: Aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad, Librería Editora Platense.

En cuanto a la forma en que deben operar los principios, ya vimos que Oteiza propugna el método ponderativo. Según Marinoni los principios por su naturaleza deben convivir y su pluralidad no permite someterlos a una lógica de jerarquización, surgiendo la necesidad de una metodología que permita su aplicación mediante los casos concretos, hablándose en ese sentido de ponderación de los principios o de aplicación de proporcionalidad como regla capaz de permitir su coexistencia o de hacer prevalecer un principio ante otro sin que uno de ellos tenga que ser eliminado en abstracto, ni de ser aplicado en otro caso concreto. Afirma que en caso de conflicto de reglas el problema es de validez y en caso de colisión de principios es una cuestión de peso debiendo ceder uno ante otro conforme las circunstancias del caso concreto, sin que se pueda declarar invalido el principio de menor peso, prosiguiendo íntegro y válido[14].

Berizonce afirma también que la apertura principiológica provoca, de algún modo, la ruptura con el tradicional modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas; y en ese contexto, el juez pasa de ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el ethos jurídico dominante, para erigirlo en sustento de sus decisiones de ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación de 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 a la política con el derecho, lo cual conduce al eventual choque entre principios que lleva a la aplicación de la ley de ponderación[15].

Un repaso por las posturas que seguimos nos lleva a concluir que la constitucionalización de los procesos impregna al ordenamiento de principios, los que operan como reglas interpretativas homogenizantes y abiertas, cuya positivización resulta conveniente desde la seguridad que ello implica, y que el modelo argumentativo para su aplicación concreta pasa del modelo legalista de subsunción a la ponderación de principios.

IV.- Sujetos en situación de vulnerabilidad:

[14]Marinoni, TeoriaGeral do Processo, t. I, Editora Revista Dos Tribunais, “A funcao dos principio constitucionais”.
[15]Berizonce, La Jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático, LL, AR/DOC/4249/2014

Ya dijimos que nuestra tarea en estas líneas tiene como fin encontrar argumentos que viabilicen la efectividad de los derechos de sujetos en situación de vulnerabilidad, y por ello particularizamos las indagaciones respecto a la igualdad y los principios procesales que de ella emanan y su vigencia en procesos en los que intervienen sujetos vulnerables.

Respecto de éstos últimos encontramos que diversos estatutos especiales o normas sectoriales tales como la ley 24.240 de Defensa del consumidor, la ley 26.061 de Niños, niñas y adolescentes, 26.657 de salud mental, la ley 26.486 de protección integral a las mujeres, las leyes que regulan los derechos de los trabajadores, entre otros, que 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 equiparación[16]. 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.

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 provisorio[17]. 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

[16] Estos invaluables 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.
[17]Tartuce, Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, pág. 184.

cotidiana en un derecho jurídicamente protegido, generando en quienes no acceden a ello una situación de marginalidad jurídica objetiva[18] .

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

Contamos entonces con reglas de fondo que regulan la situación de vulnerabilidad extraprocesal de los sujetos, pero carecemos de regulación respecto a la vulnerabilidad procesal, circunstancia que como veremos fue analizada por la Corte Interamericana respecto de Argentina.

El Estado fue declarado responsable en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina"[19], y en ese precedente, la CIDH marcó una serie de estándares para el manejo del proceso en nuestro país poniendo de resalto los deberes especiales que tiene el Estado para garantizar los derechos humanos de sujetos en situación de vulnerabilidad, y en ese sentido se 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 de la Nación son necesarios para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. 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[20]. Se hizo hincapié en el rol fundamental que juega el debido acceso a la justicia para enfrentar distintas formas de discriminación[21]. Asimismo, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene normas sobre la importancia del acceso a la justicia de las personas con discapacidad "en igualdad de condiciones con las demás" e "incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad" (Preámbulo y art. 13.1). En

[18]Begala- Lista, Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos, CIJS, Centro de investigaciones jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Anuario N° 5, sección 3: Sociología, política e historia.

[19] CIDH, "Furlan y familiares vs. Argentina", 31 de agosto de 2012.

[20] Cfr. Artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

[21] Cfr. El artículo 13 de la CDPD precisa diversos elementos sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad.

este sentido, el Tribunal consideró que en casos de personas vulnerables es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y en particular la ejecución de los mismos. Por las particularidades del caso se dijo que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En particular la CIDH se refirió a la validez interna de las normas procesales, diciendo que el Tribunal es consciente que las autoridades judiciales internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga 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. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio 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. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En apretada síntesis, del rico texto de este fallo podemos leer que, el proceso debe tener las adecuaciones necesarias a través de la adopción de medidas de acción positiva para que el Estado garantice un real acceso a la justicia y la satisfacción de los derechos humanos de los justiciables, debiendo para ello realizar el respectivo control de convencionalidad de oficio en el caso en que las limitaciones de la normativa interna del Estado no permitan dar acabado cumplimiento a este mandato.

Esta posición ya se encontraba desarrollada en la Opinión Consultiva 16/99[22], 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 aquellos 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 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". Protección a la que también había hecho referencia la CIDH en el caso "Ximenes Lopez vs. Brasil" al disponer que debían ser especialmente protegidos quienes por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra no puede tener acceso igualitario a la justicia.

Esta faceta protectoria e igualadora claro está que no podrá ejercerse de modo discrecional por el magistrado, sino que deberá ser sustentada por pruebas suficientes que acrediten la situación que invoca el sujeto vulnerable, tal como lo entendió la CIDH en el Informe Nº 81/05 al requerir acreditación suficiente de la situación de indigencia alegada, lo que a su vez ya había hecho en su en su informe de inadmisibilidad en el caso "Rosa Margarita Aráuz y otros". Allí, la CIDH expresó: "…Los peticionarios sólo aportaron como prueba de su situación económica diferentes informes como el Informe del Instituto Nicaragüense de Investigaciones Económicas y Sociales, el Informe del Banco Central de Nicaragua correspondiente al año 1994, y el Informe de 1995 del Banco

[22] CIDH, OC 16/99, párrafos 118 - 119

Interamericano de Desarrollo correspondiente a Nicaragua. Sin embargo, estos estudios no prueban específicamente la situación económica de cada uno de los recurrentes; no existen en el expediente constancias suficientes que permitan sustentar que los ocho mil doscientos ochenta y ocho (8.288) demandantes sean indigentes o se encuentren imposibilitados de rendir la fianza exigida por los tribunales nicaragüenses (…) La exigencia del afianzamiento de costas por parte de los demandantes para ser oídos en un proceso judicial y la imposibilidad material de éstos de rendir la fianza fijada, debió ser probada en forma casuística y no de manera general, como lo hicieron los peticionarios a través de los informes mencionados; este hecho generó que se declararan desiertas las acciones iniciadas en las diferentes instancias (…) La Comisión considera que en el presente caso no surgen de la exposición de los peticionarios los fundamentos o elementos de prueba suficientes que permitan imputar responsabilidad al Estado nicaragüense por violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana…" [23].

V.- Sujetos en situación de vulnerabilidad y la eficacia del sistema procesal:

Desde el desarrollo del constitucionalismo social, la igualdad ideal sostenida por el constitucionalismo clásico fue perdiendo terreno, para pasar a considerar a las minorías y las necesidades reales de los sectores a los que una igualdad formal no les resultaba suficiente, en tanto no lograban hacer efectivos los derechos pretendidos por los sujetos vulnerables.

Comienza el desarrollo de la igualdad por equiparación, involucrando la adopción de medidas de acción positiva a fin de sostener un piso de posibilidades reales, exigiendo poner la mirada en las especiales circunstancias de los sujetos como destinatarios del sistema para concretar no sólo el reconocimiento de los derechos, sino también su efectividad.

El movimiento por el acceso a la justicia, puede ser visto como un postulado esencial del Estado Social de Derecho, algo así como el correlato procesal de una tendencia más general que en su tránsito evolutivo asignó al Estado un rol más activo y también elevó a jerarquía constitucional la protección de

[23] Cfr. Informe N º 101/00, Caso 11.630, Rosa Margarita Aráuz y otros, Nicaragua, 16 de octubre de 2000, párrafos 55, 57

determinados bienes, tras la insignia de la igualación real de oportunidades para los ciudadanos[24].

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 [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"[25].

Lograr una vinculación estrecha entre el proceso y la realidad extraprocesal es lo que otorga efectividad al modelo de debate, en tanto de no concurrir al caso la atención excepcional que requiere, la mera instrumentalidad objetiva del proceso resultará estéril a los fines buscados. Para lograr la eficacia del proceso no puede dejarse al margen de las formas que habrá de tomar el trámite a las necesidades del sujeto que reclama el restablecimiento de sus derechos. 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 eficacia del proceso lleva entonces 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 derechos[26], 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.

VI.- La instrumentalidad en el proceso:

Tal como han puesto de resalto la CIDH y la CSJN, las reglas procesales no tienen un valor absoluto que las sobreponga a las del derecho sustancial y a las exigencias sociales de pasificación de conflictos. El sistema procesal pierde legitimidad a través de su aplicación abstracta y descontextuada, y atenta contra sí mismo al abandonar el sentido de su existencia. Es necesario esclarecer el fin

[24] UCIN, C., La tutela de los derechos sociales, Ed. Platense.
[25] CSJN, "Losicer", L.216.XLV, del 26 de junio de 2012.
[26] Dinamarco, A Instrumentalidade do Processo, 14 edición, Malheiros Editores, San Pablo, 2009, pág. 180.

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 considera al proceso 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, esto es, 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 profesional. Este carácter instrumental del proceso se muestra en dos sentidos, uno negativo por el cual el 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 ser empleado de modo eficaz, en el contexto constitucional y convencional. Los actos procesales tienen una función ante el proceso y éste tiene una función ante el derecho sustancial, la sociedad y el Estado[27].

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 vigentes y el proceso dejaría de ser un instrumento para lograr la eliminación del litigio a través de una decisión justa.

El texto del artículo 12 del Código Procesal Civil de Tierra del Fuego contiene conceptualmente esta visión ya que expresamente dispone “para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a

[27]Dinamarco, ob. Cit. Pág. 318.

las normas generales teniendo presente los principios fundamentales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo". También el nuevo Código Procesal de Brasil en su artículo 8 manda que al momento de aplicar el ordenamiento jurídico se atiendan los fines sociales y las exigencias del bien común resguardando la dignidad de la persona y observando proporcionalidad y razonabilidad.

VII.- La instrumentalidad del proceso en relación a los sujetos: Instrumentalidad de equiparación subjetiva del proceso.

Nos encargamos a los largo de la presente ponencia de mostrar la crisis existente respecto a la inefectividad de la igualdad ante la ley o isonomía, sustentado ello en las muestras que da la realidad respecto de las necesidades de los justiciables vulnerables al momento de intentar ejercer su derecho de acción, e intentaremos ahora dar una propuesta de solución que estimamos se sostiene en base a los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios que fueron analizados.

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"[28]. 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

[28]Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad. de Santiago SentisMelendo, Ed. Astrea, 1943, pág. 343.

tiempo la satisfacción de su derecho sin que ello consolidase el daño que pretende subsanar a través del proceso. Y aquí puso el eje de la instrumentalidad en el sujeto procesal apuntando 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 sentencia de mérito, considerando así a la instrumentalidad cautelar desde el punto de vista del sujeto – instrumentalidad cautelar subjetiva- .

Así vemos que 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, como se analiza en este desarrollo.

Encontramos así, 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, así como el peso de la carga de producirla, 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[29].

[29]Berizonce enumera entre las técnicas procesales que propenden a la efectividad del sistema: a) las que tienden a facilitar el acceso a la justicia (gratuidad de las actuaciones y otros beneficios integrativos); b) técnicas de sumarización

Así, y por citar algunos ejemplos paradigmáticos, recordamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC”, del 06 de diciembre de 2011, estimó que la situación de insuficiencia de medios económicos de los actores, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requería la menor víctima de un accidente, y la demora que implicaría el inicio de los tratamientos al momento de la sentencia definitiva, provocaría no sólo un agravamiento del estado de salud poniendo en riesgo su vida, sino que generaría nuevos daños irreversibles, por lo que accedió al despacho de las medidas peticionadas poniendo el acento argumentativo en la carencia de recursos de los padres de la niña, y en la discapacidad de ésta última, ambas situaciones de vulnerabilidad que afectaban su capacidad para esperar los tiempos normales del proceso.

En el ya citado caso “Furlan”, la CIDH al pronunciarse sobre la ejecución de sentencia dijo que, debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho, y que debe ser completa, perfecta, integral y accesible para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas. Respecto a la situación de vulnerabilidad del actor mando a adoptar medidas de acción positiva que permitan equiparar la situación del sujeto vulnerable, permitiendo en casos de peligro de daño irreparable que se proceda a la ejecución anticipada para evitar que la desigualdad de base de la persona afecte la integralidad de la condena, ejerciendo así el magistrado el control de adecuación del procedimiento al sistema interamericano, y enmarcando su potestad en los art. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También en este caso fueron definitorios los argumentos referidos a la discapacidad del actor y a la insuficiencia de medios económicos, que según la CIDH, generaban una desigualdad que afectaba sus capacidades procesales.

---

del proceso en 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 abuso del proceso; k) equilibrio en el tramite 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” (aut. cit. La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático, La Ley, AR/DOC/4249/2014)

Y respecto de la prueba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sisnero”, se pronunció sobre el estándar probatorio que debe regir en materia de discriminación al afirmar que “si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia”, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente entonces con “la acreditación de hechos, que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. Además, “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y ‘la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de la veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”.

Recordemos que en el caso, la actora dedujo demanda de amparo que incluía una pretensión individual y una colectiva, a fin de que lograr que se garantice el derecho de acceso al trabajo de conductora de transporte público de pasajeros, el que le era negado por ser mujer, circunstancia que fue evaluada por el Tribunal para definir el funcionamiento de la carga de la prueba tal como lo hizo.

Así vemos en todos estos casos, y en las distintas etapas e institutos del proceso que 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, ya que 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.

Esta norma genera no sólo 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 sólo garantizan derechos subjetivos, sino que también fundan principios objetivos orientadores del sistema jurídico[30].

Si como sostenía Couture, los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley y la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio[31] y, 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, podemos concluir que a los fines de equiparar a los sujetos en situación de vulnerabilidad en clave de igualdad real, debemos especializar el principio de igualdad ante la ley tornando al proceso -tal como propone Calamandrei para las medidas cautelares- instrumental en relación al sujeto.

Así nos encontramos con un principio procesal derivado de los principios generales del derecho – en particular el principio pro persona- y de las garantías de igualdad, convencionales y constitucionales, que resguardan al sujeto débil.

El conflicto interpretativo respecto a la igualdad y cómo debe ser ella manejada a fin de no desvirtuar las reglas del juego que impone el proceso, no es tal. En efecto, 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 procesal, tal como ha dicho Scarpinella Bueno al sostener que le tratamiento desigual se justifica en la medida exacta de la desigualdad combatida.

El proceso logra garantizar la igualdad y el debido acceso a la jurisdicción si operativiza su instrumentalidad respecto del sujeto procesal. Partiendo de la conceptualización de vulnerabilidad o marginalidad procesal intentamos esta respuesta instrumentalista en esta variante que ensayamos, proponiendo como

[30]Marinoni, TeoriaGeral do Processo, V. 1, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, pág. 69.
[31]Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4° ed., Editorial B de F, pág. 150.

sub-categoría de los principios de instrumentalidad e igualdad procesal, el principio procesal de instrumentalidad de equiparación.

VIII.- Conclusiones:

1) El sujeto vulnerable que ante la insatisfacción de sus derechos debe acudir a la justicia es recibido por un sistema que replica un modelo de igualdad formal, lo que lo revulnerabiliza o le adiciona una causal de vulnerabilidad, en tanto suma a su situación de vulnerabilidad extraprocesal su vulnerabildiad procesal, acumulando así desventajas, esta situación pone en crisis al proceso, que deja de ser una garantía para ser un ritual desprovisto de fines que lo legitimen.

2) El marco convencional y constitucional manda a adoptar medidas de acción positiva respecto de los más débiles, lo que en el proceso se traduce en adoptar medidas concretas que asignen efectividad instrumental al proceso.

Este marco, rige en la actualidad tal como lo dispuso la CIDH en el caso "Furlan", de modo tal que ante la situación procesal concreta, en la cual un sujeto en situación de vulnerabilidad se vea desaventajado por la igualdad formal del proceso, deban asignarse las suficientes acciones positivas que le permitan igualarse a aquel contra quien litiga y ejercer una defensa eficaz.

3) La Justicia protectora o de acompañamiento, al igual que grandes esfuerzo realizados a nivel regional como las "100 Reglas de Brasilia" se ha construido mediante instituciones, procedimientos y técnicas típicas que persiguen en general, la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles, a través de procedimientos más sencillos y simplificados gestionados por un juez activo en el marco del debido proceso[32]. Pero se torna necesario desplegar un desarrollo teórico que permita que, estos aportes puntuales destinados a problemáticas segmentadas, sea analizado de modo sistémico. Así, se pretende lograr la íntegra lectura del proceso desde esta mirada, para evitar que las lagunas o antinomias existentes en nuestro derecho procesal operen negando la existencia del derecho de acceso a la justicia, para quien no reviste las cualidades personales del hombre medio para el que fue diseñado el proceso.

[32]Berizonce, La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático, LL, AR/DOC/4249/2014

4) Esta visión sistémica de la situación problemática nos llevó a discurrir desde la lectura de las mandas convencionales y constitucionales hacia el proceso, analizando cómo aquellas se reflejan éste a modo de principios que permiten lograr en la mayor medida posible, y como mandatos de optimización, el cumplimiento de los fines del proceso.

5) Estos principios son aplicados a través del método argumentativo de ponderación, metodología que en el derecho privado pasa a ser una obligación legal a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial Unificado, según dispone en sus artículos 2 y 3.

6) Las especiales previsiones protectivas que regulan derechos de sujetos en situación de vulnerabilidad obligan al proceso a advertir y palear su situación. Proponemos instrumentalizar su dinámica para lograr una defensa eficaz, y finalmente el logro de un resultado justo, con todas las implicancias que ello conlleva en el trámite procesal, el que se verá impregnado de este sub principio de instrumentalidad subjetiva.

7) La operatividad de este principio debe sujetarse a parámetros de realidad, para que con suficiente y razonable fundamentación (artículo 3 del CCyC), alejadas del formalismo/formulismo, se logre que quien se muestra como sujeto en situación de vulnerabilidad procesal pueda recomponer su situación con el empleo del medio más idóneo para ello y el criterio de la menor restricción posible (artículo 1713 del CCyC), garantizando así la igualdad real de las partes y la efectividad del proceso.

8) La incorporación principiológica en los códigos de procedimientos generará una herramienta directa de exigibilidad que garantice el derecho de acceso a la justicia de sujetos vulnerables, sin que ello implique una necesaria enumeración taxativa de situaciones de vulnerabilidad, ya que ésta es multicausal y multidimensional, y una reglamentación que pretenda agotar todos los casos seguramente se verá rápidamente desbordada por la realidad.

10) Concretamos la propuesta de incorporación legislativa del principio de instrumentalidad de equiparación, tomando como modelo la forma en que recepta el principio de igualdad el Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, que en la segunda parte de su artículo 5 manda al Juez a disponer “lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en una condición de inferioridad jurídica”.

IX.- Palabras de cierre:

La presentación de esta ponencia da comienzo con unas palabras del autor salteño Leguizamon que describen la sensación popular respecto de la justicia y su relación con los sujetos vulnerables. Dicho tema ocupó el íntegro desarrollo de estas líneas intentando mostrar las necesidades del sistema y las posibles respuestas que encontramos las que estimamos que en razón del momento histórico que significa la reforma y unificación del derecho privado en el nuevo Código Civil y Comercial, se enfrentan a una particular ocasión para la promoción de la tan ansiada reforma del proceso civil, a cuyo fin ésta propuesta intenta ser un aporte.