

Crisis y desafíos de la tutela judicial efectiva en una sociedad multicultural

Enrique Letelier Loyola

Justificación del derecho a la tutela judicial en el valor de la dignidad humana

La evolución de los derechos humanos o derechos fundamentales, como algunos preferimos llamarlos, ha tenido la virtud de mostrar la posición que ocupan las personas en sociedad. Con los fenómenos de *positivación*, al ser reconocidos en textos constitucionales; de *generalización*, extendiendo su eficacia para todas las personas; de *internacionalización*, que permite reconocer su universalismo a través de diversos instrumentos de vigencia internacional; y de *especificación*, dado que deben reconocerse con mayor precisión y fuerza en favor de determinados grupos. Se refleja la idea de que la persona humana es el núcleo de la actividad institucional del Estado y que el Derecho —como herramienta de convivencia pacífica— no se justifica sino para el bienestar de las personas y el desarrollo de las comunidades. Y es en el ámbito de la especificación de los derechos fundamentales donde radica el punto de partida a las palabras que dedicaré a los problemas y retos de la tutela judicial en una sociedad multicultural.

El fundamento de la *especificación* encuentra asilo en los contextos de desigualdad en que se encuentran los titulares de los derechos fundamentales que representan posiciones de debilidad, que deben ser protegidas por el derecho con la finalidad de lograr una equiparación en el disfrute de los derechos. Con él se ingresa, sin lugar a duda, en el resbaladizo terreno en que se desarrolla el viejo debate entre igualdad y diferencia.

Desde un punto de vista subjetivo; es decir, desde la titularidad de los derechos, la especificación —como explicaba el gran jurista turinense Norberto Bobbio— acude a la técnica de la igualdad como *diferenciación*: “Considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, lo que se aleja de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como *equiparación*, siendo derechos de todos” (Bobbio, 1991: 110). El proceso de especificación de los derechos fundamentales, con relación a su contenido o desde una perspectiva material, encuentra su fundamento en el valor de la *solidaridad* o *fraternidad*, pudiendo reconocerse en importantes sectores que abarcan los derechos: los relativos al medioambiente y a la protección del entorno natural, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz social (Peces Barba, 2004: 123).

No debe soslayarse que el proceso de especificación de los derechos fundamentales, inspirado en el derecho al desarrollo y en el valor de la solidaridad, contribuyó al nacimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de los que son obras jurídicas señeras la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar 1919. Empero, el reconocimiento de tal clase de derechos, gran avance en el paulatino paso del Estado de Derecho hacia el Estado Social de Derecho, ha supuesto el subyacente abandono de la concepción del hombre titular de derechos como un *ser ideal y abstracto*, hacia otra concepción del hombre como un *ser histórico y social*, que actúa motivado por necesidades (Pasini, 1981: 124-125).

Esta noción del sujeto de derechos en su dimensión histórica o social, esto es, como un ser humano concreto, se aleja de la tradicional idea kantiana de un ser autónomo, racional, revestido de un velo de ignorancia y *ahistórico*. Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden definirse ni justificarse prescindiendo

de sus fines particulares y de las necesidades humanas, como hacía Kant, por lo mismo explica Prieto Sanchís (1990: 45): “Tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales.

Empero, no es suficiente el solo reconocimiento por el Estado de derechos en favor de las personas, pues ellos no se resuelven en meros poderes abstractos, sino que resulta indispensable que sus titulares sean puestos en condiciones tales que esos poderes abstractos se transformen en concretos. Satisfaciendo tal imperativo de concreción el estado cumple su rol de garantizar las condiciones mínimas para la vida humana y para el desarrollo y la autorrealización de los individuos junto a otros.

A pesar de las dificultades en su conceptualización, afirmo que en ese llamado de atención subyace la idea que la *dignidad humana*, fundamento y justificación de los derechos fundamentales, tanto en su evolución como en el imperativo de su garantía, constituye un núcleo esencial irreductible que debe defenderse. La idea de la dignidad humana, explica Dworkin, supone que hay maneras de tratar a las personas que “son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana” y permite sostener que un determinado tratamiento sea profundamente injusto y repudiable (Dworkin, 1989: 295).

Siguiendo este curso de ideas en las que se resalta que el reconocimiento de los derechos fundamentales evoluciona hacia su especificación con el paradigma de sujetos titulares considerados como seres históricos, dotados de realidad con necesidades y que demandan la concreción de sus derechos, converge el derecho a la tutela judicial, también como derecho fundamental, pero instrumentado hacia el íntegro y oportuno goce y ejercicio de todos los derechos; derecho instrumental, que se activa especialmente cuando tales derechos son amenazados, limitados o desconocidos. En otras palabras, el derecho a la tutela judicial se dirige hacia la concreción de los derechos, cualquiera que sea la fuente legítima de su titularidad, resguardando la dignidad de las personas en una noción que nos acerca a la cualidad humana de la *sociabilidad*; es

decir, la capacidad de reconocer un semejante en el otro y que supone que la dignidad sólo puede desarrollarse en la vida en común con otros hombres y mujeres: poder vivir *con* y *para* otros (Nussbaum, 2007: 89).

Para exponer cómo el derecho a la tutela judicial se instrumenta hacia la concreción de los derechos, y más aún a la concreción y garantía de los derechos con una perspectiva multicultural, es preciso explicar qué entendemos por tutela judicial.

Cuestiones en torno a la denominación

La expresión tutela judicial no es siempre usada de forma corriente o de manera uniforme, sino que ha sido principalmente tomada del desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles han hecho del art 24.1 de la Constitución de España, cuyo precepto manda: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

En Chile, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional reconocen la existencia de este derecho, pero no siempre con la misma nomenclatura: unas veces se habla del derecho a la acción, otras del derecho al proceso, otras del derecho a la jurisdicción, otras del derecho de acceso a la justicia y en otras de tutela judicial efectiva (Bordalí Salamanca, 2011b: 312). Con todo, el Tribunal Constitucional identifica la noción de tutela judicial efectiva como un derecho consagrado por la Constitución, aunque no lo denomine así.¹

En el sistema mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la garantía individual de acceso a la impartición de justicia, que ha sido asimilada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en esos expresos términos, al *derecho a la tutela judicial efectiva*, que comprende, según esta alta magistratura, los derechos de justicia pronta, de justicia completa, de justicia imparcial y de justicia gratuita.²

1 En este sentido, el TC, *vg.* SSTC 815-07, 1535-09, 2546-13, 2697-14, 2748-14, 2895-15, 2988-16, 2990-16, 3123-16, 3262-16, 3406-17. Lo propio reconoce la CS, *vg.* SCS 40558-2016, 87805-206, 43063-2017 y 1378-2018.

2 Así de la SCJN, la tesis 2ª XXI/2019, que remite a la tesis 2ª / J. 192/2007.

En Colombia, el derecho de acceso a la administración de justicia, reconocido constitucionalmente en el art. 229 de la citada Constitución, ha sido asimilado, por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al derecho a la tutela judicial efectiva haciendo expreso uso también de esa denominación.³

Por las dificultades que conlleva el extenso debate en torno a los estándares que el art. 24.1 de la Constitución española supondría para que la tutela judicial sea efectiva (Garberí Llobregat, 2009: 115 ss.), a la vez que introduce algunas dudas en cuanto a las vinculaciones de este derecho con el derecho material en juego, más de alguno propone identificarlo sólo como derecho a la tutela judicial (Bordalí Salamanca, 2011b: 312).

Incardinación normativa del derecho a la tutela judicial

Existe un alto grado de consenso que el derecho a la tutela judicial efectiva reconoce en las cartas constitucionales y en las normas convencionales del sistema interamericano. No hay dudas que el derecho de acceso a la justicia está reconocido y garantizado como “norma imperativa de derecho internacional” (Steiner y Uribe, 2014: 213),⁴ por el precepto del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tanto por aplicación de las reglas sobre hermenéutica de los derechos humanos como por el ingente desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH, se considera un pilar básico de un Estado de Derecho, siendo contrarios a la Convención cualquier traba u obstáculo que los Estados pongan para que los justiciables accedan a los servicios de justicia en busca de la determinación y protección de sus derechos.⁵

Además, el art. 25 de la Convención Americana consagra una importantísima vía de tutela para la protección y resguardo de los derechos garantizados en la Convención y en las constituciones de cada país, que puede ejercitarse incluso contra los propios

3 Vg. Sentencia C-031/19, pf. 21.

4 Con referencia al caso Goiburú y otros *versus* Paraguay.

5 CorteIDH, caso Cantos *versus* Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C No. 97, pf. 5°.

agentes del estado: el *effective remedy* o recurso sencillo y efectivo contra violaciones a los derechos fundamentales, que impone a los Estados signatarios el deber positivo de arbitrar estas vías de tutela, no bastando su mero reconocimiento formal si no se garantiza, en favor de los justiciables, su efectividad; es decir, la posibilidad real de su interposición.⁶ En este sentido, se sostiene por la CorteIDH que la efectividad de los medios para garantizar los derechos debe valorarse en su aptitud para producir el resultado para el que ha sido concebido, tanto en situaciones de normalidad como de excepcionalidad.

En el constitucionalismo latinoamericano, la situación resulta clara: utilizando diversas expresiones e incluso fórmulas bastante ambiciosas, las cartas constitucionales reconocen en favor de los ciudadanos el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial, dentro de los derechos que sostienen el diseño democrático de los países. Por ejemplo, el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú: “Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”; el art. 115 de la Constitución Política de Bolivia: “Toda persona tendrá que ser protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; el art. 229 de la Constitución Política de Colombia: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia; el art. 41 de la Constitución Política de Costa Rica: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”; y el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes”.

En Chile, el derecho de acceso a la justicia se reconoce por el art. 19 N° 3 inciso 1° del de la Constitución Política, al con-

6 CorteIDH, caso Cantos *versus* Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C No. 97, pf. 5º, con cita a los casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, pf. 186; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 96, pfs. 111-113; y Tribunal Constitucional, supra nota 8, pf. 90.

sagar el derecho de todas las personas a la igual protección de sus derechos (García Pino y Contreras Vásquez, 2013: 245; Hunter Ampuero, 2014: 209). De ahí que varias sentencias del Tribunal Constitucional destaquen que se trata de un derecho distinto al que se reconoce como derecho al debido proceso (STC 2697-14, cons. 17º), afirmando alguna sentencia que el derecho de acceder libremente a los tribunales; es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, es un *prius* sobre el que descansan el resto de los derechos de naturaleza procesal, que reconocen esta norma constitucional como el derecho de defensa, el derecho al juez natural y el derecho al debido proceso (STC 2895-15, cons. 7º).

Tutela judicial como manifestación del derecho de acción

La doctrina procesal latinoamericana ha dedicado muchos esfuerzos al concepto y naturaleza de la acción, influida por los trabajos de la escuela clásica italiana que —influenciada, a su vez, por la obra de los pandectistas alemanes de fines del siglo XIX— logró concebir a la acción como categoría general atípica con independencia del derecho material en disputa (Chiovenda, 1986: 20 ss.) y reconocerle, luego, el estatuto de un derecho subjetivo público y constitucionalizado (Proto Pisani, 2014: 60). Con las aportaciones de Eduardo Couture, se reconoció en la acción un derecho constitucional de actuación (*mera* actuación) con fundamento en el derecho de petición (Couture, 1958: 74 ss.). Actualmente, se concibe como un derecho fundamental que permite desencadenar la función jurisdiccional del estado para la tutela del derecho material (Marinoni, 2015: 31 ss.).

El que se conciba a la acción como un “derecho subjetivo público, de carácter constitucional, consistente en excitar o poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del estado” (Gimeno Sendra, 1981: 130), o como “un derecho fundamental (público o privado, poco interesa) que tiene como función inmediata la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos” (Proto Pisani, 2014: 67), o como “un derecho fundamental a la tutela efectiva, entendiéndose por ‘efectiva’ la tutela del *derecho material* que tam-

bién es *tempestiva*" (Marinoni, 2015: 37), lo cierto es que el derecho de acción y el derecho de tutela judicial confluyen en el derecho de lo justiciable, de excitar la función jurisdiccional del estado para la tutela de derechos o intereses legítimos por medio de una respuesta motivada, derecho que tiene fundamento en la proscripción de la auto tutela (Garberí Llobregat, 2009: 116).

La relación entre el derecho a la tutela y el derecho de acción es muy clara, baste reparar en el tenor del art. 24.1 de la Constitución española y el art. 24 inciso 1º de la Constitución italiana: "Todos pueden accionar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos".⁷ Ambas normas deben interpretarse a la luz del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y *públicamente*, y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley". En nuestra región, el mismo vínculo se identifica al relacionar las respectivas Constituciones con el *derecho a ser oído* del art. 8 de la Convención Americana y el derecho a contar con un *recurso o remedio efectivo* para tutela de derechos fundamentales garantizado art. 25 de la Convención (Steiner y Uribe, 2014: 611 ss.).

Tutela judicial y debido proceso

Si bien los orígenes del derecho a la tutela judicial y al debido proceso (*due process of law*) se hallan en sistemas jurídicos distintos, lo que se proyecta, además, en un contenido sustantivo diferente, preferimos ver entre ambos derechos una relación estrecha, puesto que, si el Estado debe garantizar el derecho de acceso a la justicia, el proceso jurisdiccional debe estar dotado de ciertos atributos que permitan la concreción de ese derecho.

Debido al derecho de acceso a la justicia los Estados asumen el deber de garantizar a los justiciables la activación de la jurisdicción estatal para la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El derecho al proceso con todas las garantías, en cambio, se traduce en un mandato dirigido a los Estados de configurar un proceso jurisdiccional revestido de determinados requisitos mínimos respetuosos

⁷ *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

de los valores propios un Estado de Derecho, por lo que deben asegurar el derecho al juzgamiento por el juez predeterminado por la ley y la independencia e imparcialidad de los tribunales. Además, este derecho impone el cumplimiento de otros estándares, como el principio de audiencia y contradicción (*audiatur et altera pars*), la razonabilidad de los procedimientos, el derecho al juzgamiento dentro de plazo razonable, la publicidad de las actuaciones procesales, la garantía de la motivación de las sentencias, el derecho a impugnar las sentencias, el derecho a la ejecución de lo resuelto y, en general, la proscripción de la indefensión.

Los estándares del debido proceso son reconocidos como garantías por las normas convencionales de derechos humanos y deben aplicarse conforme las características de cada proceso y los específicos requerimientos de tutela de un derecho o interés legítimo. Por ello la CorteIDH declaró que el catálogo de derechos del art. 8.2 de la Convención se aplica, también, en asuntos no penales. La Opinión Consultiva 11/90 ha dado algunas pistas para extender aquella garantía, pues en ella la Corte expone:

[E]n materias que conciernen con la determinación de [los] *derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal [cursivas del original].⁸

Como es de esperar, el contenido del derecho de acceso a la justicia y al debido proceso ha sido precisado por las decisiones de las altas cortes de justicia. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha declarado que existen condiciones generales previas al debido proceso, que no lo integran pero que sí son elementos *sine qua non* para el reconocimiento y concreción de la referida garantía: el *derecho general a la justicia*, entendido como “la

8 OC solicitada por la Comisión IDH a la Corte, denominada “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos)”, de 10 de agosto de 1990.

existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia”, y el *derecho general a la legalidad*, según el que, en general, “toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento”, con sus dos corolarios más importantes, como son el principio de regulación mínima y el de reserva de ley.⁹

El Tribunal Constitucional de Perú ha declarado que el derecho de acceso a la justicia implica “la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial”. Por cierto, el Estado no puede garantizar la respuesta estimatoria a las demandas de tutela, sino sólo una respuesta “razonada y ponderada”.¹⁰

En Colombia, la Corte Constitucional distingue también entre el derecho a la tutela judicial y el derecho al debido proceso, y declara que éste, de configuración legal, permite al legislador crear formas procesales que no limiten el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia; así como, también, que el derecho a la tutela judicial debe ser precisamente *efectiva*:

Pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también implica que “a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas. [...] En este sentido —prosigue la Corte Constitucional—, de acuerdo con la interpretación de esta Corte, el acceso a la justicia debe entenderse no sólo como la posibilidad de acudir a los jueces competentes para dirimir una determinada controversia o conflicto, sino que además se debe entender cómo la posibilidad de que dicho planteamiento se haga efectivo a través de la culminación del proceso con la determinación final del juez sobre el caso y el cumplimiento de la sentencia.”¹¹

9 Corte Suprema de Justicia (sala Constitucional), consulta judicial N° 1739 de 1/07/1992 J, resultando X.

10 Tribunal Constitucional Exp. 01873-2014-AA/TC.

11 Sentencia C-031/19, pf. 21, con cita a la sentencia C-037 de 1996.

Como se anticipaba, una interesante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana asimila la garantía del acceso a la administración de justicia al *derecho a la tutela judicial efectiva*, dotándolo de un robusto contenido material: los derechos de justicia pronta, de justicia completa, de justicia imparcial y de justicia gratuita. La tesis jurisprudencial que aludimos tiene relevancia, además, porque extiende la garantía constitucional del acceso a la administración de justicia, con los referidos estándares, para ejercitarse ante cualquier autoridad que *materialmente* ejerza jurisdicción.¹²

En Chile, algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema confunden ambos derechos, al declarar que existiría un *metaderecho* al debido proceso, incluso del derecho de acceso a la jurisdicción o derecho a la acción. Empero, en los últimos años la jurisprudencia de este país ha optado considerarlos como dos derechos distintos¹³ que quedarían cubiertos bajo la noción común de un metaderecho a la justicia, comprensiva del derecho de tutela, el derecho al debido proceso y el derecho a la *inmodificabilidad* de lo resuelto (Garberí Llobregat, 2009: 129 ss; Vargas y Fuentes, 2018: 184-185).

El derecho a la tutela estaría integrado por cuatro derechos (o subderechos): accionar para provocar la actividad jurisdiccional, obtener una resolución motivada, impugnar las decisiones que causen agravio y ejecutar lo resuelto jurisdiccionalmente. El derecho al debido proceso comprendería un conjunto de estándares o condiciones mínimas regulados por la ley¹⁴ que debe cumplir el proceso ya iniciado (Nogueira Alcalá, 2008, p. 280 ss.; Bordalí Salamanca, 2020, p. 257 ss.); estos se han configurado progresivamente por la actividad del legislador y la jurisprudencia de los tribunales, fuentes en las que cada día tienen más influjo las normas convencionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (como *res iudicata* y como *res interpretata*).

12 SCJN, la tesis 2ª XXI/2019, que remite a la tesis 2ª / J. 192/2007.

13 En este sentido la STC 2697-14 cons. 17º

14 STC 1318-10 cons. 9º y 14º

Tutela judicial y derecho material

El derecho de accionar excitando la función jurisdiccional no supone en su titular, a la vez la titularidad, sobre el derecho que afirma vulnerado. Si la separación entre el derecho subjetivo público de acción y el derecho material vulnerado fue un avance de la dogmática procesal de mediados del siglo XIX, durante el siglo XX se ha evolucionado hacia independizar la acción de la propia pretensión (Gimeno Sendra, 1981: 134), por lo que las tesis abstractas de acción parecieran reconocer en su titular un derecho de tutela judicial con total independencia de una relación jurídica material, bastando con la mera afirmación de un derecho (Garberí Llobregat, 2009: 120 ss.).

Esta afirmación, que pudiera ser más proclive a un desarrollo expansivo de la tutela judicial (como derecho a un proceso jurisdiccional que se pronuncie sobre el conflicto) y que podría tener asidero en normas generales que consagran el derecho a ser oído por los tribunales de justicia (art. 8, Convención Americana), contrasta con el hecho poco discutible de que los justiciables acuden al proceso jurisdiccional reclamando la tutela de un derecho o interés que se afirma vulnerado, desconocido o limitado, por lo que hay que redimensionar los vínculos entre el derecho de acción y el derecho material, vinculación que aparece dada por la existencia de un *interés legítimo* en quien acciona (Bordalí Salamanca, 2011a: 518).

El punto es discutible porque, si bien la total independencia entre el derecho de acción y el derecho material puede justificar el hecho de accionar como el solo ejercicio de un poder de demandar (Devis Echandía, 2002: 183), una vinculación estrecha entre acción y pretensión concibiendo a la primera —como el derecho al pronunciamiento de una sentencia favorable o justa, o sobre el fondo (Romero Seguel, 2006: 15)— podría justificar que se niegue el acceso al proceso cuando el juez controle, *in limine*, los requisitos de fundabilidad y legitimación de la pretensión (Gimeno Sendra, 1981: 134).

Algunas cuestiones problemáticas en el ejercicio del derecho a la tutela judicial

El ejercicio del derecho a la tutela judicial enfrenta múltiples dificultades y desafíos que el diseño del modelo de justicia no puede soslayar si atendemos a las distintas capacidades y necesidades de los justiciables (Nussbaum, 2007: 102 ss.). No me referiré a las dudas y dificultades que surgen de la estructura orgánica de la administración de justicia ni del desempeño de los jueces, abogados y funcionarios, sino que pondré acento en las que nacen de la *materialidad* del conflicto, cuestión que se vincula a su vez con las particularidades de los individuos y las específicas maneras de relacionarse entre sí.

No pocas son las dificultades que se identifican en el proceso penal. Y parto con una toma de postura: a pesar de lo dispuesto por diversos cuerpos normativos, es dudoso que en el proceso penal el Ministerio Público o Ministerio Fiscal ejerza una verdadera acción procesal, pues frente a un hecho que reviste los caracteres de delito, por mandato habitualmente constitucional, el Ministerio Público cumple con un *deber*: perseguir penalmente bajo estricto apego al principio de legalidad penal, es decir, la tipicidad que justifica la persecución y legalidad procesal, esto es, el deber perseguir penalmente, salvo que por ley se justifique la oportunidad reglada en sentido amplio.

La víctima —que antaño formaba parte del grupo que había sido preterido sólo al rol de un testigo privilegiado— es hoy un actor que ha sido redescubierto por la victimología, y reposicionado en el proceso penal como un interviniente que detenta intereses y ejerce derechos en esta sede. La pregunta es ¿cuáles?

En mi opinión, resulta discutible que la víctima pueda ejercitar una verdadera acción penal, en el sentido de promover autónomamente la persecución penal, puesto que la persecución de los delitos es una potestad entregada al órgano público y la víctima carece del interés jurídicamente protegido en la imposición de una pena y que, por tanto, pueda ser satisfecho por el proceso penal (Bordalí Salamanca, 2011a: 523 ss.). El punto no es simple porque, siguiendo la tradición que lo sostiene o adoptando mode-

los de reforma, cada sistema reconoce a la víctima distintos grados de participación en el proceso penal, con mayor o menor autonomía en el ejercicio de la acción penal: desde admitir su actuación sólo como acusador adhesivo —que implica reconocer en su favor un interés jurídicamente tutelado en el proceso penal como derecho al proceso— hasta reconocerle un derecho de actuar como acusador privado autónomo; es decir, reconocer a la víctima un interés tutelado por el derecho en la imposición de una pena al acusado (Barona Vilar, 2011: 101; González Cano, 2015: 41).

Esto no significa, en caso alguno, desconocer el derecho de la víctima de intervenir en el proceso penal, máxime si la cuestión se mira desde la óptica del *derecho del conflicto*. Víctima y victimario son protagonistas de un *conflicto penal*, por lo que cualquier solución *idónea*, desde el punto de vista político que tienda a la pacificación social y desde el punto de vista empírico que busque la reparación del daño, debe atender a su interés jurídicamente tutelado. La intervención activa del ofendido, además, permite que por su conducto la sociedad controle la actuación del Ministerio Público y de las policías en una especie de *función de contrapeso y control externo*, posición que, indudablemente, se ve reforzada al permitírsele un rol de acusador privado con el ejercicio autónomo de la acción penal (Maier, 1991: 43).

En mi opinión, reconocer el derecho de la víctima a participar en el proceso y activar la investigación, así como de perseguir la *reparación del daño* en modalidades restaurativas, el sistema de tipo acusatorio debe garantizar a la víctima la titularidad de un *derecho al proceso*, actuando por lo general sólo como acusador como adhesivo, conforme al modelo que, por ejemplo, recoge prevalentemente el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica¹⁵ y sólo de modo muy excepcional como acusador privado autónomo (Letelier Loyola, 2019: 20-21).

15 Se afirma que es el modelo preponderante porque en el texto principal del art. 78 se propone en subsidio uno diverso, que suprime la calificación de “adhesivo” para los países que prefieran políticamente “un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal”, incorporando en sus sistemas la acción popular. En el art. 339 se propone un texto que permite a querellante “acusar él mismo”. Véanse sus artt. 78 (querellante adhesivo), 269 (adhesión del querellante a la acusación pública) y 339 (recurso del querellante por adhesión).

En otro ámbito, que incide en conflictos de diversa naturaleza, no pocas son las dificultades que vinculan al ejercicio del derecho a la tutela judicial con el derecho a *impugnar* las decisiones judiciales. Por razones estructurales o de cuantía del asunto, no todo justiciable puede acceder a los recursos establecidos por la ley. Es frecuente que, enarbolando banderas de eficacia del sistema, los modelos coloquen filtros, no siempre suficientemente definidos, para que sólo algunos asuntos puedan llegar a ser conocidos en fase de impugnación por un tribunal superior.

La existencia de cuantías mínimas del asunto controvertido para poder impugnar, que trasunta la idea de *justicia para las pequeñas causas*, es un filtro que, siendo objetivo desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, puede crear consecuencias inicuas para quienes son titulares de esos legítimos intereses que el sistema califica como de cuantía insuficiente. En este sentido, los modelos no pueden cercenar el derecho de los justiciables a recurrir, cualquiera que sea la vía recursiva, siempre que se trate de mecanismos accesibles, idóneos y eficaces, puesto que el derecho de tutela judicial, en su convergencia con el proceso con todas las garantías, supone *pro actione* el derecho del agraviado a recurrir.

La existencia de otros filtros, como el *interés casacional* o bajo fórmulas semejantes, dota a los tribunales de un ámbito de discreción que puede provocar resultados particularmente injustos: la justificación que invoca el recurrente para la remoción del agravio puede no calificar como de interés para el sistema, quedando frustrada también la impugnación. Sin embargo, esta herramienta bien utilizada y que introduce necesarios espacios de discrecionalidad en las decisiones judiciales, ha permitido también que algunos grupos o comunidades tradicionalmente marginados, desprotegidos o derechamente violentados, como las mujeres, las comunidades indígenas, los afrodescendientes y la comunidad LGBTIQ+, entre otros, logren tutela judicial de sus derechos por las altas cortes, incluso con efectos jurídicos que trascienden del caso particular.

Acercándome al desafío del derecho a la tutela judicial en una sociedad multicultural —aunque propongo hablar de derecho a la tutela judicial *con perspectiva* multicultural— es necesario

reposicionar este derecho instrumental en la función de *tutela procesal del derecho material*.

Una concepción decimonónica del proceso jurisdiccional apegada al principio de legalidad procedimental, no permite que aquél se adecue a las particularidades del conflicto jurídico material. La indisponibilidad de las estructuras procesales, de los plazos legales y de las cargas asignadas *ex ante* por la ley, impiden que el juez y los justiciables modulen el proceso con miras a una decisión más eficiente y satisfactoria, considerando las particularidades de las partes y del conflicto jurídico material.

Los códigos y leyes procesales más modernos tienden a reconocer en el proceso una relación de colaboración, con fuertes imperativos de buena fe procesal, a la vez que regulan figuras que permiten la flexibilidad de los procesos para la mejor tutela del conflicto jurídico material (entre ellas el deber de colaboración, la disponibilidad sobre los plazos, la alteración de las cargas probatorias, la figura del *case management*, la noción de tutela diferenciada, la de tutela anticipatoria, etcétera) y tiendan finalmente la tutela de los derechos (Marinoni, 2015: 80-81).

Lo anterior impone al poder político el deber de configurar el proceso jurisdiccional como una vía para la *solución adecuada* de los conflictos, en unas sociedades en que inevitablemente convergen diversas culturas. Al respecto, resulta muy alegórica la disposición constitucional mexicana que manda en su art. 17:

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

No es casual, por ejemplo, que la Organización Internacional del Trabajo, en su Convenio 169 sobre *Pueblos Indígenas y Tribales*, disponga que todas las decisiones que el Estado adopte y que puedan afectar a tales comunidades deban adoptarse de buena fe, participativamente y respetando la *consulta previa* con relación a los temas que les afecten. Estos principios permean todas las decisiones de política pública que afecten o involucren a los miem-

bros de las comunidades indígenas y las que se relacionan con el acceso a la justicia.

El ejercicio del derecho a la tutela judicial, principalmente por organizaciones que han demandado la tutela colectiva de sus derechos, ha sido un motor relevante para la sustentación de *acciones afirmativas* que reconocen, siempre en su favor, un estatuto diferenciado de derechos, según grupo o comunidad identitaria. La promoción de acciones constitucionales o de demandas en contra de los estados efectuadas por grupos de personas que en distintos momentos de la historia han sido menoscabados, como las mujeres, los pueblos originarios, las minorías étnicas, algunas comunidades lingüísticas, los migrantes, la comunidad LGBTIQ+, las personas de la tercera edad, las personas afectadas por alguna discapacidad física o cognitiva y en general los grupos vulnerables, han resultado importantes respuestas jurisdiccionales para el reconocimiento respectivo y el ejercicio de sus derechos, a la vez que ha sido el antecedente de normas especiales que aseguran el respeto de su identidad y pertenencia comunitaria, y garantizan la *igualdad relacional* en el ejercicio de los derechos de que son titulares.

Cerrando le punto, debo advertir que reducir el derecho a la tutela judicial a un proceso jurisdiccional omite una realidad visible: un creciente número de personas inmersas en un conflicto jurídico material opta por prescindir de un proceso jurisdiccional y acude a los métodos alternativos (o adecuados) de resolución de conflictos (arbitraje, negociaciones, mediación, círculos comunitarios, conferencias, ADR en general, etcétera) (Chase, 2011: 133 ss.). Muchos de ellos se inspiran en viejas y asentadas prácticas comunitarias de pueblos originarios para quienes el conflicto entre dos personas implica también una afectación a la pacífica convivencia de la comunidad, por lo que involucrar al grupo de pertenencia tiene justificación. Así lo demuestran interesantes experiencias sobre mediación penal, mediación escolar y reuniones o conferencias en casos de conflictos familiares que afecten a niños, niñas y adolescentes.

A modo de ajustada síntesis

El principal desafío actual del derecho a la tutela judicial es garantizar la tutela procesal del derecho material, lo que importa reconocer las especiales circunstancias del conflicto material por el que se pide tutela y las particularidades de las personas relacionadas por el conflicto, observando que una respuesta jurisdiccional adecuada debe obedecer a específicas necesidades de tutela.

La filosofía política del multiculturalismo nos pone de frente con una realidad: la idea de una *cultura oficial*, que está en las antípodas del reconocimiento de las diversas culturas e identidades. Ellas no pueden ser entendidas por el derecho como un todo homogéneo, lo que sería una mera abstracción, sino como grupos y comunidades titulares de derechos según sus miembros, las personas, han de ser consideradas no como seres ideales sino como seres históricos, con necesidades y dotados de diversas capacidades.

El derecho a la tutela judicial *con perspectiva multicultural* impone, entonces, la garantía que el derecho de acceso a la justicia y a la respuesta jurisdiccional debe siempre respetar la identidad de los justiciables. Es, en estas lides, una manera de mantener a salvo el núcleo irreductible de la dignidad humana.

Referencias

- Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Barona Vilar, Silvia (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís. Madrid: Sistema.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2011a). La acción penal y la víctima en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 513-545.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2011b). Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de derecho*, 38 (2), pp. 311-337.

- Chase, Oscar (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martín. Barcelona: Marcial Pons.
- Chiovenda, Giuseppe (1986). *La acción en el sistema de derechos*. Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, Hernando (2002). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- Garberí Llobregat, José (2009). *Constitución y derecho procesal*. Navarra: Aranzadi.
- García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11 (2), pp. 229-282.
- Gimeno Sendra, Vicente (1981). *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- González Cano, Isabel (2015). *La mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hunter Ampuero, Iván (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: Caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de Derecho*, XXVII (2), pp. 191-215.
- Letelier Loyola, Enrique (2019). Participación de la víctima en la solución del conflicto penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5 (1). Editorial del Dossier Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal.
- Maier, Julio B.J. (1991). La víctima y el sistema penal. *Jueces para la Democracia*, 12 (1), pp. 31-52.
- Marinoni, Luis Guilherme (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Trad. Laura Criado. Bogotá: Temis.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Trad. Ramón Vilà y Albino Santos. Barcelona: Paidós.
- Pasini, Dino (1981). *I Diritti dell'Uomo. Saggi di Filosofia Politico-Giuridica*. Napoli: Jovene.
- Peces Barba, Gregorio (2014). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

- Prieto Sanchís, Luis (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Proto Pisani, Andrea (2014). *La tutela jurisdiccional*. VV. Trad. Lima: Palestra.
- Romero Seguel, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Jurídica.
- Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Edit.) (2014). *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer – Temis.
- Vargas, Macarena; Fuentes, Claudio (2018). *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones*. Santiago de Chile: DER.