

“XXIX° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

(Termas de Río Hondo, Santiago del Estero-Argentina)

14 al 16 de septiembre de 2017

(e-mail: ponencias@jussantiago.gov.ar)

“TEMA 1: DERECHO PROCESAL CIVIL: INCIDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE LA REPÚBLICA”

**Título: “HACIA UNA ACCIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO
DE RITO”.**

Gabriel Tamborenea

**SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN.
III. LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO DE VELEZ Y EN LA LEY 26.994. IV. LA
TRILOGÍA DERECHO-LEGITIMACION-INTERÉS. V. NATURALEZA DE LA
ACCIÓN. VI. EL ACCESO A LA JUSTICIA. VII. CONCLUSIONES: HACIA
UNA ACCIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO DE RITO.**

AUTOR: GABRIEL TAMBORENEA.

DIRECCION: AV.R.S.ORTIZ 1978 P.B. “5”, Buenos Aires, Argentina.

“HACIA UNA ACCIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO DE RITO”

“Los derechos no valen sino lo que valen sus garantías”¹.

I.- INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de la ley 26.994 que instrumenta un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, consagra una normativa que era reclamada desde hacía ya unos años para actualizar la obra del gran legislador Dalmacio Vélez Sarsfield.

Numerosos cambios en la vida social con su vértigo y crecimiento acelerado, generan modificaciones indispensables para sostener la existencia de los habitantes, fenómeno que se transmite invariablemente a los contenidos y prácticas del derecho.

En el nuevo código de fondo se receptaron las ideas y nociones que fueron puestas en práctica judicial y que habían sido consagrados por la doctrina: el concepto de capacidad restringida, el régimen de los apoyos y una nueva visión de la capacidad civil que se traslada por supuesto a la aplicación de la capacidad procesal.

Estos cambios interesan a la ciencia procesal pues al mismo tiempo que generan un nuevo material de estudio y nuevas herramientas de trabajo, nos llevan a considerar el impacto que se produce en nuestra materia.

Los cambios en materia de derecho civil y comercial se unen al creciente proceso de constitucionalización del Derecho Procesal y también del Derecho Civil. El Estado constitucional establece la concepción republicana de gobierno que trae aparejada la implementación de los derechos consagrados en la Reforma Constitucional del año 1994 y el cumplimiento efectivo de los derechos y garantías constitucionales que integran el denominado ‘bloque de constitucionalidad’², del que forman parte los conceptos de acción y de acceso a la tutela judicial efectiva.

¹ H. L. A. Hart, *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, página 176.

² ROSATTI, Horacio D. - BARRA, Rodolfo C. - GARCIA LEMA, Alberto M. - MASNATTA, Héctor - PAIXAO, Enrique - QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La reforma de la Constitución, explicada por los*

En el presente trabajo intentaré dar cuenta del impacto del nuevo código de fondo respecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la necesidad de regular una acción procesal en el código de forma, complementaria de los conceptos de capacidad, personería y representación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (t.o. 26.994) y de la importancia actual de los conceptos de acción y tutela judicial efectiva.

II. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:

El nuevo código de fondo establece en el artículo 22 un concepto de capacidad relativo a la persona humana, que define como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, manteniendo en este punto el estándar fijado por los principales tratados de derechos humanos³.

Estas ideas mantienen en lo sustancial su vinculación con la capacidad procesal, que coincide con la capacidad de hecho o capacidad de obrar.

Al mismo tiempo agrega una serie de figuras en el capítulo 2, Título 1, del Libro Primero donde regula la capacidad de las personas humanas, enumera los incapaces de ejercicio, regula el régimen de los menores de edad y de las restricciones a la capacidad.

Tanto las nociones de capacidad como la de representación, en principio no alteran en lo sustancial la estructura del régimen de capacidad y representación utilizadas en el Derecho Procesal anteriores a la sanción del nuevo código de fondo⁴, pese a que se ha incrementado el número de supuestos extraídos desde la misma práctica y realidad judicial.

Desde el enfoque de nuestra disciplina, la noción de persona (humana y jurídica) se relaciona principalmente a los significados de capacidad procesal y de parte, que mantienen su total vigencia.

Pero también los conceptos de capacidad, representación y parte, se vinculan a dos nociones estructurantes del sistema procesal que son el

miembros de la comisión reformadora, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1994, página 93 y siguientes.

³ BUERES, Alberto J. *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi José Luis Depalma editor, Buenos Aires, año 2015, Tomo 1 página 80.

⁴ FALCON, Enrique, *La representación procesal en el Código Civil y Comercial*, en Revista de Derecho Procesal, *Capacidad, representación y legitimación*, año 2016-1, Santa Fe, año 2016, páginas 73 a 110.

concepto de acción y el acceso a la justicia. Así lo destaca Lino Palacio al señalar que “media acuerdo doctrinario en asignar al derecho procesal el estudio de las siguientes materias: ... Régimen jurídico de las partes y peticionarios, así como sus representantes y asistentes. A este punto se halla vinculado el estudio de la naturaleza, elementos, condiciones, etc., de la acción ...”⁵

Por este motivo, la naturaleza de la acción procesal que adopte y consagre el legislador, será la base sobre la cual se sustentará el sistema procesal y el que dará la dimensión del real acceso a la tutela judicial efectiva.

Históricamente nuestro sistema legal ha seguido la teoría civilista de la acción procesal basada en la vulneración del derecho material, con el agregado gradual de otras herramientas como los interdictos, la aplicación del hábeas corpus y de la acción de amparo, que ampliaron la cobertura y defensa del derecho de los ciudadanos.

III. LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD Y EN LA LEY 26.994.

El Código Civil argentino receptó la acción del derecho francés y del *Esboço de Freitas*, a los cuales había llegado merced al código napoleónico, que siguió en sus lineamientos la concepción de Acción de base romanista civilista de Federico Carlos de Savigny , según lo destaca el mismo Vélez Sarsfield en su comentario a la nota de pie de página al artículo 505.

Señala Guillermo A. Borda que el codificador utilizó, en calidad de fuentes del Código Civil argentino, el derecho romano (contando con el sistema del derecho romano actual que recibió en su versión francesa en momentos en que redactaba el código), la legislación española y el derecho patrio, el Código Civil francés y sus comentarios, el *Esboço de Freitas*, los códigos civiles de Chile (obra de Bello), el de Luisiana de 1824, el italiano de 1855, el prusiano de 1794, el austríaco de 1811, el sajón, el bávaro , y el ruso⁶.

⁵ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo 1, página 19.

⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, año 1970, Parte General Tomo I, página 124 y siguientes.

No había por aquel entonces un código procesal propio, pese a que el mismo Vélez Sarsfield había editado y anotado el Manual de Práctica Forense del jurista salteño Manuel Antonio Castro ⁷, aplicándose las disposiciones virreinales españolas propias del sistema judicial indiano hasta el año 1810, luego una segunda etapa que va hasta la adopción por la Capital Federal del código de la Provincia de Buenos Aires en 1800 y por fin la etapa de codificación a nivel nacional y local ⁸.

La acción era la de Savigny, el derecho material en estado de defensa, donde existía una identidad de significados entre derecho y acción, pues recién con la célebre polémica del año 1853 entre los autores alemanes y en el año 1903 los doctrinarios italianos iban a comenzar a manifestar su legado que tiene vigencia hasta el día de hoy.

En los hechos se observaron lagunas en el sistema para accionar, lo que implicó que ante la falta de norma expresa los jueces y los abogados en general, se vieran inducidos a encontrar la solución de los casos recorriendo el arduo y trabajoso camino de ir desde las constancias palpables del conflicto o litigio, ascendiendo en la construcción del andamiaje que les permitiera alcanzar la solución del caso. El uso de los interdictos, el hábeas corpus y la aparición de la acción de amparo, son la demostración concreta de esa insuficiencia legal.

De ese modo la búsqueda de soluciones no siguió parámetros demasiado fijos o preestablecidos, permitiendo a los intérpretes buscar las soluciones en un ámbito de mayor libertad y discrecionalidad respecto de los recaudos internos de la acción, la legitimación, la capacidad y la representación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contempla del mismo modo que el código de Vélez Sarsfield la tutela de Derechos Individuales y además los Derechos de Incidencia Colectiva en su artículo 14. Sin embargo, ha ampliado aun más la acción civilista del anterior, al contemplar la defensa de los intereses en diversas disposiciones de su articulado. Así el artículo 1737 prevé que hay “daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado

⁷ BORDA, Guillermo A., obra citada, Tomo I, página 124 y siguientes.

⁸ LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2005, Tomo II, página 73 y siguientes.

por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Esta disposición es congruente con lo previsto en el artículo 724 y siguientes del código de fondo que regula las obligaciones”

Qué debe entenderse por interés, nos enseña el maestro Roland Arazi al hablarnos de la legitimación en la Acción Preventiva del artículo 1771 a 1715”⁹, que acepta al llamado “interés simple”.

En la Acción Preventiva el artículo 1771 menciona que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento; no es exigible ningún hecho de atribución, estando legitimados para reclamar aquellos que ostenten un interés razonable en la prevención del daño.

IV. LA TRILOGÍA DERECHO-LEGITIMACION-INTERÉS

Tomás Jofré explica que “Los requisitos que debe reunir la acción para prosperar, varían según las escuelas en que se dividen los procesalistas, pues mientras los franceses han hecho una construcción complicada y artificial, los italianos han llegado al máximo de sencillez y de ciencia”. Y continúa: “Tres son las condiciones o requisitos que en nuestro sentir deben concurrir en la acción para que pueda prosperar: a) Una regla de derecho que garanta un bien al que la invoca... b) La calidad de obrar o *legitimatío ad causam*... c) El interés consiste en esto: que sin la intervención judicial el actor sufriría un daño...”¹⁰.

Hugo Alsina en la misma línea distingue acertadamente entre las condiciones de ejercicio de la acción y la condición de admisión de la misma. Señala el autor en su tratado que en el derecho contemporáneo argentino no se exige que exista una acción concreta autorizada por la ley para accionar, sino que basta que exista una prohibición expresa de la ley en tal sentido, por ejemplo aquella que pretenda atribuir un hijo a una mujer casada, o el cumplimiento de una obligación natural, etc.¹¹.

⁹ ARAZI, Roland, *La legitimación en la acción preventiva*, en Revista de Derecho Procesal, *Capacidad, representación y legitimación*, año 2016-1 página 301/321.

¹⁰ JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, Valerio Abeledo editor, Librería Jurídica, Buenos Aires, año 1919, Tomo II, páginas 29 a 31.

¹¹ ALSINA, Hugo, obra citada, Tomo I, página 383 (*Condiciones de ejercicio de la Acción*).

Explica que en ausencia de una disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción debe considerarse concedida implícitamente, autorizando al reclamo del derecho que se considera vulnerado, siguiendo el precepto de que el estado no debe prohibir por principio general, sino permitir el ejercicio del derecho de accionar.

Esto se vincula con la regla de clausura, la cual prescribe que todo aquello que no está prohibido está permitido. No obstante eso, los recaudos procedimentales requieren ser regulados para asegurar la legalidad del trámite, por la cual el Estado mismo debe velar, y para no vulnerar otros derechos propios y ajenos, entre ellos, el derecho a la igualdad de trato y el trascendente derecho de defensa.

En nota al pie el maestro agrega un comentario en el que dice que “En materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo no es de estricta aplicación la regla del derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo”¹².

Continúa luego el autor enunciando los recaudos con los que debe contarse para que la reclamación por medio de la acción civil sea procedente, a saber: dos son las condiciones para el ejercicio de la acción con el fin de obtener una sentencia favorable: invocación del derecho y cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley.

A estas dos condiciones iniciales de ejercicio de la acción, el jurista agrega las condiciones de admisibilidad de la acción, a saber: 1.- que el derecho provenga de una norma o de una ley que garantice al actor el bien que pretende; 2.- que se justifique debidamente la calidad, es decir la identidad de las partes respecto del derecho garantizado; 3.- que se acredite el interés de obtener el bien mediante la intervención de la jurisdicción estatal¹³.

Estos recaudos provenían del derecho francés, de la teoría civilista que Federico Carlos de Savigny había elaborado en base a la tercera época del procedimiento procesal romano y fue seguida por los autores franceses y por los prácticos españoles¹⁴, y estaba conformada por cuatro elementos que son:

¹² CSJN en J. A., Tomo XXXVI, página 817.

¹³ ALSINA, Hugo, obra citada Tomo I, página 385.

¹⁴ ALSINA, Hugo, obra citada, página 307 y siguientes. En el derecho francés siguieron esta postura autores como Aubry y Rau, Demolombe, Planiol, Garbonnet, César Bru, Japiot, Morel y, en España, Caravantes y Manresa.

1.- un derecho, que es poder ¹⁵ tutelado por una acción y por tanto se le concede una protección; 2.- un interés, pues el derecho es el interés protegido por la ley; 3.- la calidad de ser el titular de ese derecho; 4.- la capacidad para actuar en el juicio ¹⁶.

Así bajo el título "*Le droit*" explican Garsonnet y Cézard Bru "*Quatre conditions sont requises pour pouvoir intenter une action: le droit; l'intérêt ; la qualité ; la capacité si le demandeur agit en son nom, et le pouvoir s'il agit en nome d'autre* " ¹⁷. En el mismo sentido se expresa Japiot : "*Énumération des conditions – Les conditions d'existence et d'exercice des actions sont généralement considérées comme se référant á quatre éléments : le droit, l'intérêt, la qualité, la capacité* " ¹⁸.

Charles Aubry y Charles Frédéric Rau expresan que "*Les éléments que suppose, en théorique, toute demande, sont : 1º le fondement juridique, c'est-á-dire le principe de droit qui confere l'action (fundamentum agendi, propositio major) ; 2º le fait que donne lieu á l'application de ce principe (propositio minor), 3º les conclusions, c'est-á-dire l'énonciation des prétentions du demandeur (petitium, conclusio)*" ¹⁹.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no cuenta con disposiciones relativas a las condiciones de ejercicio y de admisibilidad de la acción, salvo la referente a esta última contenida en el artículo 163 inciso 5º cuando prescribe que declara el derecho de los litigantes.

En el Código de Vélez Sarsfield, el codificador tampoco prescribe de manera expresa cuáles son los requisitos que debe contener la acción genérica que tomó de Savigny para el ejercicio en el foro judicial. Podemos pensar entonces que el código de fondo dejó abierto el ejercicio de cada acción de acuerdo al ámbito en que fueron regulados los lineamientos generales de cada instituto, vgr. contratos, obligaciones, derechos sucesorios, creditorios, etc. En definitiva, Vélez Sarsfield dejó en manos del Código de Procedimientos y de su

¹⁵ ALSINA, Hugo, obra citada, página 308.

¹⁶ ALSINA, Hugo, obra citada, página 308.

¹⁷ GARSONNET, Eugéne - CÉZARD BRU, Charles, *Traite Theorique et pratique de Procédure*, Librerie Recuil Sirey, año 1912, Tome Premier, página 530.

¹⁸ JAPIOT, René, *Traité Elémentaire de Procédure civile et commerciale*, París, año 1935, página 52 y siguientes.

¹⁹ AUBRY, Charles - RAU, Charles Frédéric, *Cours de Droit Civil Francais DROIT CIVIL FRANÇAIS*, Libraries de la Cour de Cassation, París, año 1878, Tomo VIII, página 118 y siguientes.

aplicación práctica por los magistrados y abogados el contenido, alcance y ejercicio de cada acción de un modo vivo y libre, solo limitado por las disposiciones generales del código de fondo, que era lo establecido en ese punto para el época de su sanción.

En el derecho romano se concedía una acción para cada derecho que estuviera reconocido en la Ley o en un edicto. Los romanos no tuvieron una acción genérica con los caracteres de las que fueron reconocidas a mediados del siglo XIX, sino que utilizaban acciones particulares para cada derecho. Más tarde sí los pretores comenzaron a conceder las llamadas acciones útiles y ficticias con las cuales permitían reclamar a aquellos casos donde no existía una acción determinada ²⁰.

Pese al reconocimiento de que cada obligación está garantizada por una acción, lo cierto es que el código de Dalmacio Vélez Sarsfield, adscribe a la tradición romanista de Savigny, proveniente del derecho francés, y no al de la acción de carácter abstracto, aplicándose en lo pertinente lo previsto en cuanto a los efectos de las obligaciones respecto del acreedor y la posibilidad de que emplee los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado ²¹.

De acuerdo al régimen descrito por Hugo Alsina, en algunos casos se desestimaban los reclamos recurriendo a la falta de Derecho, o se cerraba al determinar que no había interés. Sin embargo en Derecho Público en algunos casos este criterio no era seguido y tuvo limitaciones en los conceptos de legitimación, interés difuso e interés simple.

Vemos entonces que existen en el régimen de Vélez Sarsfield dos distinciones de lo público: lo que se refiere a materia penal y a materia administrativa, que se resuelve en forma más restrictiva el acceso a los tribunales por cuanto se encuentra involucrado con mayor presencia la autoridad estatal.

Cotejando este criterio de solución con los casos que se plantean actualmente, se observa que pueden existir otros supuestos que escapan con creces a aquel criterio inicial, por ejemplo: 1.- casos de interés público regidos

²⁰ PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires, año 1963, página 877.

²¹ *Código Civil de la República Argentina*, artículo 505.

por leyes civiles; 2.- casos en que requiera abrirse a prueba la causa para determinar el daño; 3.- para determinar la legitimación; 4.- los derechos sociales; 5.- las acciones colectivas.

Esta composición llevó a que no siempre la práctica judicial fuera uniforme y que se requiriera de la profusión de casos similares ejerciendo presión sobre el Poder Judicial o sobre el Poder Legislativo para alcanzar la tutela judicial efectiva.

Colombo, por su parte, menciona algunos precedentes anteriores a la sanción de la ley de amparo en los cuales se resolvió que “Dentro del sistema jurídico argentino no puede admitirse que la lesión de un derecho quede sin reparo, por el solo hecho de no haber previsto las leyes procesales qué trámite debe darse al reclamo”²² proveniente de la Cámara Federal de Rosario del 14-II-935, que más tarde en una nueva resolución ordenó suspender la expedición de la orden de amparo durante un plazo el 17-V-935²³.

También menciona un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 29-XI-935, en la que el supremo tribunal “manifestó que no tenía importancia determinar si se trataba de recurso de amparo o de un interdicto, lo que interesaba era el fondo de la cuestión”²⁴.

V. LA IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN:

El tema de la naturaleza acción resulta trascendente a la hora de organizar el sistema de derecho procesal, más allá del arduo y rico debate que se ha dado a lo largo del tiempo.

La aparente falta de aplicación práctica ha desalentado su estudio en los últimos años, no obstante el tema mantiene su inalterada vigencia, al igual que la Teoría General del Proceso. De cualquier modo, los doctrinarios han destacado su importancia y continuado con las investigaciones como en el

²² J. A. Tomo 49, página 207.

²³ COLOMBO, Carlos J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital, anotado y comentado*, primera reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 15.

²⁴ COLOMBO, Carlos J., obra citada, página 15.

caso de Omar Benaventos, Roland Arazi, Adolfo Rivas, Adolfo Alvarado Velloso, entre otros ²⁵.

Hemos visto que la acción de corte civilista basada en la vulneración del derecho material ya no resulta suficiente para resguardar los derechos de los justiciables. A tal punto lo reconoce el legislador tácitamente al regular la novedosa Acción Preventiva para la cual basta la invocación de un interés y no ya de un derecho violentado.

Así pues, la configuración del legislador del código de fondo, no implica en los hechos que deba ser impuesto a los códigos de forma, cuyos legisladores pueden encontrar mecanismos procedimentales más útiles y eficientes a la tutela judicial efectiva.

El concepto de acción se trata de un concepto metajurídico, es decir, un concepto que sirve para formular nuevos conceptos. Este concepto de acción mantiene incólume los términos de la Teoría General del Proceso, en forma independiente a cómo el legislador la regula en los hechos, al igual que a la capacidad, la representación, la legitimación y el interés.

El legislador podrá consagrar entonces distintas acciones específicas en la ley o inclusive en las constituciones, pero lo importante para nuestra materia, es garantizar el acceso al proceso judicial con una acción que asegure una tutela judicial efectiva.

De tal modo este marco conceptual nos lleva a la conclusión de la necesidad de contar con una acción de carácter procesal, de carácter abstracto, que tutele no solo los derechos y los intereses, sino que sea la puesta en práctica de la garantía constitucional y convencional de defensa en juicio y de acceso a la tutela judicial efectiva.

²⁵ BENAVENTOS, Omar A., *Teoría General del Proceso*, editorial Iuris, Rosario-Santa Fe, año 2002; BENAVENTOS, Omar A. y FERNANDEZ DE DELLEPIANE, Mariana, *Explicaciones sobre el sistema normativo en el Derecho y en Derecho Procesal (nuevas reflexiones sobre la acción procesal)*, en el Dial del 23-6-2008; Arazi, Roland *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa FE ño 2004, página 93 y siguientes; Rivas, Adolfo A. *Teoría General del Derecho Procesal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2005; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Acción Procesal. Pretensión y demanda. Acumulación y eventualidad*, Astrea, Buenos Aires, año 2015, página 249 y siguiente.

VI. EL ACCESO A LA JUSTICIA

El concepto de acción es una llave al acceso a la justicia, una exclusiva que abre y cierra posibilitando o no su ingreso al proceso. En sus orígenes la noción de acceso a la justicia estuvo vinculada a razones caritativas, como la de prestar asistencia legal a quienes carecían de recursos para afrontar la exigencia, hasta transformarse en un derecho humano fundamental en el sistema democrático²⁶.

La idea ha sufrido también una evolución que ya fue enseñada por Mauro Cappelletti diciendo que si bien en sus comienzos fue una noción vaga vinculada al derecho natural, su ejercicio no requiere reglamentación de parte del estado sino que basta con que no se lo entorpezca²⁷.

La noción de acceso a la justicia persigue que los ciudadanos tengan un efectivo acceso a la jurisdicción y que el mayor número de personas sin ningún tipo de restricciones consigan la tutela jurisdiccional, hacia la cual convergen los principios y garantías constitucionales²⁸.

El acceso a la justicia “se originó en la necesidad de integrar las libertades clásicas, inclusive las de naturaleza procesal, con los derechos sociales. El derecho de acceso a la jurisdicción -visto como el derecho del actor y del demandado- es un derecho a la utilización de una prestación estatal imprescindible para la efectiva participación del ciudadano en la vida social, y así no puede ser visto como un derecho formal y abstracto, o como un simple derecho a proponer la acción y de presentar defensas, indiferente a los obstáculos sociales que puedan inviabilizar su efectivo ejercicio”²⁹.

Según Berizonce, el acceso a la justicia constituye un postulado esencial del Estado social de derecho, que pasó de ser un Estado Liberal individualista,

²⁶ BIRGIN, Haydée - KOHEN, Beatriz, *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, año 2006, página 15.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, *El Acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, página 19 y siguientes.

²⁸ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos - PELLEGRINI GRINOVER, Ada - RANGEL DINAMARCO, Cándido, *Teoría peral do Processo*, Malheiros Editores, 25ª edición, Brasil, año 2008, página 39 y ss.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoría Geral do Processo*, Curso de Processo Civil, Volumen 1, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, año 2008, páginas 308 y 309.

con declaraciones liberales formales, a buscar lograr la efectividad concreta de esos derechos y garantías ³⁰.

La razón principal del reconocimiento del acceso a la justicia, radica en la tipología de nuestra Constitución Nacional que adoptó la forma republicana de gobierno y la democracia como forma de estado ³¹, pilares sobre los cuales se basan el derecho a peticionar a las autoridades y el debido proceso adjetivo ³².

La reforma constitucional del año 1994 significó una importante mejora en cuanto al acceso a la justicia, pues incorporó diez tratados internacionales a los que confirió jerarquía constitucional mediante el art. 75 inciso 22 en el denominado “bloque de constitucionalidad”, encomendó al Consejo de la Magistratura la “eficaz prestación de los servicios de justicia” en el art. 114 párrafo 3º apartado 6, y dio lugar a nuevos derechos denominados de tercera generación que siendo operativos requieren su protección especial ³³, para lo cual también legalizó la Acción de Amparo en el texto de la carta magna para hacer efectiva en todos los casos la garantía de acceso a la justicia. Por eso señalaba reiteradamente Morello que ese garantismo no es una mera legalidad formal: consiste en asegurar el acceso a los casos que no llegan aun cuando la previsión legal resulta débil.

El acceso a la tutela judicial constituye un derecho humano fundamental y así ha sido reconocido por los tratados internacionales ³⁴. Al mismo tiempo es una garantía de igualdad de los ciudadanos. El artículo 18 de la CN consagra las garantías procesales de raíz constitucional y establece cuales son los instrumentos para que esas garantías constitucionales sean realmente efectivas.

³⁰ BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo Acceso a la Justicia*, Librería Editora Platense SRL, La Plata, año 1987, página 5 y siguientes.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, año 1979, página 32.

³² GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, año 2005, La Ley, tercera edición ampliada y actualizada, páginas 96 y 97.

³³ ROSATTI, Horacio D. - BARRA, Rodolfo C. - GARCIA LEMA, Alberto M. - MASNATTA, Héctor - PAIXAO, Enrique - QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La reforma de la Constitución, explicada por los miembros de la comisión reformadora*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1994, página 93 y ss.

³⁴ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 8; *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, Art. 8º *Garantías Judiciales* y 25º *Protección Judicial*.

Contiene el llamado 'derecho a la jurisdicción', es decir, el de petitionar a las autoridades y el de obtener una sentencia justa. Este derecho a la jurisdicción se integra además con la obligación del estado de crear tribunales judiciales que respeten las normas del debido proceso adjetivo ³⁵.

Desde la noción de acceso a la tutela judicial se plantean básicamente tres cuestiones primordiales: su alcance, su contenido y los límites que esta delicada cuestión puede presentar en la práctica, los que se vinculan inexorablemente con el concepto de Acción.

El acceso a la justicia es el que brinda el contenido al derecho de accionar, que se compone del acceso a los órganos jurisdiccionales, al debido proceso legal, al derecho a una decisión motivada y fundada en la ley, a la ejecución de la sentencia y de las medidas cautelares y al derecho a interponer recursos ³⁶.

El presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reiterado la idea de que "el acceso a la justicia no se identifica con un proceso judicial, sino con la solución de un conflicto" ³⁷ que debe ser atendido en su totalidad y no solo en el contenido de la contienda judicial. También la vicepresidenta del Alto Tribunal ha expresado que "La Corte está obligada a dar acceso a la justicia" pues se trata de una problemática de hoy en la política del Estado de todo el Poder Judicial ³⁸.

Ahora bien, estos lineamientos requieren abrir el paso a la puesta en práctica de las soluciones concretas, porque el tema de la Acción se presenta como un problema de contar con unas premisas (antecedente y consecuente) que no pueden estar total o parcialmente ausentes y no pueden estar fracturadas o craqueladas, nos hallamos entonces frente a una laguna del derecho que requiere ser interpretada ³⁹. De lo contrario, el principio de Acceso a la Justicia, se vería limitado ante la deficiencia del concepto de acción.

³⁵ GELLI, María Angélica, *obra citada*, página 219.

³⁶ ALBUQUERQUE ROCHA, José de, *Teoría Geral do Processo*, Editorial Atlas S.A., Sao Paulo, año 2004, páginas 165/166.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo, discursos de Agosto de 2007, *Políticas de Estado para el Poder Judicial*, y del 6 de marzo de 2012, apertura del Año Judicial.

³⁸ HIGHTON DE NOLASCO, Elena, 29-09-2009 en CIJ.

³⁹ GUIBOURG, Ricardo A., *Colección de Análisis*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año 2003, Conf. arg. art. 16 del Código Civil.

El concepto de acción ha pasado hoy día a pertenecer al género del acceso a la justicia y han caracterizado su naturaleza con fundamento en derechos cívicos, políticos o constitucionales ⁴⁰.

En rigor, el derecho a peticionar comprende todas aquellas solicitudes de los ciudadanos dirigidas a la autoridad tanto judicial, administrativa o legislativa, y no implica de por sí obtener una respuesta favorable de la autoridad, pero sí, al menos, a que esa petición sea receptada y obtenga una respuesta seria, mediante un despacho judicial, una disposición administrativa o una audiencia pública o despacho parlamentario ⁴¹.

A modo de ejemplo, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, declara en el artículo 11.4 “Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones, así como al derecho a una tutela judicial efectiva”.

Finalmente podemos decir que el acceso a la tutela judicial efectiva está en la voz que recordamos de Augusto Mario Morello cuando insistía con su inagotable anhelo en la búsqueda de “flexibilización de principios”, afán por impedir el abuso de la jurisdicción, o de un ritual insustancial; de acercar las técnicas garantísticas a las metas constitucionales y sociales que persiguen el acceso a la justicia y el proceso justo ⁴².

VII. CONCLUSIONES: HACIA UNA ACCIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO DE RITO:

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, la Acción es un concepto metajurídico que sirve de base para estructurar el sistema procesal y provee de sustento a la formación de nuevos conceptos, al tiempo que permite articularse con una acción de estricto sentido procesal, que atraviesa e informa el proceso judicial.

Las diferentes acciones reguladas en las leyes, grados de capacidad, formas de representación, legitimación y mandato que regula el legislador, no afectan a esa Acción en sentido metajurídico, sino que justamente deben

⁴⁰ PALACIO, Lino Enrique, obra citada, página 380, quien ubica la idea de Acción en el marco de los llamados derechos cívicos siguiendo a Eduardo Couture para quien la Acción es una de las especies en que se expresa el derecho a peticionar a las autoridades.

⁴¹ GELLI, María Angélica, obra citada, página 96.

⁴² MORELLO, Augusto M., *Avances Procesales*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2003, página 10.

resultar compatibles en su ejercicio, pero requieren de una acción de corte procesal para regular el procedimiento. De ese modo, se reglamenta de manera eficiente el acceso a la tutela judicial efectiva.

Lo dicho no importa abrogar o poner fin al estudio de la acción, sino justamente reavivar la inquietud acerca de su naturaleza y condiciones de ejercicio y decisión, aceptando por igual los distintos enfoques acerca de su naturaleza.

En el sistema del código de Vélez Sarsfield, la acción tutelaba a los derechos materiales que encontraban vulnerados, siguiendo la concepción civilista proveniente del derecho francés.

Luego la doctrina y la jurisprudencia, comenzaron a incorporar la defensa de los intereses en sus diversas extensiones.

Así observamos que el Código Procesal Brasileño (lei 13-015 del 16/3/2015) tutela el interés como fundamento de la acción en el Libro II De la función jurisdiccional, Título I De la Jurisdicción y de la Acción: “Art.17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en el artículo 11.2 postula: “Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa. 11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro”.

Del mismo modo lo consagra la ZPO en el párrafo 256 que establece que “Se podrá demandar la declaración de existencia o de inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de la falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento sean declarados inmediatamente por resolución judicial”.

En nuestro país, el Código Procesal de la Provincia de Mendoza, declara en su artículo 41, “Interés para el ejercicio de las acciones: para ejercer una acción como actor, demandado o tercerista, deduciéndola o contestándola, es necesario tener interés legítimo, económico o moral, jurídicamente protegido”.

Pero aun permanecen sin tutela suficiente algunos casos en que la defensa de los derechos no esté suficientemente reconocida lo cual inhibe a los jueces a aplicar la garantía constitucional necesaria para alcanzar la tutela judicial.

La acción procesal civil regulada en el código de forma, resulta favorable al ideario del garantismo procesal en la medida que confiere al juez una herramienta expresa para dar tutela judicial y al mismo tiempo conforma a los partidarios del activismo judicial al facilitar el acceso al proceso judicial en principio sin restricciones con la sola invocación de un derecho, o de interés o de una garantía constitucional o convencional afectada.

La acción consiste en un derecho subjetivo público, perteneciente a la categoría de los poderes jurídicos, que ostenta la calidad de garantía constitucional para petitionar ante el órgano judicial la solución de un conflicto jurídico individual o colectivo.

El elemento o condición de ejercicio de la nueva Acción Procesal Civil para el código de rito, será además de la tutela de los derechos e intereses consagrados en las leyes, la simple invocación de una garantía constitucional o convencional afectada que surja verosímilmente del relato de los hechos, bajo la siguiente fórmula: “A fin de formular la petición ante el tribunal, deberá surgir del relato de los hechos la existencia verosímil de una garantía constitucional o convencional afectada”.

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1º) Recomendar la incorporación de un artículo al ordenamiento de forma, que declare expresamente los enunciados y contenidos del *Acceso a la tutela judicial*.

2º) Recomendar la inclusión de un artículo en el código de rito que establezca las condiciones de ejercicio y admisibilidad de una nueva *Acción Procesal* de carácter abstracto que tutele derechos, intereses y garantías constitucionales y convencionales.

3º) En cuanto a las condiciones de ejercicio y admisibilidad de la acción también se incrementa la posibilidad de tutela judicial al admitirse los reclamos no solo por derechos vulnerados sino también por garantías constitucionales

afectadas, por aquello que sostenía Herbert Hart de que lo que valen no son los derechos sino sus garantías ⁴³.

La nueva acción procesal resulta de utilidad práctica tanto a los procesos civiles como así también a los que comprenden el derecho procesal constitucional. A modo de mero ejemplo, en materia civil abrirá la discusión sobre todo en procesos en que la legitimación procesal o el derecho de fondo esté regulado en forma deficiente, tal cual ocurrió en el caso “Sejean” ⁴⁴, donde los peticionantes no tenían derecho a accionar según la ley civil. Aún justificando su legitimación para actuar, no les era reconocido el derecho material a disolver el vínculo matrimonial en la ley de fondo y debieron recurrir a la invocación de una garantía constitucional que finalmente prosperó.

Igualmente ocurrió en los supuestos anteriores a la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, y muy probablemente se plantearán los futuros casos por la filiación de personas nacidas con procedimientos de fertilización asistida que modifican en algunos casos las presunciones legales en la materia; los de alquiler de vientres en el territorio nacional y los nacidos en el extranjero pues aun no existe una norma que los contemple; los pactos matrimoniales entre cónyuges con cláusulas que contengan más libertades que el régimen actual, los que podrían ser denegados por falta de acción o bien por la negativa a reconocer la existencia de esos derechos en la leyes de fondo o forma.

La razón de por qué se plantearán nuevos casos en base al cuestionamiento de la falta de derecho, radica en que las leyes de fondo son las que en general sancionan los derechos que pueden ejercer los ciudadanos y también los que no pueden ejercer, bajo la forma de prohibiciones o de simples limitaciones, omisiones o ausencia de permisiones, y la acción clásica en el proceso requiere una lesión a ese derecho, que en algunos casos ni siquiera está reconocido (ese derecho) en la ley material. Por eso, debemos tener siempre presente que aun en el proceso civil operan del mismo modo las garantías constitucionales, que siempre requieren una comprensión más amplia del caso y un procedimiento más ágil y transparente de reconocimiento.

⁴³ HART, H. L. A., *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1975, página 176.

⁴⁴ CSJN, Fallos Tomo 308, páginas 2268/2348, “Sejean, Juan Bautista c/Zaks, Ana María”.

Una nueva acción procesal específica es necesaria para estos supuestos de modo de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva, facilitando y transparentando el acceso a la jurisdicción. Ello permitirá abrir un nuevo estudio de los demás conceptos propios de la Teoría General del Proceso ajustado a las exigencias de los tiempos en que nos toca vivir, pero con una acción ágil, segura y que respeta las garantías del debido proceso adjetivo.

Lo hasta aquí dicho, para que se lleve a cabo el propósito que señala Mario Masciotra: “Nuestra opinión es que en un Estado moderno es del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es contar con un juez comprometido con las garantías constitucionales que prevén un proceso justo y que no abdique de la sagrada misión de dictar sentencias justas, basadas en el descubrimiento de la verdad” ⁴⁵.

⁴⁵ MASCOTRA, Mario, *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2014, página 14.