

## **El derecho de acceso a la justicia, la mediación y el arbitraje en la Convención Europea de Derechos Humanos**

The right of access to a court, mediation and arbitration in the European Convention on Human Rights

**Paulo José Homem de Sousa Alves de Brito**<sup>1</sup>

Universidade Lusófona do Porto

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho fundamental de acceso a la justicia: análisis del problema. 3. El derecho fundamental de acceso a la justicia y las modalidades de solución alternativa de controversias. 4. Conclusión. Bibliografía.

**Resumen:** ¿Podrían las formas alternativas de solución extrajudicial de controversias, como el arbitraje y la mediación preprocesal obligatoria, poner en tela de juicio el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos?

**Palabras clave:** derecho de acceso a la justicia, estado de derecho, mediación preprocesal obligatoria, arbitraje.

**Abstract:** Can arbitration and mandatory mediation be compatible with the right of access to a court within the framework of article 6 of the European Convention on Human Rights?

**Keywords:** right of access to a court, rule of law, mandatory mediation, arbitration.

### **Notas preliminares:**

La jurisprudencia será citada conforme a los siguientes criterios: nombre del Tribunal, en mayúsculas, fecha de la sentencia, nombre del relator o, a falta de indicación del relator, del Presidente del Grupo de Jueces, entre paréntesis y, cuando proceda, referencia a la ubicación de la sentencia en la página web, con referencia expresa a la fecha de su consulta.

### **Principales siglas utilizadas:**

CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos)

ECHR (European Court of Human Rights / Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

CRP (Constitución de la República Portuguesa de 1976)

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la University of Bristol (UK). Profesor Asociado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidade Lusófona do Porto, Portugal.

## 1. Introducción

Incluso en las diferentes condiciones de tiempo y lugar en que se manifiesta e interpreta, la noción de justicia se refiere siempre al concepto de valor, a la composición de las relaciones humanas en la sociedad, guiada por una idea que ya va más allá de la mera expresión bruta de la fuerza (ya sea la de la parte privada que elimina los obstáculos que el vecino le plantea, o la fuerza del caudillo que impone su ley al conquistado) y busca un orden virtuoso de relación entre los sujetos que permita el pleno desarrollo de la persona dentro de la comunidad. Por lo tanto, busca un orden de paz. Una paz que sea más que la ausencia de guerra y que se afirme positivamente como generadora del indispensable contexto de seguridad y estabilidad necesario para el desarrollo y la máxima realización personal<sup>2</sup>.

La paz es, pues, la condición de seguridad que constituye la base de la confianza en las relaciones humanas y que, con la justicia, es el fundamento mismo del ordenamiento jurídico, entendido como el sistema de regulación social que supera el modelo primitivo de la venganza privada y la ley del más fuerte, e institucionaliza la regulación pacífica de los conflictos por referencia a los valores y no a la fuerza.

Nótese, sin embargo: yendo más allá de la fuerza, la justicia - cuando es institucionalizada y erigida en el fin último de la Ley - no renuncia a la fuerza. Somete, regula y controla el uso de la fuerza, orientándolo hacia la consecución del orden que pretende promover: el orden justo. La fuerza es sólo un instrumento al servicio de esa orden. Como un fin en sí mismo, como una expresión pura e incondicional de la afirmación de una voluntad - incluso de la voluntad general - la fuerza es más bien y sólo la manifestación del orden injusto. Y la orden injusta tiene que ser eliminada<sup>3</sup>.

Es así como todas las sociedades que han superado la fase primitiva de la venganza y de la organización privada de la justicia tuvieron que establecer órganos y mecanismos de regulación de la justicia -tribunales, policía, órganos de investigación criminal, sistemas formales de enjuiciamiento y defensa- garantizando, al mismo tiempo, el acceso a la protección jurídica de los derechos de cada uno, dispensados de esta manera.

El establecimiento de un sistema judicial dotado de los medios necesarios para dictar y hacer respetar el orden de valores que una comunidad erige como «justo», declarando con fuerza vinculante general el derecho de cada uno (*suum cuique tribuere*) y al que todos pueden acceder es, de hecho, el complemento indispensable de las ideas de justicia y paz.

Prohibida la justicia privada, la comunidad tiene que asegurar que cada ciudadano, incluso los más débiles ("huérfanos y viudas" en el imaginario medieval), tengan acceso a la justicia, y no simplemente dejarlos sujetos y subyugados a la voluntad y el poder de los más fuertes<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cf., en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. "ODS16: paz, justicia e instituciones fuertes". Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2018, p. 9. Disponible en [http://www.iece.es/Galerias/fichero/docs\\_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf](http://www.iece.es/Galerias/fichero/docs_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf), consultado el 30 de abril de 2020: "la idea de paz va más allá del (...) sentido negativo para adquirir una dimensión positiva, que reclama estabilidad real en las sociedades de referencia y que alumbra también la idea de seguridad humana, además de no limitarse a la lógica estatal. No cabe duda de que el concepto de paz ha sufrido una profunda evolución que permite acercarlo, como apunta Rojas Aravena, al desarrollo".

<sup>3</sup> Cf. RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 3: "...laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many".

<sup>4</sup> Tratamos el problema desde el punto de vista de la legislación estatal nacional. El tema de este estudio no va más allá de esa dimensión. Sin embargo, la cuestión tiene una dimensión no menos internacional. No sólo las relaciones entre los individuos no deben basarse en la fuerza pura, sino también las relaciones entre los Estados. Aunque carece de los medios de

Es en este sentido, por ejemplo, que el artículo 1 del Código de Proceso Civil portugués, afirma que "Nadie podrá hacer uso de la fuerza para realizar o asegurar su derecho, salvo en los casos y dentro de los límites establecidos por la ley", sólo adquiere sentido cuando se integra en el artículo 2.º, número 2, del mismo texto legal: "A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação"<sup>5</sup>. Es necesario ir más allá. Es necesario que se garantice al titular del derecho, al que se refiere una acción, la facultad de facto de entablar dicha acción y de hacerla revisar por un tribunal que proclame ese derecho con fuerza vinculante general.

En este punto, llegamos al problema central asumido en este trabajo: el problema del acceso a la justicia.

No hay "justicia justa" sin acceso a la justicia. En efecto, para que haya un orden conforme a la ley y sus fines, no basta con que un Estado tenga leyes justas. Es necesario, además, asegurar que estas leyes se apliquen. Esto sólo puede lograrse garantizando a todos, sin discriminación, el acceso a los tribunales que apliquen esas leyes de manera imparcial e independiente.

Las leyes justas hacen que el orden sea justo, pero sólo un verdadero y garantizado derecho de acceso a la justicia puede lograr una sociedad de la que se elimine definitivamente la "gravedad de las injusticias manifiestas", como propone Amartya Sen<sup>6</sup>.

¿Cuáles son las condiciones previas materiales y formales para una verdadera garantía de acceso de los ciudadanos a la justicia?

Es alrededor de esta cuestión que se organiza hoy la esencia del discurso de la justicia aplicada. Debido al gran tamaño que implica responder a tal pregunta, no encaja con la naturaleza de lo que estamos presentando aquí. Por lo tanto, nos centraremos en un aspecto muy específico y parcial que interviene en esa cuestión: ¿en qué medida las formas alternativas de solución extrajudicial de conflictos, a saber, la mediación (en particular la mediación obligatoria) y el arbitraje, constituyen o pueden constituir modelos perversos de retorno a los sistemas de justicia privados que niegan un derecho verdadero y fundamental de acceso a la justicia?

Es evidente que incluso el tratamiento limitado de esta cuestión restringida no la exime del problema más amplio en el que encaja. Por lo tanto, es a través de la tematización y contextualización del derecho fundamental de acceso a la justicia

---

coerción de que suelen disponer los Estados, aunque se limita al uso del derecho no vinculante y de normas imperfectas sin sanción, el orden internacional no está, por tanto, menos sujeto a la ley que el orden interno, y el uso de la fuerza a veces no es menos legítimo en las relaciones entre Estados que en las relaciones entre particulares. A este respecto, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., op. cit.

<sup>5</sup> Cabe señalar que las aparentes excepciones contenidas en esos preceptos legales no lo son realmente. En efecto, los casos en que el derecho portugués permite el uso de la fuerza, para la protección privada de los derechos, son los de "acción directa" (artículo 336 del Código Civil portugués), "legítima defensa" (artículo 337.º) y "estado de necesidad" (artículo 339), situaciones todas ellas justificadas por la urgencia y la imposibilidad de garantizar a su debido tiempo el recurso a las vías institucionalizadas de hetero-realización de la justicia. Sin embargo, no se trata de verdaderos casos de justicia privada. Corresponde siempre a las instituciones judiciales estatales verificar y controlar los supuestos de utilización de esos medios de protección privada de los derechos, inspeccionando y controlando los respectivos supuestos y reprimiendo los posibles abusos. La única diferencia es que esta verificación y control se realiza a posteriori, tras la acción de tutela privada, sin legitimación previa de esta acción. Sin embargo, no estamos en el campo de la ilegalidad o indiferencia del sistema de justicia pública ante la justicia privada.

<sup>6</sup> Cf. RODRIGUES, G. C. "A ação declarativa comum". *O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, p. 105.

que comenzaremos, aunque sea de manera muy preliminar y sucinta, a restringirnos a los aspectos esenciales para la comprensión del problema que se postula en ella.

## **2. El derecho fundamental de acceso a la justicia: análisis del problema**

### **2.1. Preliminares**

Como ya hemos dicho, para tener una sociedad justa, no basta con tener normas justas. También debemos contar con los tribunales o, más ampliamente, con un sistema judicial mundial que aplique esas normas y *-last but not least-* con los medios adecuados de hecho y de derecho para garantizar el acceso efectivo a la protección que ofrece ese sistema a cualquier ciudadano que reclame la titularidad de un derecho subjetivo.

La necesidad de esta garantía es de carácter imperativo (sin la cual toda la construcción del sistema legislativo y judicial, es decir, toda la construcción del ordenamiento jurídico de una comunidad quedará vacía) lo que pone a cualquier Estado que desee tener un Estado de derecho en la situación de sumisión al ciudadano, y no puede negarle o restringirle innecesariamente, el derecho de acceso a la justicia. Es esta situación de sometimiento la que configura el derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental potestativo<sup>7</sup>, insusceptible de renuncia o negociación.

Así pues, la garantía de acceso a la Ley se establece como un derecho fundamental de doble grado: se erige, en primer lugar, como un derecho fundamental junto a los demás que -desde la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948- han sido sucesivamente consagrados<sup>8</sup>; se erige, en segundo grado, como el derecho fundamental que tiene por objeto asegurar la protección efectiva *hic et nunc* de todos los demás derechos contemporáneos.

En efecto, la garantía de acceso a la Ley es el corolario natural de la idea de prohibición de la justicia privada<sup>9</sup> que, a nivel de derecho común, encuentra su expresión en los mencionados artículos 1 y 2 del Código de Proceso Civil portugués y el necesario postulado de esa prohibición.

En este sentido, la garantía de acceso al Derecho y a la tutela judicial es una exigencia lógica, derivada de la idea de "contrato social", tal como la desarrollaron los filósofos del pos-renacimiento, en particular los filósofos de la Ilustración, como primera marca del fin de la época de los antiguos y de la institución de la modernidad.

La cuestión de los derechos fundamentales, tal y como la entendemos hoy en día, se remonta de hecho a la Baja Edad Media, con el triunfo, especialmente desde Ockham, de las concepciones epistemológicas del nominalismo.

Si para el pensamiento cristiano clásico y medieval los derechos del individuo se fundaban en una idéntica naturaleza común de toda la humanidad, en una participación de la misma naturaleza humana (el arquetipo del hombre en el mundo de las ideas de Platón; el hombre creado a imagen y semejanza de Dios en el pensamiento judeocristiano), el pensamiento nominalista destruirá tal concepción y se verá en la necesidad de reconstruir todo el edificio de los derechos del individuo.

Para el nominalismo, nada que corresponda a una naturaleza humana universal tiene existencia real fuera del pensamiento. La realidad es la realidad de los hombres concretos, de los individuos aislados y distintos, no del ser humano, una categoría universal, carente de existencia extramental.

---

<sup>7</sup> En este sentido, Cf. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 171.

<sup>8</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 408: «O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efectiva (...) é, ele mesmo um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível de protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito».

<sup>9</sup> Sin perjuicio de la subsistencia de los casos excepcionales de autotutela. Cf. supra, nota 4.

Las consecuencias de esta concepción en la precomprensión epistemológica del fenómeno jurídico son evidentes: se niega la realidad de la humanidad, se niega la realidad de una naturaleza humana, la existencia de un derecho natural inherente a esa humanidad, un derecho común a todos los hombres, anterior y superior a los hombres. En palabras de Diogo Leite de Campos «a lei deixa de ser vista como uma expressão da ordem descoberta na Natureza, para se transformar na expressão da vontade do legislador. E o Direito já não [é] uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autónomo do indivíduo»<sup>10</sup>.

Nominalismo, por lo tanto, positivismo y voluntarismo. Aún en palabras de Leite de Campos «[n]ão havendo mais que o ser (individual), ao qual o Direito tem de estar necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito»<sup>11</sup> De una Ley que, por ser un producto humano, es contingente y discutible; no la expresión de relaciones justas, sino la expresión de la voluntad y el poder.

En este contexto, la reconstrucción del edificio jurídico impuesto por la nueva concepción dominante correrá siempre al borde del abismo, exigiendo siempre la atenta vigilancia del abogado que, a cada paso, corre el riesgo de ver funcionalizada la Ley que está obligado a defender, no al servicio de la justicia, sino al servicio del poder dominante.

A nivel del derecho común, la respuesta se dará precisamente con los derechos fundamentales, los derechos del individuo como individuo particular, no los derechos inherentes a una naturaleza humana universal, que es irremediable y definitivamente perdida.

En el plano político, destruida la humanidad que aseguraba la posibilidad y la cohesión de la vida en sociedad, la reconstrucción tendrá lugar a partir de las doctrinas del contrato social, un contrato entre individuos libres, aislados e iguales que aceptaron abdicar de parte de su libertad en favor de la posibilidad de la vida en sociedad. Ahora también aceptaron -y este es el punto que nos importa aquí y ahora- alienar a favor de la comunidad, constituida en Estado, la facultad de asegurar su propia ley, contra la garantía de que ella, Estado, velaría por esta tutela, creando y manteniendo instituciones independientes, imparciales, eficaces y habilitadas para este fin: los tribunales.

Perdida esa humanidad natural, destruido lo que era anterior y superior a los individuos, lo que queda puede ser la expresión voluntaria de la fuerza pura. La noble intención de la consagración de los derechos fundamentales del hombre, como individuo y como persona, puede degenerar en la enfermedad jurídica de nuestros días de los derechos de la personalidad individualista.

Mi derecho individual a la vida o a la felicidad y, eventualmente, su derecho a la felicidad, corren el grave riesgo de ser interpretados como mi derecho individualista a la felicidad o su derecho individualista a la felicidad, entidades jurídicas que no tienen otra realidad que la de ser afirmaciones concretas de mi y su derecho, puras expresiones de mi y tu fuerza, sin nada en común, previo y superior que las justifique y legitime.

Mi derecho es intrínsecamente individual, concreto y único. Por lo tanto, su realidad sólo puede pasar a través de su afirmación. Y su afirmación sólo puede pasar por el poder de imponerla. Una vez que la referencia a lo universal, a lo común, al prójimo y, por supuesto, a la justicia ha desaparecido, el Derecho puede convertirse en una expresión pura de fuerza y voluntad. El nominalismo va de la mano del voluntarismo y, como señala una vez más Leite de Campos, «os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm [podem ter, diremos nós, mais optimistas] a sua *natureza* adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros,

---

<sup>10</sup> LEITE DE CAMPOS, D. "Lições de direitos da personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXVII, 1991, p. 149.

<sup>11</sup> LEITE DE CAMPOS, D., *Op. cit.*, p. 149.

estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os outros»<sup>12</sup>.

Por ello, la garantía de acceso a la ley y a la tutela judicial efectiva es, además de un derecho fundamental en sí mismo, una garantía de segundo grado, una meta garantía de que los demás derechos subjetivos también -al estar sujetos a la evaluación, en última instancia, de entidades independientes e imparciales- se garantizarán de manera uniforme y suprapartidaria, en nombre de la justicia y no simplemente del poder y la fuerza individual de quienes hacen y afirman la propia ley<sup>13</sup>.

Por ello, el derecho fundamental de acceso a la justicia -consagrado en el artículo 20 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 en términos que examinaremos brevemente- es en sí mismo, además de un derecho potestativo, un límite material de la revisión constitucional. Un poder constituyente que buscara eliminarlo sería un poder ilegítimo; y la norma que lo eliminaría - restaurando en la práctica el orden primitivo de la fuerza contra el orden axiológico de la paz y la justicia - una norma constitucional inconstitucional, para usar la expresión consagrada de Otto Bachof.

En efecto, quien pretendiera proclamar las normas constitutivas de un orden justo, negando al mismo tiempo la posibilidad de acceder plenamente a la tutela efectiva que confieren tales normas, estaría violando el principio de no contradicción y el principio de comunicación con sentido, principios fundadores de la posibilidad misma de la vida en sociedad. Al afirmar, en abstracto, los derechos fundamentales del ciudadano y negar o limitar, al mismo tiempo, el acceso a los medios para la realización concreta de esos derechos, un legislador que lo hiciera se estaría situando, de hecho, fuera de la comunidad comunicativa, a socavar el orden jurídico como orden de valor y de sentido, como orden justo, y afirmando sólo el valor de la ley, como ley del más fuerte<sup>14</sup>.

En vista de lo anterior, es comprensible que se analice el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la Ley, enumerando y discriminando las condiciones necesarias para garantizar la efectividad de ese derecho.

En este análisis ha sido crucial la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>, desarrollada a partir de los problemas planteados por la interpretación y aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>16</sup>, precisamente el precepto que consagra el derecho de acceso a la justicia.

Es a partir de esto que consideramos aquí el conjunto de garantías que deben formar parte del núcleo central de la garantía de acceso al derecho y a la justicia, para que este derecho fundamental esté plenamente vigente y subsista en un sistema jurídico determinado. Estas son, en nuestro resumen:

- a) Garantía de independencia de los tribunales y de imparcialidad de los jueces;
- b) Garantizar el acceso a los tribunales a todos los ciudadanos, independientemente de su situación social o económica;
- c) Garantizar una protección jurídica eficaz;
- d) Garantizar la tutela en un tiempo razonable;
- e) Garantizar que la sustancia tiene prioridad sobre la forma;
- f) Garantía de publicidad;
- g) Garantía de ejecutabilidad.

---

<sup>12</sup> LEITE DE CAMPOS, D. "Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação", *Dereito*, Volume II, número 2, 1993, p. 61.

<sup>13</sup> En este sentido, BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 142: «o juiz desempenha a sua função de representação do todo quando decide com justiça, pois *decidir com justiça* coincidirá exactamente com decidir em representação do todo, sem parcialidade nem partidarismo».

<sup>14</sup> Cf. BAPTISTA MACHADO, J. "Prolegómenos ao discurso legitimador". *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989.

<sup>15</sup> En adelante, abreviado ECHR (European Court of Human Rights).

<sup>16</sup> En adelante abreviado como CEDH.

## 2.2. Garantía de independencia de los tribunales e imparcialidad de los jueces

Dejando de lado, por no tener relación con este estudio, el problema del concepto de "derechos y obligaciones civiles" al que se refiere el párrafo 1 del artículo 6.º del CEDH, la primera dificultad para interpretarlo es determinar el concepto mismo de "tribunal".

Un tribunal puede caracterizarse como un órgano jurisdiccional investido de la facultad de juzgar de manera imparcial e independiente un determinado conflicto mediante la emisión de una decisión que (aunque sujeta a enmienda y revisión en apelación) es vinculante para las partes<sup>17</sup>.

El tribunal es un órgano judicial. Esto significa que sus decisiones se orientan ante todo al logro de la justicia, con exclusión de la valoración de cualesquiera otros fines o propósitos que en otras esferas (máximas administrativas) puedan ser pertinentes y del necesario enjuiciamiento. La decisión del tribunal es «proferida de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico. A pronúncia que se baseie em qualquer modelação *activa*, transformadora, de qualquer ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar sobre uma determinada conjuntura esperada ou sobre uma eventual evolução das circunstâncias, em vez de se preocupar exclusivamente com o que é o *direito* do caso concreto no preciso momento em que se julga, já não [será] uma decisão jurisdiccional em sentido material mas uma decisão administrativa ou, pelo menos, contaminada por elementos de carácter *administrativo*»<sup>18</sup>. Estas consideraciones no implican que el juez -en particular, en las sentencias constitutivas- deba abstenerse siempre de considerar un juicio pronosticador sobre los efectos de la decisión que se dicte. Implican que tal sentencia pronosticada está prevista en la ley como requisito previo para que se dicte tal decisión y que, por lo tanto, constituye, al igual que una sentencia situada, una sentencia en contexto, por referencia a hechos ya conocidos. Este será el caso, por ejemplo, de la sentencia que condena al autor del daño a restablecer la situación en la que se encontraría la parte perjudicada si no se hubiera producido, o el de la sentencia que, aplicando las normas establecidas adrede, suspende la ejecución del desalojo, basándose en la grave situación de privación económica y social en la que se encontraría el inquilino si se le privara inmediatamente del espacio alquilado. Es aquí donde el propio legislador ordena el juicio de pronóstico como criterio de la decisión, sustentado, en todo caso, en hechos pasados. Como también escribe Baptista Machado, «poderá dizer-se que a decisão jurisdiccional assenta sempre, em último termo, em factos já verificados – isto é, em factos que engendraram aquele efeito de direito que a sentença se limita a *declarar*. Pois que, mesmo a sentença *constitutiva* (...) só pode e deve ser proferida quando se verifiquem aqueles factos ou pressupostos que a lei considera antecedentes obrigatórios da intervenção constitutiva do tribunal»<sup>19</sup>.

Expuesto lo anterior, sigue también la segunda nota definitoria de la naturaleza específica de un tribunal: la imparcialidad.

La imparcialidad de los tribunales, como órganos judiciales, no debe confundirse con la imparcialidad, que por lo general obliga a cualquier entidad administrativa o institución pública. La imparcialidad en estos tribunales se refiere esencialmente al principio de igualdad, al respeto de la norma de no discriminación

<sup>17</sup> De ello no se desprende que el juez deba ejercer en el "tribunal" sólo la función judicial con exclusión expresa de otras, de carácter no judicial, como, por ejemplo, la gestión financiera del Palacio de Justicia o el poder disciplinario sobre sus funcionarios administrativos. No, lo que importa no es que el tribunal ejerza la función judicial por sí solo, sino que, en el ejercicio de esa función, actúe con las garantías de imparcialidad e independencia a las que nos referiremos más adelante. En este sentido, BEDDARD, R., *Human rights and Europe*, 3<sup>rd</sup>. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993, p. 167.

<sup>18</sup> BAPTISTA MACHADO, J., *op. cit.*, p. 146.

<sup>19</sup> *Idem*.

y al trato igualitario, no parcial, de todos los ciudadanos, independientemente de «ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual»<sup>20</sup>.

La imparcialidad de los tribunales es un concepto más amplio. Incluye el principio de igualdad, pero va más allá. Traduce la idea de lograr la justicia en su conjunto, sin consideración específica por razones particulares, de carácter legítimo, pero estrictamente administrativo. No le corresponde al tribunal aplicar la ley sino hacerla realidad. No corresponde al juez, por ejemplo, considerar si su decisión contribuye mejor al desarrollo regional, a la salvaguardia de las finanzas públicas o a la vigilancia adecuada de la costa marítima. Corresponde al juez tomar la decisión que, en la resolución de un conflicto, corresponda a la mejor interpretación y ponderación de los valores que conforman el orden jurídico mundial, logrando la justicia en su conjunto. «[A]o magistrado judicial só compete defender e declarar o que é de direito em cada caso, pois não está empenhado na realização do interesse ou dos fins da Administração. Demais disso, não deve achar-se ligado às partes em litígio, ou ter contendas com qualquer delas, para que fique garantida a sua isenção ou a imparcialidade da decisão a proferir»<sup>21</sup>.

Ha quedado claro que ciertos órganos con poder de decisión y ciertas garantías de independencia, pero cuyas facultades están orientadas a la consecución de determinados fines particulares que los configuran y limitan el sentido de las decisiones que deben adoptarse, no deben considerarse tribunales a los efectos de los artículos 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 20 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976<sup>22</sup>, que analizaremos a continuación. Así ocurrirá, por ejemplo, en el derecho portugués, con la Comisión de Expertos que evalúa la solicitud de revisión de la base imponible establecida por métodos indirectos, prevista en los artículos 91 y siguientes de la Ley General Tributaria<sup>23</sup>.

Todavía existe la independencia como elemento esencial que integra la idea de un tribunal. Los tribunales son órganos judiciales independientes. «Significa esta independência [nas palavras de Baptista Machado, cuja lição continuamos neste ponto a seguir] antes de mais que os juízes, nos seus julgamentos, não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou directivas de qualquer superior hierárquico<sup>24</sup>– ao contrário do que se verifica relativamente aos órgãos e agentes da Administração»<sup>25</sup>. Por ello, las decisiones dictadas en procedimientos administrativos o fiscales de queja gratuita o de recurso jerárquico, por ejemplo, no son, ni pueden ser nunca, decisiones de carácter judicial. Carecen de todo contexto de independencia, sin el cual nunca será posible hablar en el ejercicio de un poder judicial.

La independencia de los jueces no es simplemente una independencia abstracta, que es relegada al limbo de las intenciones programáticas no seguras. Se trata de una independencia real y concreta, garantizada en la legislación portuguesa por las garantías de inamovilidad e irresponsabilidad, establecidas constitucionalmente en los párrafos 1 y 2 del artículo 216 de la CRP<sup>26</sup>, complementado por las obligaciones impuestas a los magistrados en virtud de ese mismo precepto y destinadas a garantizar que no exista la más mínima posibilidad de un conflicto de intereses que pueda, de cualquier modo, aunque sea mínimo,

---

<sup>20</sup> Artículo 13.º, n.º 2, de la Constitución de la República Portuguesa, de 1976.

<sup>21</sup> BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

<sup>22</sup> En adelante referida de forma abreviada como CRP.

<sup>23</sup> En su mayor parte, a falta de poderes de decisión, no son tribunales que puedan emitir dictámenes periciales sobre cuestiones de su propia especialidad (por ejemplo, médica), incluso si, debido a la naturaleza técnica o científica del objeto de esos dictámenes, determinan en última instancia el significado de la decisión que deben adoptar los tribunales.

<sup>24</sup> Es por ello por lo que el Ministerio Público no integra, ni puede integrar, la estructura de los tribunales portugueses.

<sup>25</sup> BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

<sup>26</sup> Reiteradas por los artículos 4.º, 5.º y 6.º del Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprobado por la Ley 21/85, de 30 de julio.

menoscabar, disminuir o condicionar la estricta exención e independencia que es una prerrogativa necesaria de la función del magistrado<sup>27</sup>.

“A inamovibilidade significa a impossibilidade de demitir, suspender ou transferir magistrados judiciais fora de situações excepcionais, especificamente previstas no Estatuto dos magistrados Judiciais. Associado à inamovibilidade, encontra-se o princípio do juiz natural (cf. artigo 32.º, n.º 9, da CRP), o que implica que a designação de juiz que vai julgar a causa depende de critérios absolutamente objetivos e pré-determinados pela lei e não de escolha das partes num dado processo. Além disso, as transferências de juízes entre as comarcas devem orientar-se por critérios objetivos e legalmente fixados.

A irresponsabilidade significa a insusceptibilidade de se ser demandado pelas decisões proferidas, com exceção dos casos de dolo ou negligência grosseira e implica que a única forma de contestar uma decisão judicial é por via de recurso para tribunal superior, e não por quaisquer outros meios.

Apenas o Estado pode ser responsabilizado pelas decisões fora das situações em que magistrados judiciais podem ser responsabilizados, designadamente nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade civil e criminal ou disciplinar. Encontra-se vedada a responsabilidade pessoal direta dos magistrados pelas suas decisões”.<sup>28</sup>

Debido a la ausencia de este requisito de independencia, connatural y consustancial a la función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional portugués, en una de sus primeras sentencias, declaró inconstitucionales las normas contenidas en el n.º 1 del artículo 206 y del n.º 5 del artículo 209 del Reglamento General de Capitanías, aprobado por el Decreto-Ley n.º 265/72, de 31 de julio, que configuraba al capitán del puerto como órgano jurisdiccional con competencia para la solución de controversias<sup>29</sup>. Allí se fijó de forma cristalina y definitiva la doctrina que prevalece en este campo:

“Para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja ‘independente’, como o exige o artigo 208º da CRP.

E não se diga que tal característica se encontra verificada no caso vertente por o n.º 2 do artigo 206.º do Regulamento Geral das Capitánias determinar que ‘a autoridade marítima decide unicamente em conformidade com a lei aplicável ao caso concreto, sem qualquer sujeição a ordens ou instruções, e não responde pelas suas decisões’.

Tal ressalva, em boa verdade, nada altera.

A independência dos tribunais, para efeitos do artigo 208º, não pode, na verdade, ‘ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens e instruções’, antes exige, igualmente, a independência pessoal dos juízes, que tem como pressuposto mínimo a respectiva inamovibilidade (...).

Ora, é esta independência pessoal, que se exige e se garante aos juízes, que falece às autoridades marítimas e, designadamente, aos capitães dos portos,

<sup>27</sup> En este sentido, puede verse también el artículo 6º-A del Estatuto dos Magistrados Judiciais, cit.

<sup>28</sup> ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados. [Lisboa]: [Assembleia da República], en <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a52694d7a51355a6a41324c545534596a51744e47597a4d6931684d474d334c5451784d5749304e7a4d78596a457a595335775a47593d&fich=4b349f06-58b4-4f32-a0c7-411b4731b13a.pdf&Inline=true>, website consultado en 2019.05.17.

<sup>29</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, website consultado en 2019.05.17.

entidades integradas no sistema da Administração Pública e hierarquicamente dependentes, insusceptíveis de se enquadrarem em qualquer das categorias de tribunais a que se refere o artigo 212º da Constituição<sup>30</sup>.

Sin embargo, como advierten Jorge Miranda y Rui Medeiros, no hay que confundir la función judicial con la función jurisdiccional.

«O direito à tutela jurisdiccional implica o **direito de acesso aos tribunais** (...) "no sentido do direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdiccional".

Tribunais neste sentido não são apenas os tribunais judiciais. Tutela *jurisdiccional* não significa, na realidade, o mesmo que tutela *judicial*, havendo no ordenamento jurídico português diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição<sup>31</sup>.

Es precisamente en esta distinción donde encontraremos un punto relevante para el problema específico considerado en el objeto de este estudio, el problema de la compatibilidad del derecho fundamental de acceso a la justicia con los modelos actuales de solución alternativa de controversias<sup>32</sup>.

En el derecho portugués, además de los propios tribunales, la CRP prevé, en su artículo 209.º, n.º 2, la posibilidad de crear tribunales de arbitraje y de paz, con características que ya están inequívocamente orientadas a lograr la justicia mediante el recurso a los sistemas alternativos de solución de controversias.

«...os Julgados de Paz enquadram-se precisamente nesta perspectiva do legislador constituinte. E não restando dúvidas de que estamos perante tribunais, a questão que imediatamente se nos coloca é se, em consequência, os juízes de paz poderão ser considerados magistrados. Numa sociedade que se requer democrática nada obsta à existência de um pluralismo jurisdiccional. Nesse sentido, os juízes de paz são indubitavelmente magistrados como o são, desde logo, os juízes dos Tribunais Judiciais, dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Tribunal Constitucional... Concebida à luz da contemporaneidade, a magistratura representa, por assim dizer, a unidade que, numa relação dialéctica, engloba no seu seio a multiplicidade e afirma-se, assim, no respeito pelos vários múltiplos, neste caso as diversas magistraturas. Deste modo, num Estado de Direito democrático o respeito absoluto que o princípio da separação dos poderes exige encontra-se também plasmado na existência de um pluralismo de instâncias judicantes»<sup>33</sup>.

Así, en Portugal, la Ley 62/2013, de 26 de agosto, conocida como Organización do Sistema Judiciário, se refiere explícitamente a los tribunales de arbitraje (véase el artículo 150.º) y menciona, en su artículo 151.º, que los tribunales de paz son una forma alternativa de solución de controversias.

Nos encontramos en el ámbito de la búsqueda de soluciones al problema de la toma de conciencia de los derechos individuales, de la exigencia de tutela de esos derechos y de la consiguiente explosión de conflictos y de la saturación de los tribunales, postulando medidas nuevas y alternativas para resolver los conflictos con la realización de la justicia de manera oportuna. Pronto veremos que ésta es también una condición esencial para la protección efectiva de los derechos individuales, sin la cual no se puede hablar de un verdadero derecho de acceso a la justicia.

Seamos claros: los tribunales de arbitraje y los juzgados de paz son verdaderos tribunales, que ejercen plenamente la función judicial propia de los tribunales.

---

<sup>30</sup> Las disposiciones citadas se refieren a la versión del texto constitucional vigente en la fecha de la sentencia.

<sup>31</sup> MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 317.

<sup>32</sup> En adelante, se denominará ADR (Alternative Dispute Resolution).

<sup>33</sup> BRITO, P. de, "Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça". *O estado da justiça*, (Orgs.) António Cândido de Oliveira e César Pires, Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2016, p. 115.

Y ni siquiera dejan de ser tribunales porque pueden ser tribunales no estatales. El concepto de función judicial no se confunde con el concepto de justicia estatal. Lo importante es que la imparcialidad e independencia de quienes ejercen la función judicial esté siempre asegurada, tanto si se produce en el ejercicio de la función judicial propia de los tribunales ordinarios, como si se produce fuera de ese ámbito, en el ejercicio de la función judicial «inusual»<sup>34</sup> de los tribunales de paz, o en el ejercicio de la función judicial de los tribunales arbitrales, aunque en el arbitraje voluntario<sup>35</sup>.

En Portugal, tanto la Ley de los Tribunales de Paz (Ley 78/2001, de 13 de julio, modificada por la Ley 54/2013, de 31 de julio), en su "Capítulo IV", artículos 21.º y siguientes, como la Ley de Arbitraje Voluntario (aprobada por la Ley 63/2011, de 14 de diciembre), en sus artículos 9.º, 10.º y, en especial, en los números 3 a 5, del artículo 9.º y n.º 6 del artículo 10.º expresan y consagran soluciones que, dentro del marco particular y las características específicas inherentes a su naturaleza, tienen por objeto salvaguardar y garantizar la imparcialidad e independencia de esos tribunales.

Pereira Barrocas escribe sobre el "[re]quis de los árbitros", al que se refiere el artículo 9 de la Ley de Arbitraje Voluntario que: «[n]ão se tratam de requisitos exigidos pela convenção de arbitragem, mas sim de requisitos legais inerentes à jurisdição arbitral e ao estatuto do árbitro.

Tal como sucede com o juiz (artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais), é exigido ao árbitro que seja e se mantenha, em todo o processo arbitral, independente e imparcial»<sup>36</sup>.

Por lo tanto, a pesar del carácter voluntario del arbitraje en cuestión, no estamos ante disposiciones cuya aplicación puedan derogar las partes de mutuo acuerdo, sino ante normas imperativas de derecho público que se imponen a la voluntad de las partes en el proceso de arbitraje y que prevalecen sobre ella. Por lo tanto, la Ley de Arbitraje Voluntario, en su conjunto, no puede ser derogada por la voluntad de las partes, de lo contrario ya no estaremos ante un procedimiento de arbitraje, rectius, ante un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, con una decisión final que sea ejecutable por un tribunal de justicia. Pereira Barrocas dice también: «sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral<sup>37</sup> do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro»<sup>38</sup>.

Por supuesto, al menos en el ámbito de los derechos disponibles, las partes siempre podrán configurar libremente y de forma alternativa la forma en que prevén la regulación de sus futuros y posibles conflictos y elegir una forma no jurisdiccional de composición de los conflictos que no se ajuste al modelo de la Ley de Arbitraje Voluntario. Simplemente en este caso, la decisión que se encuentre, que puede ser el resultado de un proceso de mediación voluntaria, no contará como una decisión

---

<sup>34</sup> «Os Julgados de Paz são tribunais incomuns dotados de características próprias de funcionamento e organização» - está escrito en el sitio web oficial del Consejo de los Tribunales de Paz in <http://www.conselhosjulgadosdepaz.mj.pt/informacao.asp>, website consultado en 2019.05.17.

<sup>35</sup> Precisamente porque así es, ya que la jurisdicción voluntaria e independiente no excluye, sino que declara, el derecho de acceso a la justicia y a los tribunales, el ECHR no recibió la demanda del demandante en el asunto "Transado - Transportes Fluviais do Sado, S.A., v. Portugal", al no reconocer que las garantías de imparcialidad en la interpretación y aplicación de las cláusulas de un contrato no estaban aseguradas por el hecho de que se sometieran a un tribunal de arbitraje al que el demandante se había adherido voluntariamente (cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. SENTENCIA de 16.12.2003 (G. Ress), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, website consultado en 2020.05.18.

<sup>36</sup> PEREIRA BARROCAS, M. Lei de Arbitragem Comentada, Almedina, Coimbra 2013, p. 55.

<sup>37</sup> Subrayado nuestro.

<sup>38</sup> PEREIRA BARROCAS, M., op. cit., p. 24.

de un tribunal. En esa medida, puede ser impugnada libremente ante un tribunal de justicia, y el interesado puede solicitar -de conformidad con el artículo 20.º de la CRP y el artículo 6.º del CEDH- la protección efectiva de su derecho, sin que el tribunal se limite en su sentencia al examen de los motivos enumerados exhaustivamente en el párrafo 3 del artículo 46.º de la Ley de Arbitraje Voluntario.

Y lo que se dice para los procedimientos de arbitraje voluntario se aplica, *mutatis mutandis*, a los procedimientos de arbitraje necesarios. Si la ley especial que las impone no ofrece al estatuto de los árbitros las garantías indispensables de imparcialidad e independencia, el arbitraje en cuestión no podrá nunca ser considerado como un arbitraje de naturaleza judicial y sus decisiones no podrán nunca ser consideradas como decisiones de un tribunal<sup>39</sup>.

En este mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en el procedimiento n.º 696/95, negando la naturaleza de tribunal arbitral necesario a la «comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes ou pelo membro qualificado do mesmo Conselho que aquele para o efeito designar», prevista en el artículo 22.º del Decreto Ley 235/86, de 18 de agosto (antiguo Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas), al concluir que «as normas dos nºs. 1 dos artigos 221º e 227º do Decreto-Lei nº 235/86 (...) não impedem o acesso aos tribunais (porque o não-acordo terá de ser dirimido nos tribunais e o acordo equivale à dissolução do litígio) e não subtraem aos tribunais uma parte da função jurisdicional (porque a intervenção da comissão que preconizam tem um carácter conciliatório - não jurisdicional - e porque, se a supressão negociada de conflitos diminuísse as fronteiras da jurisdição, então teria de concluir-se que o mero cumprimento pontual das obrigações também o faria, o que seria, naturalmente, um absurdo)»<sup>40</sup>.

En resumen, el derecho de acceso a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses legalmente protegidos, consagrado en los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP, no se ve comprometido o violado por el hecho de que el tribunal al que se accede no sea un tribunal de justicia o ni siquiera un tribunal estatal. Se trata de que sea un verdadero tribunal, con competencia para adoptar decisiones de carácter judicial, tomadas por quienes están investidos de las garantías esenciales de imparcialidad e independencia. De lo contrario, no podemos hablar de un tribunal y una sentencia. A lo sumo, podemos encontrarnos ante la simple evaluación administrativa de una controversia, con una posición adoptada por quienes sólo están obligados por la ya mencionada imparcialidad administrativa restringida (no la imparcialidad de los propios jueces, plasmada en la declaración de la Ley, sin subordinación a valores distintos de los del propio logro de la justicia) y/o integrados en una estructura jerárquica.

Si esta evaluación puramente administrativa no es apelada ante un tribunal, ante un tribunal genuino, imparcial e independiente, entonces se trata de una violación intolerable de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

De todo lo dicho hasta ahora no se desprende que el derecho de acceso a los tribunales sea un derecho absoluto, que no puede ser restringido ni condicionado. El derecho de acceso a los tribunales es ciertamente un derecho fundamental, pero ni siquiera los derechos fundamentales son absolutos. Forman parte de un conjunto más amplio de valores igualmente dignos de protección constitucional y a menudo incompatibles entre sí, por lo que es necesario compatibilizarlos, coordinarlos e

---

<sup>39</sup> También será decisivo que la ley que establezca un tribunal arbitral necesario respete el principio de reserva relativa de la competencia de la Asamblea de la República, establecido en el artículo 165.º n.º 1º) letra p) de la CRP. Un decreto ley no autorizado del Gobierno no puede establecer un procedimiento de arbitraje de naturaleza judicial.

<sup>40</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS. Sentencia de 02.07.1997 (Alves Correia) en [http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_busca\\_actc.php?ano\\_actc=1997&numero\\_actc=491](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1997&numero_actc=491), website consultado en 2019.05.18.

integrarlos, imponiendo puntualmente su sacrificio parcial, tal y como prevé el artículo 18 de la ley fundamental portuguesa<sup>41, 42</sup>.

Es importante que las restricciones introducidas se basen en un derecho general, abstracto y no retroactivo, no sean de carácter arbitrario, respeten el principio de proporcionalidad, sean necesarias para salvaguardar otros derechos y principios fundamentales y no lleguen en ningún caso al núcleo esencial del derecho en cuestión<sup>43</sup>.

En resumen: la garantía de la independencia de los tribunales consiste, ante todo, en garantizar la separación de poderes, asegurando que el poder político no interfiera en el poder judicial, ya sea alterando la dirección de las decisiones adoptadas por éste o condicionando o intentando condicionar de alguna manera la dirección de dichas decisiones, a saber, por ejemplo, mediante intervenciones externas, ya sea positivas o negativas, en la progresión normal de la carrera de los magistrados. Pero eso no es todo. También garantiza que el juez no estará sujeto a otras influencias, interferencias o compromisos heterogéneos de ningún tipo, salvo el respeto del principio de legalidad (en sentido amplio) y el sentimiento de justicia dictado por su formación y conciencia.

En el plano internacional, en consonancia con todo lo anterior, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985, estableció los principios básicos sobre los que debe garantizarse la independencia de los tribunales<sup>44</sup>:

– “Os juízes deverão decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, com base nos factos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições ou influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, diretas ou indiretas, de qualquer sector ou por qualquer motivo”;

– “A magistratura terá jurisdição sobre todas as questões de natureza judicial e terá autoridade exclusiva para decidir se um caso que lhe tenha sido submetido para decisão é da sua competência nos termos definidos por lei”;

– “Não haverá quaisquer interferências indevidas ou injustificadas no processo judicial e as decisões dos tribunais não serão sujeitas a revisão”;

---

<sup>41</sup> Piense, por ejemplo, en las instituciones jurídicas de limitación y prescripción cuya consagración legal no se opone al derecho de acceso a los tribunales o a la garantía de protección efectiva de los derechos. Las razones de seguridad y certeza jurídica, sin las cuales el logro de la justicia misma se hace imposible, justifican la imposición de límites temporales al ejercicio de los derechos, más allá de los cuales ya no se pueden ejercer. Lo que no puede suceder es que esos límites sean tan desproporcionadamente cortos y que se elimine la esencia del derecho de protección.

<sup>42</sup> Sobre las restricciones a los derechos fundamentales puede consultarse VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 y siguientes.

<sup>43</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 22, haciendo referencia a la Sentencia De Geouffre de la Pradelle v. France: «*The “right to a court” and the right of access are not absolute. They may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (...). Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*».

<sup>44</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Princípios básicos relativos à independência da magistratura. En <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, website consultado en 2020-05-13.

– “Todas as pessoas têm o direito de serem julgadas por tribunais comuns, de acordo com os processos legalmente estabelecidos. Não serão criados tribunais que não apliquem as normas processuais devidamente estabelecidas em conformidade com a lei, para exercer a competência que pertença normalmente aos tribunais comuns ou judiciais”;

– El “Estado (...) tem o dever de proporcionar os recursos necessários para que a magistratura possa desempenhar devidamente as suas funções”;

– “[O]s magistrados gozam, como os outros cidadãos, das liberdades de expressão, convicção, associação e reunião; contudo, no exercício destes direitos, os juízes deverão sempre comportar-se de forma a preservar a dignidade do seu cargo e a imparcialidade e independência da magistratura”;

– “Os juízes gozam do direito de constituir ou de aderir a associações de juízes ou outras organizações que representem os seus interesses, promovam a sua formação profissional e protejam a independência do poder judicial”;

– “A inamovibilidade dos juízes, nomeados ou eleitos, será garantida até que atinjam a idade de reforma obrigatória ou que expire o seu mandato, se existir tal possibilidade”;

“Sem prejuízo de qualquer processo disciplinar, do direito de recurso ou do direito a indemnização por parte do Estado, em conformidade com a legislação nacional, os juízes devem gozar de imunidade pessoal face a processos de responsabilidade civil por danos patrimoniais resultantes de atos ou omissões indevidas praticadas no exercício das suas funções judiciais”.

El Estado húngaro fue condenado en el caso Baka contra Hungría<sup>45</sup> por la violación de estos principios, en particular del sexto y octavo por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se estaba examinando la posible violación del principio de la independencia de los tribunales y la no injerencia del poder político en el poder judicial, plasmado en una ley que anticipaba la edad de jubilación de los jueces, con lo que se ponía fin al mandato del Presidente del Tribunal Supremo húngaro, que había expresado opiniones particularmente críticas sobre las reformas del poder judicial húngaro propuestas por el poder político.

El Tribunal consideró que la ley en cuestión cuestionaba de hecho la independencia de los tribunales: *“In its judgment the Chamber considered that the facts of the case and the sequence of events showed that the early termination of the applicant’s mandate as President of the Supreme Court was not the result of restructuring of the supreme judicial authority, as the Government had contended, but a consequence of the views and criticisms he had publicly expressed in his professional capacity. The proposals to terminate his mandate and the new eligibility criterion for the post of President of the Kúria had all been submitted to Parliament after the applicant had publicly expressed his views on a number of legislative reforms, and had been adopted within an extremely short time (...). The early termination of his mandate thus constituted an interference with the exercise of his right to freedom of expression (...).*

*The Chamber considered that the interference had not been ‘necessary in a democratic society’. (...). Issues concerning the functioning of the justice system constituted questions of public interest, the debate of which enjoyed the protection of Article 10 of the Convention. It had been not only the applicant’s right but also his duty as President of the National Council of Justice to express his opinion on legislative reforms affecting the judiciary. As regards the proportionality of the interference, the applicant’s term of office as President of the Supreme Court had been terminated three and a half years before the end of the fixed term applicable under the legislation in force at the time of his election. The Chamber reiterated that the fear of sanction had a “chilling effect” on the exercise of freedom of expression and, in particular, risked discouraging judges from making critical remarks about*

<sup>45</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 23.06.2016 (Luis López Guerra), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>, website consultado en 2019.05.18.

*public institutions or policies (...). In addition, the impugned measure had not been subject to effective judicial review by the domestic courts. The Chamber therefore found that the interference with the applicant's right to freedom of expression had not been necessary in a democratic society".*

Una leyenda alemana<sup>46</sup> dice que, durante la Ilustración, cuando el tema de la independencia de los jueces comenzó a entrar en el debate público, un cierto ministro de Federico el Grande, de Prusia, habría comentado que "me gustaría mucho que los jueces fueran independientes, siempre y cuando él decida sobre sus carreras". El caso Baka contra Hungría muestra que la cuestión no se agotó en la Ilustración. La independencia de los tribunales es una tarea sin fin que plantea en todo momento la atención comprometida de los abogados y los ciudadanos y la resistencia activa a las eternas tentaciones del poder político.

### **2.3. Garantía de acceso a los tribunales para todos los ciudadanos, independientemente de su condición social o económica**

Volviendo a la idea primordial de la exclusión de la fuerza y su sustitución por un orden de valores que promueva el pleno desarrollo de la personalidad en el seno de la comunidad, la idea de justicia también apunta a la universalidad de su esfera de incidencia, basada en el axioma de la igualdad absoluta de la dignidad de la persona humana, de todo ser humano. Todas las personas nacen y permanecen iguales en su dignidad.

Dado que no se puede lograr la justicia sin la garantía de una protección efectiva de los derechos, se desprende naturalmente el principio de que no se puede negar a nadie el derecho de acceso a los tribunales para hacer valer su derecho en ellos, concretamente por falta de recursos económicos que le permitan sufragar los gastos inherentes a la actividad judicial. Este es un corolario necesario del principio de igualdad que la CRP consagra en su artículo 13.

Esto no significa que el acceso a la justicia a través de los tribunales deba ser gratuito. Significa simplemente que los Estados deben garantizar siempre algún sistema de asistencia jurídica que, sin perjuicio del cobro, total o parcial, de las costas de un caso para el que puedan sufragarlas, garantice la asunción colectiva de esas costas en los casos en que alguien desee hacer valer ante los tribunales un derecho que tiene y no tiene los medios necesarios.

En este sentido, en Portugal, el artículo 20.1 de la CRP no impone el libre acceso a la justicia, optando por una redacción negativa que sólo excluye la posibilidad de negarlo por falta de medios económicos para ello<sup>47</sup>: «A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos"<sup>48</sup> – dispone tal precepto constitucional.

Cabe señalar que, al referirse al «acceso a la ley», el legislador constitucional portugués quiso ir más allá de la mera salvaguarda de las garantías contenidas en la

<sup>46</sup> Cf. NORONHA NASCIMENTO, L. A. "A inamovibilidade dos juízes". *Julgar*, 32, 2107, p. 290.

<sup>47</sup> «[P]ara que a justiça não possa ser denegada "por insuficiência de meios económicos", ela [a Constituição] impõe outrossim ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal» – escrevem a este propósito MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., op. cit., p. 415.

<sup>48</sup> Hay que reconocer que el concepto de "insuficiencia económica" es relativamente indeterminado, cuya interpretación no está exenta de dificultades, dejando al legislador ordinario un amplio margen de libertad en su conformación. Su aplicación en las leyes que regulan la asistencia jurídica debe tener en cuenta en todo momento la situación económica concreta del Estado. Pero en ningún caso la idea de insuficiencia económica puede definirse en términos tan restringidos como para causar una incapacidad efectiva de acceso a la justicia" GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 411.

idea de «acceso a la justicia», entendida de manera restringida, como el derecho de acceso a un tribunal para proteger una reclamación legalmente fundada. En efecto, «[o] conceito de acesso ao direito é muito mais amplo e abrangente do que o simples acesso aos tribunais»<sup>49</sup>.

Implica, desde el principio, la representación legal gratuita para aquellos que no pueden pagar un abogado. El derecho es un área compleja del conocimiento. El dominio del derecho y de las metodologías y técnicas utilizadas en su interpretación y aplicación a los hechos concretos de la vida requiere una formación y una preparación que están fuera del alcance de los ciudadanos comunes. En el proceso judicial, se debe garantizar al ciudadano ordinario el derecho a ser asistido por un profesional especializado en la representación de sus intereses y derechos, el abogado<sup>50</sup>. Sin los medios financieros para sufragar el costo de esta representación y si no existiera un sistema público de asistencia jurídica capaz de satisfacer esta necesidad, no se podría garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia. Pero el apoyo al conocimiento de la ley no se limita a la representación legal, entendida en el sentido estricto del ejercicio del mandato forense. Comienza en una etapa más temprana y tal vez impide la resolución litigiosa de conflictos, tomando la forma del derecho a la consulta legal<sup>51</sup>. «La consulta jurídica - se refiere al concepto jurídico establecido en el párrafo 1 del artículo 14 de la Ley 47/2007, de 28 de agosto, que en el ordenamiento jurídico portugués concretó el imperativo de la CRP - consiste en una aclaración técnica sobre el derecho aplicable a cuestiones o casos concretos en los que hay intereses personales y legítimos o derechos propios lesionados o amenazados de lesión» Y el número 2 de ese mismo precepto añade: «[n]o âmbito da consulta jurídica cabem ainda as diligências extrajudiciais que decorram directamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada». Este punto complementario - reafirmando el carácter más amplio y completo de la garantía de acceso al derecho, en relación con la garantía de mero acceso a los tribunales - adquiere especial relevancia en el contexto de los medios de solución alternativa de controversias que también constituyen el centro de esta labor. Habida cuenta de esa disposición, puede admitirse que, en el ordenamiento jurídico portugués, la garantía de acceso a la ley no excluye el apoyo jurídico en el recurso a los medios extrajudiciales de solución de controversias, a saber, en el ámbito de la mediación de conflictos.

Más allá de la consulta sobre el marco jurídico de los casos concretos y el apoyo a su resolución, la idea general de acceso a la Ley también implica el derecho a la información jurídica de carácter abstracto, el acceso al conocimiento de las leyes que rigen la vida de los ciudadanos y la interpretación de éstas por los tribunales. Por ello debe entenderse que el libre acceso a las bases de datos de los diarios oficiales y a la jurisprudencia de los tribunales superiores (o al menos a la información simple y no tratada contenida en esas bases de datos) forma también parte del núcleo duro de garantías que implica el acceso al Derecho<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d., p. 32.

<sup>50</sup> Dado el carácter técnico y altamente especializado de los conocimientos jurídicos, junto con el indispensable desapego emocional que debe presidir la discusión de las cuestiones jurídicas, la representación legal, además de un derecho, puede constituir una imposición legal. El ciudadano no sólo tiene derecho a ser asistido por un abogado, sino que también puede, en determinadas circunstancias, tener que ser representado por un abogado ante un tribunal. Esta es la solución consagrada por la ley portuguesa, en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Limitada, sin que por ello se pueda considerar que se está alcanzando el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia, puede ser la libertad de elección del abogado, aunque siempre se debe reconocer el derecho a su libre sustitución en caso de un abuso de confianza justificado.

<sup>51</sup> «Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade» - consagra el artículo 20.º, número 2, de la CRP.

<sup>52</sup> La información sobre la legislación fiscal actualizada que, de conformidad con la legislación portuguesa, debe ponerse a disposición en el sitio web oficial de la Administración Tributaria

Además, la importancia que el ECHR da al derecho a la información y al conocimiento jurídico es tal que, en el caso *Pellegrini v. Italy*<sup>53</sup> se le criticó por no dar a conocer a la persona interesada los derechos y garantías que le corresponden: «[s]ince such assistance [of a lawyer] was possible, according to the Court of Cassation, even in the context of the summary procedure before the Ecclesiastical Court, the applicant should have been put in a position enabling her to secure the assistance of a lawyer if she wished. The Court is not satisfied by the Court of Cassation's argument that the applicant should have been familiar with the case-law on the subject: the ecclesiastical courts could have presumed that the applicant, who was not assisted by a lawyer, was unaware of that case-law. In the Court's opinion, given that the applicant had been summoned to appear before the Ecclesiastical Court without knowing what the case was about, that court had a duty to inform her that she could seek the assistance of a lawyer before she attended for questioning».

Por último, si no es legítimo privar a alguien del acceso a los tribunales por falta de recursos económicos o de conocimientos técnicos adecuados, también es ilegal denegar a alguien el acceso a la justicia por cualquier otra razón.

Graves y verdaderamente agudos en este contexto son los casos en que la denegación de justicia es absoluta y en que el acceso a los tribunales y la protección jurídica efectiva se deniegan simplemente, ya sea por medio de un estatuto privado de jurisdicción (por ejemplo, el caso de los soldados de una potencia nacional en misión en el extranjero cuando ésta se niega a juzgarlos por sus actos ilícitos o a admitir su reclamación ante los tribunales del país intervenido), ya sea por un conflicto negativo de jurisdicción que da lugar a un vacío que deja sin tutela una situación que cada una de las ordenanzas en conflicto, tomadas individualmente, no dejaría de asegurar. Un ejemplo de esto es el proceso *Roland Klausecker v. Germany*<sup>54</sup> cuando a un ciudadano alemán, residente en Alemania, se le negó el derecho a que su acusación de trato discriminatorio a un discapacitado en un concurso para un puesto en la Oficina Europea de Patentes fuera juzgada por un Tribunal Constitucional alemán, como entidad fuera de la jurisdicción alemana, se le negó la competencia de los tribunales alemanes para conocer de los actos del Presidente de la Oficina Europea de Patentes y el *Administrative Tribunal of the International Labour Organization* también se negó a examinar el caso, ya que su competencia se refería únicamente a los funcionarios de la Oficina Europea de Patentes y el solicitante sólo era un candidato a un puesto, aún sin la condición de funcionario de la institución.

La paradoja resulta del conflicto negativo de competencia generado por el doble estatus del funcionario en cuestión. Cualquiera de las dos jurisdicciones -la alemana y la de la *International Labour Organization* - habría resuelto fácilmente la cuestión y reivindicado su competencia para pronunciarse al respecto si se tratara de un asunto estrictamente interno del sistema jurídico alemán o de la Oficina Europea de Patentes. Ambas órdenes, recuperando la situación concreta, rechazaron la competencia respectiva, remitiendo la resolución del caso al vacío normativo donde la ley no puede tener lugar. Así, el principio general de que no puede haber derechos sin el correspondiente poder de acción judicial destinado a asegurarlos ha terminado por ser negado, tal como lo expresa el Código de Procedimiento Civil portugués en su ya citado artículo 2, número 2. En el caso de *Roland Klausecker v. Alemania*, no se garantizó (sino que se negó) el derecho reclamado por el demandante a recurrir

---

(cf. <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/home/Paginas/homepage.aspx>) es también una expresión del derecho de acceso a la información jurídica como elemento integrante de la garantía general de acceso a la ley.

<sup>53</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 20.07.2001 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59604>, website consultado en 2020-05-17.

<sup>54</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 06.01.2015 (Mark Villiger), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151029>, website consultado en 2019.05.18.

a un recurso judicial para asegurar su tutela. Se violó inequívocamente el derecho de acceso a la justicia.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR) no pudo encontrar una salida razonable, ya que no tenía jurisdicción sobre la Oficina Europea de Patentes y su oferta de superar la situación mediante el arbitraje parecía ser suficiente para eliminar la responsabilidad del Estado alemán como miembro de la organización.

Sin embargo, el caso muestra las limitaciones a las que se enfrentan infinitamente las instituciones jurídicas, por muy perfectas que pretendan ser. El acceso a la justicia nunca es un trabajo terminado. Plantea una vigilancia continua y un replanteamiento constante de los problemas. Los peligros que ponen en peligro el acceso a la justicia y su materialización concreta, traducida en la garantía de una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, son numerosos y a menudo imprevisibles. A continuación, trataremos brevemente algunos de estos riesgos.

## **2.4. Garantía de tutela efectiva del derecho**

La protección efectiva de la ley es el punto clave que justifica todas las garantías en las que se despliega el derecho fundamental de acceso a la justicia. Entendida como una garantía, la protección jurídica efectiva no es una garantía como las demás, sino una especie de meta garantía que las engloba y sintetiza todas.

La justicia no se logra en el nivel abstracto de los principios, sino en la vida concreta de los hombres. La tutela efectiva de la ley es el polo agregador de todo el programa axiológico que recorre el sistema jurídico de un estado de derecho, desde el momento inicial de la elaboración general y abstracta de la ley, hasta el momento final, del tránsito in res judicata de una sentencia que pone fin -dicho sea de paso- a un conflicto individual y concreto. La ley sólo se protege eficazmente cuando hay un juicio justo y equitativo en el que se aplica la ley correcta, segura y justa.

A continuación, desarrollaremos algunos aspectos estructurantes de la idea de protección jurídica efectiva, teniendo siempre presente, sin embargo, que no se lleva a cabo en plazos y que los principios que hemos expuesto aquí por razones metodológicas y de exposición solamente pueden separarse. La justicia es un todo más grande que la suma de sus partes.

### **2.4.1. El derecho a la información procesal administrativa**

En el punto anterior vimos que garantizar el acceso a la ley es un concepto más amplio que el simple derecho de acceso a los tribunales, incluyendo también, entre otros, el derecho a la representación legal y a la información jurídica. Hemos analizado allí algunas implicaciones contenidas en los requisitos formales que deben considerarse cumplidos para que el derecho a esa información jurídica se considere efectivamente cumplido. Sin embargo, este derecho va más allá y tiene una dimensión material que, por estar ya vinculada a la garantía de un juicio justo y equitativo que implica el concepto de protección jurídica efectiva, debe ser destacada.

De hecho, el derecho a la información jurídica ya no tiene una dimensión externa, previa a la iniciación de un proceso judicial en el que se sitúa el derecho general a la información, sino que en el ámbito material interno correspondiente a las condiciones propias del ejercicio de la acción judicial y de la eficacia del derecho en un proceso concreto, incluye también el derecho instrumental de acceso a la información y a los documentos administrativos necesarios o meramente convenientes para apoyar un derecho que el interesado desea hacer valer ante los tribunales<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Como no entran en el Artículo 6 de la CEDH, sino posiblemente en los Artículos 2 u 8, es decir, no se refieren directamente al derecho de acceso a la justicia, no consideramos aquí aquellas hipótesis en las que el derecho a la información es una condición para garantizar otros derechos fundamentales, como los derechos a la vida, la integridad física o la privacidad familiar. Así ocurrirá, por ejemplo, con el derecho de los ciudadanos (y el correspondiente

Piénsese, por ejemplo, en el derecho de un contratista que no ha podido cumplir el plazo contractual para la ejecución de una obra debido a niveles excepcionales de precipitaciones durante un invierno particularmente duro. Para justificar su incumplimiento ante el contratista, tiene derecho a ser informado por las autoridades oficiales con competencias en materia de meteorología sobre el promedio de precipitaciones durante el período en cuestión y su carácter excepcional. Asimismo, el promotor inmobiliario que desee impugnar judicialmente la denegación de una determinada operación urbanística debe exigir que se le dé acceso a los dictámenes en los que se basa la desaprobación de la licencia solicitada, sólo así podrá refutar los argumentos expuestos en los mismos, ejerciendo plenamente el derecho fundamental a un procedimiento contradictorio, sin el cual no hay una justa valoración del caso ni, en consecuencia, una protección efectiva de la ley.

Este aspecto del derecho a la información y al acceso a los documentos administrativos debe ser lo más amplio posible y no debe estar sujeto a límites distintos de los derivados de la necesidad de proteger los derechos de autor, los datos personales de terceros o las cuestiones relacionadas con el secreto de Estado, la seguridad nacional y la defensa. Incluso debería cubrir, desde nuestro punto de vista, la responsabilidad de los Estados por no recoger y almacenar información relevante para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, no podemos dejar de seguir el voto particular del juez R. Pekkanen en el caso *McGinley and Egan v. The United Kingdom*<sup>56</sup> en que el CEDH no consideró que se hubiera infringido el artículo 6 del CEDH, en una situación en que dos ex militares de servicio en el lugar de los ensayos nucleares no pudieron acceder a los informes que probaban su estado de salud, antes y después de esos ensayos, para evaluar el posible efecto de la exposición a las radiaciones en la pérdida de salud que ambos experimentaron años después. Estas pruebas no existían o en todo caso no estaban disponibles. Sin embargo, no se pueden descartar y su omisión es objetable y compromete el derecho de acceso a la justicia. Como el juez R. Pekkanen escribió en su voto particular, «*[t]he Government implied that that information did not exist. That would mean that the authorities had been grossly negligent in not gathering it. It is also possible that such information exists or did exist and that it has been deemed necessary to keep it secret or to destroy it. That would be even more serious. Whatever the case, the information should have existed and ought to have been communicated to the men concerned. As that did not happen, the respondent Government made it impossible for the applicants to assert effectively any rights they had before the relevant courts and deprived them of personal information which they had a "vital interest" in receiving. They cannot be criticised for not having used the procedure laid down in Rule 6 of the Pensions Appeal Tribunals Rules. The fact that there was such a procedure could not, in the instant case, suffice to satisfy the positive obligations that were incumbent on the State, under both Articles 6 and 8 of the Convention. The applicants had the right to be informed of all the consequences that their presence in the test area could have for them, including those it could have on their pensions. They had the right to know what might happen to them, without having to ask. There has, in our opinion, therefore been a violation of the rights recognised by Articles 6 and 8 of the Convention*».

La ley portuguesa establece en este plan un amplio derecho de acceso a la información y a los documentos administrativos, mediante la afirmación del principio general de administración abierta, consagrado en el artículo 2 de la Ley 26/2016, de

---

deber de los Estados) a una información correcta y actualizada sobre los datos pertinentes para prevenir y combatir la actual pandemia de Covid-19. Sobre el tema, cf. la Sentencia ECHD *Guerra and Others v. Italy* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 19.02.1998 (R. Bernhardt), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, website consultado en 2020-05-13).

<sup>56</sup> Sentencia EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS de 09.06.1998 (R. Bernhardt), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58175>, website consultado en 2020-05-13.

22 de agosto. «Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo» - Artículo 5 apartado 1 de esta ley. Las excepciones son sólo las previstas en el artículo 6 y abarcan esencialmente las situaciones de secreto de Estado e información clasificada, derechos de autor y derechos conexos y protección de datos personales de terceros. El acceso a los documentos meramente instructivos e instrumentales en relación con la práctica de un acto administrativo puede estar condicionado a la práctica efectiva de dicho acto, con la producción de los respectivos efectos externos en la esfera del interesado. De hecho, aparte de las situaciones excepcionales de relevancia penal (acusaciones calumniosas que conducen a la apertura de un expediente de investigación, por ejemplo), si no se lleva a cabo un acto administrativo, cualquier elemento preparatorio de tales actos se vuelve irrelevante.

#### **2.4.1.1. El derecho al conocimiento de los actos ilícitos alegados en la acusación penal**

En el contexto del derecho penal, dada la gravedad de sus sanciones -que incluyen la posible pérdida de un importante derecho fundamental, el derecho a la libertad- el derecho a la información merece ser mencionado, aunque sea muy brevemente, porque las garantías del acusado no son el objeto directo o indirecto de este estudio.

En términos penales, el derecho a la información es el derecho al conocimiento de los hechos (de todos los hechos) que se imputan a un acusado como un delito punible con pena de prisión. Aunque se consagra de manera autónoma en los párrafos 2 y 4 del artículo 5 del CEDH, en los casos de detención efectiva del sospechoso que cometió el delito, el derecho a conocer esos hechos es también un elemento esencial para garantizar el acceso a la justicia, incluso cuando el acusado no está sujeto a ninguna medida cautelar de seguridad que implique la privación de libertad. Por lo tanto, el CEDH se refiere a él de nuevo y lo reitera en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 6. Este derecho a conocer los hechos de una acusación es un corolario inmediato y necesario del derecho a la defensa y a ser escuchado. El acusado sólo puede defenderse de una acusación específica de la que tenga conocimiento. Sin esto, el derecho a un juicio penal justo no está garantizado (*fair criminal trial*).

La prueba de estas afirmaciones prescinde de consideraciones adicionales en este trabajo, que no pretende abordar las garantías de los acusados. Basta con añadir que el derecho al conocimiento de los hechos objeto de la acusación se aplica tanto a la acusación inicial como a cualquier cambio sustancial posterior en el objeto de la acusación. En este sentido (al menos en parte), el Tribunal de Apelación de Lisboa se pronunció el 7 de mayo de 2014 cuando, al concretar el concepto de "alteración sustancial de los hechos" establecido en los artículos 358 y 359 del Código de Procedimiento Penal portugués, aclaró: «não há alteração substancial dos factos em face da alteração das circunstâncias da execução do crime, e em que este ocorreu, (local, hora, modo de execução) e desde que tais circunstâncias não sejam elementos do tipo legal nem constituam outro factor "unitário". Já quanto à alteração substancial dos factos, esta só acontece quando os factos apurados venham a merecer qualificação diferente dos acusados, isto é, quando os crimes forem diversos. Também haverá alteração substancial dos factos quando a razão da qualificação como ilícitos dos factos acusados e apurados for a mesma, mas da alteração resultar agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis»<sup>57</sup>.

El Tribunal Constitucional portugués fue más allá al «julgar inconstitucionais as normas contidas nos artigos 358.º e 359.º do CPP, quando interpretadas no

---

<sup>57</sup> TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Sentencia de 07.05.2014 (Vasco Freitas) en <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, website consultado en 2020-05-21.

sentido de se não entender como alteração dos factos — substancial ou não substancial — a consideração, na sentença condenatória, de factos atinentes ao modo de execução do crime, que, embora constantes ou decorrentes dos meios de prova juntos aos autos, para os quais a acusação e a pronúncia expressamente remetiam, no entanto aí se não encontravam especificadamente enunciados, descritos ou discriminados por violação das garantias de defesa do arguido e dos princípios do acusatório e do contraditório, assegurados no artigo 32.º , n.os 1 e 5, da Constituição»<sup>58</sup>.

#### **2.4.2. Seguridad jurídica y seguridad en la elaboración y aplicación de las leyes**

Incluye la garantía de una tutela efectiva -aún, de alguna manera, en el ámbito del derecho a la información jurídica- los valores de certeza y seguridad, que son la idea misma del derecho y sin los cuales la justicia no es más que una aspiración piadosa vacía. En realidad, no existe un derecho a la información jurídica con reglas oscuras difíciles y variables de interpretar.

Las leyes deben ser claras, transparentes y de interpretación, en la medida de lo posible, simples y naturales. No basta con que la ley presuma -como se afirma en el párrafo 3 del artículo 9 del Código Civil portugués- que el legislador "ha podido expresar su pensamiento en términos apropiados". También es necesario que el legislador pueda expresar eficazmente su pensamiento en términos apropiados, teniendo siempre presente (además del evidente y seguro dominio del lenguaje del derecho y de las normas que emanan del legislativo) que el ordenamiento jurídico constituye un sistema y que la alteración de una de sus partes siempre repercute en el conjunto. Cambios legislativos apresurados y diseños mal preparados como respuesta inmediata a un caso específico de los medios de comunicación<sup>59</sup>, suelen dar lugar a contradicciones y lagunas que crean dificultades para interpretar y subsumir los hechos a la norma, lo que convierte la búsqueda de una solución justa y correcta en un laberinto inextricable de caminos despejados por la capacidad de argumentación retórica de los múltiples intérpretes, con absoluto perjuicio del principio de previsibilidad de las decisiones en que se basan los valores superiores de la seguridad y la certidumbre jurídicas.

Naturalmente, el legislador no puede pretender abarcar en la previsión legal todas las hipótesis que la infinita riqueza de la vida puede abarcar. El carácter general y abstracto de las leyes exige que éstas tengan la virtualidad de adaptarse a una serie de casos imprevistos e imprevisibles, postulando el recurso frecuente a conceptos indeterminados y cláusulas generales que no favorecen la certeza y la seguridad, pero que son inevitables para que el programa normativo se ajuste a una realidad múltiple, evolutiva y variable.

Sin embargo, es importante asegurar que el uso de estas técnicas legislativas difusas no sea la regla. Ese recurso sólo es legítimo cuando es estrictamente necesario. De lo contrario, se pone en peligro el conocimiento de las normas, que es una condición *sine qua non* del derecho a la información jurídica, y se garantiza plenamente el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Contradican esa necesidad, dificultades artificiales de interpretación de las normas, con un recurso excesivo, inapropiado e innecesario a cláusulas generales y conceptos indeterminados que, al generar una incertidumbre e inseguridad evitables e indebidas, limitan la garantía de acceso a una protección jurídica efectiva al negar el acceso a la información y al conocimiento jurídico. En este sentido, decidió, haciendo permanente la doctrina desde entonces, la sentencia *De Geouffre de la*

---

<sup>58</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) en <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, website consultado en 2020-05-21.

<sup>59</sup> Esto no es raro en Portugal.

*Pradelle v. France*<sup>60</sup>, declarando que se violaba el derecho de acceso a los tribunales y a la protección efectiva de la ley, consagrado en el art. 6 del CEDH, en un caso en el que la confusa legislación francesa, impregnada de conceptos indeterminados de aplicación y definición complejas, creaba dificultades para determinar la norma aplicable al cómputo de los plazos, incluso a los propios profesionales del derecho, como era el caso del Autor del caso y los jueces del tribunal. «*Au total, le système ne présentait donc pas une cohérence et une clarté suffisantes. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au Conseil d'État. Partant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)*» - concluye la sentencia.

Es de la misma idea de seguridad y certeza jurídica que también pone de relieve la necesidad de establecer en los Estados que deseen tener en la ley criterios uniformes para la interpretación y aplicación de las normas que garanticen la homogeneidad de su aplicación por los tribunales. Incluso los sistemas de tradición europea continental, sin la habitual norma de precedente vinculante, no pueden prescindir del establecimiento de mecanismos uniformes de jurisprudencia, so pena de que el derecho fundamental de acceso a la justicia, tal como se define en el artículo 6 del CEDH, sea una práctica judicial inestable o contradictoria. Así lo entendió también el ECHR en el caso *Lupeni Greek Catholic Parish v. Romania*, en el que se llegó a una conclusión inequívoca: «*the context in which the action brought by the applicants was examined, namely one of uncertainty in the case-law, coupled in the present case with the failure to make prompt use of the mechanism foreseen under domestic law for ensuring consistent practice even within the highest court in the country, undermined the principle of legal certainty and, in so doing, had the effect of depriving the applicants of a fair hearing*»<sup>61</sup>.

### **2.4.3. El principio de proporcionalidad y la cláusula de lo razonable**

El orden justo trae consigo la negación de la prepotencia y la arbitrariedad. Como enseña Baptista Machado<sup>62</sup> «em direito não existem poderes de exercício arbitrário», o que «significa desde logo que o critério da razoabilidade, ou o princípio geral da proporcionalidade e adequação, limita exteriormente a discricionariedade de todos os poderes, direito e liberdades mediante uma obrigação negativa universal que proíbe as condutas (ativas ou omissivas) abertamente contrárias à razoabilidade.»

Este principio se aplica plenamente en el ámbito de las garantías de acceso a la justicia y la protección jurídica efectiva.

No basta con reconocer la existencia abstracta de un derecho y declarar la posibilidad de recurrir a los tribunales para sostenerlo y defenderlo ante ellos. También es necesario que este enfoque no plantee obstáculos insuperables y dificultades artificiales que, en la práctica, terminen por hacer objetiva y materialmente imposible su defensa y hayan declarado el derecho que el sistema jurídico pretende reconocer formalmente.

Como está escrito en este contexto en la sentencia del ECHR en el caso *Zubac v. Croatia*, «*[t]he right of access to a court must be "practical and effective", not "theoretical or illusory" (...). This observation is particularly true in respect of the guarantees provided for by Article 6, in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.*

*However, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State, which regulation may vary in time and in*

<sup>60</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.1992 (R. Ryssdal), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, website consultado en 2019.05.18.

<sup>61</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 29.11.2016 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>, website consultado en 2020-05-13.

<sup>62</sup> BAPTISTA MACHADO, J. "A Cláusula do Razoável". *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.

*place according to the needs and resources of the community and of individuals (...). In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation. Whilst the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court, it is no part of the Court's function to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field. Nonetheless, the limitations applied must not restrict the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved»<sup>63</sup>.*

Por lo tanto, los obstáculos a considerar son todos aquellos que introducen limitaciones irrazonables, innecesarias e injustificadas al pleno ejercicio de un derecho reconocido. Cualquiera que sea su naturaleza.

Pueden consistir en condicionar el ejercicio del derecho al cumplimiento previo de un número elevado y desproporcionado de requisitos, difíciles de verificar y con inexplicables trámites burocráticos que, a la postre, se traducen en una verdadera negación del derecho protegido.

También pueden consistir en la violación del principio de la separación de poderes, con una intervención legislativa extemporánea y retroactiva destinada a retirar los efectos de una decisión judicial destinada a reconocer el derecho reivindicado. Esta fue la situación en el caso *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France*<sup>64</sup>, en el que el Gobierno francés trató de cambiar el significado de una decisión judicial mediante el ejercicio del poder legislativo a través de la promulgación de una ley retroactiva, con el fin de evitar los posibles efectos derivados de su aplicabilidad. En la práctica del Gobierno francés, la protección jurídica podría llegar a la etapa de su reconocimiento por los tribunales, pero no a la etapa de su ejecución forzosa, lo que en cualquier caso equivale a denegar la protección efectiva. Un derecho inaplicable es un derecho «teórico o ilusorio», para usar la expresión de la sentencia *Zubac v. Croatia* que se acaba de mencionar. En esta medida, es un derecho que no goza de la garantía de una tutela efectiva. Por lo tanto, es comprensible condenar al Estado francés en este caso.

La denegación de la tutela efectiva también puede derivarse de la imposición de plazos para el ejercicio del derecho que son tan rápidos que resultan imposibles de cumplir, lo que conduce a la pérdida o limitación del derecho que se desea ejercer. Aislada o combinada con la introducción de formalismos inútiles y artificiales, destinados únicamente a obstaculizar el ejercicio oportuno del derecho, esta práctica constituye también una forma inadmisibles de denegación del derecho fundamental de acceso a la justicia, en flagrante violación del artículo 6 del CEDH. Estos breves plazos pueden ser de carácter sustantivo (excesiva rapidez en la caducidad o en la prescripción de derechos) o de carácter meramente adjetivo, de procedimiento (por ejemplo, establecer plazos muy breves para la consulta de documentos complejos o para el ejercicio del derecho de defensa en procedimientos administrativos o judiciales). En cualquiera de los dos casos se producirá una violación del artículo 6 del CEDH, porque al ciudadano en conflicto con el Estado o a un tercero se le niega la oportunidad de litigar en igualdad de condiciones y con armas idénticas. En otras palabras, se le niega el derecho a una audiencia justa y equitativa de su caso.

Sin embargo, hay que reiterar que tal violación sólo existirá si las dificultades creadas son injustificadas, desproporcionadas e irrazonables. Razones considerables y atentas pueden justificar las limitaciones y restricciones al pleno ejercicio de los derechos y a la garantía estatal de su eficacia. Así lo entendió el ECHR en el caso de

<sup>63</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 05.04.2018 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821>, website consultado en 2020-05-14.

<sup>64</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 28.10.1999 (L. Wildhaber), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>, website consultado en 2020-05-15.

*Stefania Adorisio and others against the Netherlands*<sup>65</sup>, en el que se consideró legítimo limitar los derechos del Estado neerlandés en una situación urgente dictada por la necesidad de evitar los efectos sistémicos en la economía neerlandesa del colapso del banco SNS Bank N.V.

## 2.5. Garantía de tutela en tiempo razonable

«Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial...», proclama, para abrir su programa normativo, el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH.

En efecto, no hay justicia ni garantía de acceso a su cumplimiento si no se proporciona efectivamente y a tiempo la protección requerida de un derecho. La justicia correcta hecha fuera de tiempo es la injusticia correcta.

A veces la justicia puede ser lenta<sup>66</sup>. Su tiempo no corresponde al ritmo vertiginoso en que viven las sociedades contemporáneas. Pero la justicia debe hacerse para el tiempo de los hombres y no para la eternidad de los dioses.

En el equilibrio siempre inestable entre la lentitud de la justicia y las exigencias de una pronta respuesta a los imperativos de la vida moderna, que cambia constante y rápidamente, se encontrarán los medios adecuados para garantizar la bondad de la aplicación del Derecho, sin comprometer la certeza y la seguridad indispensables para las relaciones jurídicas, sin las cuales ni siquiera existe el Derecho.

La cuarta revisión constitucional portuguesa (de 1997) cambió el título del artículo 20 de «Acceso a la ley y a los tribunales» a «Acceso a la ley y a la protección judicial efectiva»<sup>67</sup>, así como los números 1 y 2, añadiendo tres nuevos (3, 4 y 5). El párrafo 4 del artículo 20 dice lo siguiente: «Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo».

Al añadir el párrafo 4 al artículo 20 de la CRP, se reconoció la preocupación por las no pocas violaciones del principio del plazo razonable, consagrado en el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH, que dieron lugar a una serie de procedimientos en el CEDH que culminaron con la condena de Portugal. En cuanto al texto adoptado por la Ley Constitucional nº 1/89, cabe mencionar el comentario que Gomes Canotilho y Vital Moreira hicieron al respecto en su momento: «O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações*

---

<sup>65</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 17.03.2015 (Luis López Guerra) en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153985i>, website consultado en 2020-05-19.

<sup>66</sup> Múltiples razones pueden explicar la lentitud de la justicia, sin excluir la necesidad de una reflexión cuidadosa de las decisiones, inherente a la prudencia que implica el arte de juzgar. En primer lugar, la progresiva toma de conciencia de sus derechos por parte de los ciudadanos (a lo que, en Portugal, no ha sido ajena la explosión de facultades y licenciados en derecho), con el crecimiento exponencial del número de casos judiciales, no acompañado de un crecimiento idéntico y proporcional de los tribunales y jueces. Análogamente, la extraordinaria complejidad de los sistemas sociales y sus necesidades de alimentación y retroalimentación (*input/output*) contribuyeron decisivamente a retrasar la respuesta de los sistemas judiciales a la protección efectiva y oportuna de los derechos. Y los grandes sistemas electrónicos desarrollados para responder a esta creciente complejidad no han introducido la simplificación de los procedimientos. Se han limitado (y se limitan) a gestionar esa complejidad de manera competente, lo que a menudo requiere nuevos *inputs* procedimentales, con un efecto acelerador y multiplicador en el propio gigantismo al que tienden los sistemas. La internacionalización y la globalización de la economía y de las relaciones comerciales, con el mantenimiento de los sistemas de acceso a la ley y a los tribunales, dictan también la necesidad constante de solicitudes de colaboración e intervención de organismos judiciales y de investigación extranjeros, que retrasan la evaluación de los casos y son también un factor determinante de los retrasos en la justicia. Sobre el tema, cf. ANACLETO COSTA, P. J., op. cit., pp. 37-40.

<sup>67</sup> Sobre el significado de la diferencia entre los dos encabezamientos y el carácter más amplio del derecho a la "protección judicial efectiva", en relación con el simple derecho de "acceso a los tribunales", véase supra, pág. 18.

*indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva»<sup>68</sup>. El derecho a una decisión rápida parece ahora inseparable del acceso a una protección judicial efectiva y no meramente formal. Al reproducir las disposiciones del artículo 6 del CEDH<sup>69</sup>, el artículo 20 de la CRP consagra expresamente este principio general de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. El derecho a una decisión dictada a su debido tiempo y sin demoras indebidas debe considerarse en su conjunto, teniendo en cuenta todo el período que va desde el momento en que se presentó la reclamación del ciudadano hasta el reconocimiento de un derecho y la garantía efectiva de su tutela. A estos efectos, no son aceptables las divisiones formales entre las etapas del procedimiento, a saber, entre el juicio en primera instancia y en una instancia de apelación, o entre las etapas declaratoria y ejecutiva. Si la acción declaratoria fue rápida en primera instancia, pero el juicio de una apelación o la ejecución de la reclamación reconocida al titular del derecho y la cosa juzgada se retrasó injustificadamente, no se garantizó la protección del titular del derecho en un plazo razonable.

La doctrina del CEDH, tal como se expone en su Guía sobre el artículo 6 del CEDH<sup>70</sup>, va (con razón) aún más lejos y aboga por que las fases administrativas o previas al litigio a las que ha dado lugar el proceso también se tengan en cuenta al contabilizar el tiempo para evaluar el carácter razonable del tiempo empleado para llegar a una decisión<sup>71</sup>.

Lo mismo se aplica a los procesos (como en el caso portugués, el proceso extrajudicial de inventario y partición, instruido ante notario público) realizados por la autoridad administrativa, pero bajo la supervisión de un tribunal que en cualquier momento puede ser llamado a pronunciarse sobre cualquier controversia que haya surgido entretanto. «Article 6 § 1 may also apply to proceedings which, although not wholly judicial in nature, are nonetheless closely linked to supervision by a judicial body. This was the case, for example, with a procedure for the partition of an estate which was conducted on a non-contentious basis before two notaries, but was ordered and approved by a court (...). The duration of the procedure before the notaries was therefore taken into account in calculating the reasonable time» - escreve-se, a este respeito, no Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)<sup>72</sup>.

Desde este punto de vista, cabe mencionar también el caso de la mediación preprocesal (ya sea voluntaria u obligatoria) a la que nos referiremos en las últimas páginas de este estudio. También debe tenerse en cuenta la duración de esta fase de mediación en el cálculo general de la decisión final, para medir el cumplimiento del deber de protección efectiva del derecho en un plazo razonable, contenido en la garantía fundamental de acceso a la justicia, consagrada en el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH y en el párrafo 4 del artículo 20 de la CRP.

<sup>68</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993., p. 163.

<sup>69</sup> Cuya validez en el ordenamiento jurídico portugués resultaría ya de los artículos 8, nº 2 y 16, nº 1 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976.

<sup>70</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, disponible en la web [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), consultado en 2020-05-23.

<sup>71</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79: «[a]s regards the starting-point of the relevant period, time normally begins to run from the moment the action was instituted before the competent court (...), unless an application to an administrative authority is a prerequisite for bringing court proceedings, in which case the period may include the mandatory preliminary administrative procedure».

<sup>72</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79, § 405.

## 2.6 Asegurar la prevalencia de la sustancia sobre la forma

La garantía de acceso a la justicia presupone que el interesado no ve su legítima reivindicación perjudicada por un exceso de formalismo procesal cuyo incumplimiento, aunque sea de escasa relevancia material, conduce a la denegación definitiva de la justicia que se pretende.

En cierto modo, la garantía de la prevalencia de la sustancia sobre la forma está contenida en las condiciones indispensables para la protección efectiva de la ley e integra los respectivos presupuestos a los que, de hecho, como hemos señalado<sup>73</sup>, se renueva todo el problema del derecho fundamental de acceso a la justicia.

En esencia, el excesivo formalismo que impide el reconocimiento definitivo de un derecho no es más que una forma más de obstáculo y de dificultades desproporcionadas e injustificadas que se pueden plantear a los ciudadanos en el proceso de defensa de sus derechos y que incluyen la violación de la cláusula razonable antes mencionada, en el epígrafe 2.4.3. Su consideración autónoma en este subcapítulo se deriva de su naturaleza intraprocesal. El tipo de obstáculos que ahora consideramos no se refieren a las condiciones mismas de constitución o mantenimiento del derecho que se quiere hacer valer (no se refieren, por ejemplo, a un extenso y complejo proceso burocrático que hay que cumplir para obtener una pensión de un sistema de protección social o a una recopilación casi imposible de documentación extensa, indispensable para hacer la prueba anual de vida que condiciona la no pérdida de esa pensión). Son más bien las propias formalidades procesales las que deben ser completadas y respetadas, para que la acción en la que se materializa la protección judicial solicitada pueda progresar y concluirse con éxito.

Las consideraciones anteriores también se aplican aquí. Sólo son admisibles las formalidades razonables cuya consagración legal cumpla un objetivo preciso, dotado de sentido y necesario para la búsqueda de un valor que también debe ser salvaguardado. Las formalidades inútiles, excesivas, sin justificación o destinadas únicamente a desalentar a los interesados en defender sus derechos constituyen siempre un marco de denegación de justicia.

En una sentencia reciente, en el asunto *Dos Santos Calado et autres v. Portugal*<sup>74</sup>, el Estado portugués fue condenado con razón por haber adoptado formalidades excesivas que condujeron a la violación del párrafo 1 del artículo 6 del CEDH, en un recurso que el Tribunal Constitucional portugués rechazó de plano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75-A de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aprobada por la Ley nº 28/82, de 15 de noviembre, por basarse en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 70 de la misma ley, cuando debería haberse basado en el apartado f) de dicha disposición legal.

*«Aux yeux de la Cour, une telle approche est excessivement formaliste (...). Si la réglementation des formalités de recours poursuit un but légitime, à savoir la bonne administration de la justice, d'autant s'agissant du Tribunal constitutionnel, l'interprétation particulièrement stricte de l'article 75-A de la LOTC suivie en l'espèce a restreint de façon disproportionnée le droit de la requérante à voir son recours tiré d'une illégalité normative examiné au fond. Elle n'a donc pas pu se prévaloir d'une voie de recours que lui offrait le droit interne par rapport à la question litigieuse.*

*À titre subsidiaire, faisant droit à l'argument de la requérante, la Cour est d'avis que, à défaut de pouvoir requalifier son moyen de recours, le Tribunal constitutionnel aurait pu l'inviter à corriger l'omission en cause, comme le prévoyait l'article 75-A § 5 de la LOTC vu que la question litigieuse tirée d'une illégalité normative ressortait, en substance, de façon claire et évidente du mémoire en recours de la requérante.*

<sup>73</sup> Cf. supra, página 18, apartado 2.4.

<sup>74</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020 (Paul Lemmens), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202123>, consultado en 2020-05-23.

*Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du défaut d'accès de la requérante à un tribunal»<sup>75</sup>.*

## **2.7. Garantía de publicidad**

"El juicio debe ser público" - también dice el artículo 6 en su apartado 1 del CEDH.

Por su propia naturaleza, la justicia no puede ser secreta y su administración - como cualquier administración en una sociedad democrática - debe estar sujeta al escrutinio de la opinión pública, en particular de la opinión pública calificada que es, a estos efectos, la comunidad de abogados, por no hablar de la comunidad académica. Se trata de una exigencia del principio de transparencia y, al mismo tiempo, de una garantía para los sujetos procesales que escapan así a los intentos de posibles maniobras ocultas que comprometen la imparcialidad y la exención con que se deben tomar las decisiones y, por otra parte, exentos de toda sospecha de menor independencia que se pudiera depositar en el juez.

Además del juicio, en sentido estricto, la mayoría de las fases del proceso judicial deberían, por lo tanto, en principio, ser abiertas, al menos cuando no estén en juego las relaciones entre particulares, privadas en esencia. Y se abren de dos maneras distintas.

El procedimiento debe estar abierto a las partes, en el sentido de que no se les debe ocultar nada y de que todos los elementos del procedimiento deben tener acceso a ellos, de modo que tengan pleno conocimiento de todos los hechos, documentos y circunstancias pertinentes para la correcta organización de la defensa, con derecho a una audiencia contradictoria incondicional e ilustrada, sin las sorpresas que se derivan de datos superpuestos cuya ocultación o revelación tardía impide el ejercicio mínimo y consciente del derecho a hacer una declaración. Desde esta perspectiva, el procedimiento abierto es especialmente relevante en el ámbito del derecho penal, ya que aplica y amplía los mismos requisitos ya expresados anteriormente, en el epígrafe 2.4.1.1, en relación con el derecho al conocimiento de los hechos ilícitos alegados contra un acusado. Su declaración constituye la negación exacta del procedimiento secreto en uso en el antiguo Tribunal del Santo Oficio o característico de los procesos políticos de los estados totalitarios. En cualquier caso, aunque es de suma importancia en los procedimientos penales, en los que está en juego el derecho fundamental a la libertad, su alcance se extiende a todos los procedimientos, cualquiera que sea su naturaleza. Sin publicidad y apertura a las partes, sin la posibilidad de acceso sin restricciones a todos los elementos que constituyen la base del procedimiento, no hay garantía suficiente de acceso a la justicia.

Pero el caso debe ser abierto, también en lo que respecta al libre acceso del público en general a su conocimiento y a la posibilidad de vigilar sus etapas, en particular la del juicio. Sin embargo, en este caso, otros valores de igual o mayor relevancia -a saber, los valores relativos a la seguridad de las personas, la salvaguardia del interés nacional, la paz pública, la protección de los menores o la privacidad e intimidad de los ciudadanos- pueden dictar límites o restricciones al principio general de publicidad del proceso, como garantía de acceso a la justicia.

Como siempre, la línea divisoria entre la restricción lícita e ilícita es la negación de la discreción y el voluntarismo en la imposición de límites y excepciones a la regla de la naturaleza pública, abierta y transparente de la justicia. Tales excepciones deben ser invariablemente necesarias, mínimas, debidamente justificadas y adecuadas al fin superior para el que se justifican.

Se deben tomar precauciones especiales en los casos que implican relaciones entre un individuo y el Estado. Si la defensa de la esfera privada y de la

---

<sup>75</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020, cit., §§ 123.º a 125.º

intimidad del individuo puede justificar a menudo un carácter más o menos reservado del caso, sólo excepcionalmente - cuando la seguridad nacional o la paz pública, por ejemplo, están en juego - puede considerarse justificada tal reserva, en nombre de los intereses del Estado sujeto. La sentencia del ECHR en el asunto Moser v. Austria<sup>76</sup>, en el que se hizo una distinción entre la relación procesal subyacente al caso en cuestión (entre un particular y el Estado) y otros casos que fueron objeto de una decisión judicial anterior en la que, debido a que estaban en juego relaciones estrictas entre particulares, este último era menos exigente en cuanto a la admisibilidad de las restricciones al principio de publicidad: «*the case of B. and P. v. the United Kingdom concerned the parents' dispute over a child's residence, thus, a dispute between family members, i.e. individual parties. The present case concerns the transfer of custody of the first applicant's son to a public institution, namely the Youth Welfare Office, thus, opposing an individual to the State. The Court considers that in this sphere, the reasons for excluding a case from public scrutiny must be subject to careful examination. This was not the position in the present case, since the law was silent on the issue and the courts simply followed a long-established practice to hold hearings in camera without considering the special features of the case. Having regard to these considerations, the Court finds that lack of a public hearing was in breach of Article 6 § 1 of the Convention*»<sup>77</sup>.

Por último, el carácter público del proceso abarca también la divulgación de las decisiones judiciales, permitiendo así su escrutinio por parte de la opinión pública y el debate doctrinal en torno a la interpretación de las normas aplicadas y su buena fundamentación, contribuyendo así al proceso de formación de las corrientes jurisprudenciales, crucial para el establecimiento de líneas de previsibilidad del significado de las decisiones, esenciales para la certidumbre y la seguridad del tráfico jurídico.

### **2.8. Garantía de ejecutabilidad**

Por último, cabe señalar una nota muy breve sobre la necesidad de hacer ejecutables las decisiones de los tribunales.

Como es evidente, no tiene sentido un juicio justo dictado por la autoridad competente si el Estado no pone a la fuerza pública al servicio de la garantía de la ejecutoriedad de estas decisiones. Sólo esta garantía justifica que el Estado se haya llamado a sí mismo a la realización del justo orden de valores, imponiendo la heterotutoría de los derechos y sustituyendo el primitivo sistema de venganza privada y auto-tutela de éstos.

Las decisiones de los tribunales no son proclamas piadosas destinadas a consolar el sentido de la justicia de los ciudadanos a los que se dirigen. Una vez que se han convertido en res judicata, constituyen órdenes con una fuerza vinculante general que el sistema jurídico debe hacer cumplir y ejecutar, poniendo a disposición para ello los medios coercitivos que puedan resultar necesarios para perseguir tal deseo.

Una justicia «sobre el papel», sin la garantía de una ejecución efectiva de las decisiones judiciales, será siempre una justicia falsa que, en lugar de serlo, consistirá siempre en su negación.

### **3. El derecho fundamental de acceso a la justicia y las modalidades de solución alternativa de controversias**

El recorrido concluye con los supuestos que implica una garantía real y genuina de acceso a la justicia; analizando, aunque sea brevemente, a la luz de las

<sup>76</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 21.09.2006 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76956>, website consultado en 2020-05-19.

<sup>77</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 21.09.2006, cit., §§ 97 e 98.

concepciones jus-políticas y jus-filosóficas que fundamentaron la modernidad, el marco del artículo 6 del CEDH y su equivalente interno en el derecho fundamental portugués, el artículo 20 de la CRP, concluiremos el presente trabajo con el análisis de los límites que tales preceptos imponen al uso de nuevas modalidades de Resolución Alternativa de Controversias (*Alternative Dispute Resolution*, en el nombre anglosajón cuyas siglas, ADR, adoptamos), con las que tratamos de atajar los problemas generados por la progresiva toma de conciencia de los derechos individuales (y, cuántas veces individualistas) y la respectiva denuncia tutelar potestativa, con la consiguiente explosión de los procedimientos judiciales, el hundimiento de los tribunales clásicos y el crecimiento incontrolado del tiempo medio de resolución de las controversias, con decisiones finales a menudo ineficaces, porque, como hemos visto, la justicia efectiva - la justicia que es realmente «justa» - tiene que llevarse a cabo a tiempo<sup>78</sup>.

Nos centraremos en particular en el problema de la mediación preprocesal obligatoria, porque es allí donde se plantea de manera verdaderamente aguda la cuestión de su compatibilidad con la garantía de acceso a la ley y la protección efectiva de los derechos, mediante el recurso a los tribunales. No más (o no tanto) en las formas de arbitraje o de juicios de paz que, a nuestro juicio, con especificidades y particularidades que (dada la amplitud de la materia y la profundidad que requiere) muy brevemente se han mencionado anteriormente<sup>79</sup>, no dejan de integrar el sistema de instituciones a las que, en el orden constitucional portugués (cf. art. 209, nº 2), se atribuye competencia para, con independencia e imparcialidad, componer los desacuerdos y resolver las controversias, pronunciando decisiones que se imponen a las partes en desacuerdo. En otras palabras, no dejan de ser verdaderos tribunales, a los efectos de lo que debe entenderse como tal en la teleología de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

Continuaremos con el análisis de la posibilidad jurídica de imponer una etapa previa de mediación obligatoria, condición *sine qua non* para el recurso posterior a los tribunales, para la protección efectiva de un derecho, concluyendo positivamente sobre la posibilidad de dicha imposición, sin perjuicio de la viabilidad de establecer una carga (según lo dispuesto en el art. 533 El Código de Procedimiento Civil portugués) que, dentro de los límites del principio de proporcionalidad, promueven la resolución extrajudicial de los conflictos, contribuyendo así a la paz social y al saneamiento y descongestión de los tribunales, mediante el uso de canales institucionalizados de ADR.

### **3.1. El derecho de acceso a los tribunales y la mediación preprocesal obligatoria**

Como hemos visto en las páginas anteriores, no es ninguna limitación del derecho de acceso a los tribunales lo que en sí mismo constituye una violación de los preceptos del CEDH y de la CRP que proporcionan esta garantía. Lo que importa, lo único que importa, es que toda limitación o condición al respecto tenga una razón legítima, estrictamente necesaria, mínima, razonable y adecuada para la consecución de los fines que la justifican y no conduzca a la creación de barreras artificiales y arbitrarias como para negar ese derecho en sí mismo.

Es en el marco así esbozado que debe considerarse y evaluarse el problema moderno de la mediación preprocesal obligatoria, como paso preliminar esencial para la posibilidad de una protección efectiva de los derechos mediante el recurso a un tribunal.

---

<sup>78</sup> Sobre las razones del uso progresivo de los ADR, cf. MEIRELES NOGUEIRA, M. D. O contributo da mediação para a paz social: a importância de se considerar a sua obrigatoriedade, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, pp. 1-4.

<sup>79</sup> Cf. supra, pp. 10 y siguientes.

¿Esta mediación obligatoria infringe la garantía de acceso a los tribunales y la protección efectiva de la ley, postulada por los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP?

¿O, por el contrario, la mediación necesaria, que apunta a valores igualmente dotados de dignidad constitucional, sigue siendo compaginable como una limitación tolerable del derecho fundamental de acceso a los tribunales, subsumido, como tal, en el marco coordinador e integrador de los párrafos 2 y 3 del artículo 18 de la CRP?

Recordemos que estamos ahora – al contrario de lo que sucede con el funcionamiento de los tribunales de arbitraje y de paz, previamente analizados – completamente fuera de los muros de la actividad judicial.

La mediación tiene como objetivo la composición extrajudicial de un conflicto, a través de la composición amistosa. Es un medio. No es un fin. No culmina en una decisión externa y heterogénea que se impone a las partes, como una sentencia. Culmina con la eliminación y la superación del conflicto, mediante el acercamiento voluntario de las partes o la declaración de su fracaso.

Se trata de determinar si la imposición de este necesario *intermezzo* en el camino hacia la resolución judicial de un conflicto, al poner un obstáculo adicional a este proceso, viola la garantía de acceso a los tribunales y la protección efectiva de los derechos.

También hay que recordar que la cuestión sólo se plantea en el ámbito de la mediación obligatoria o necesaria. Sin embargo, no para la mediación voluntaria. Estamos en el pleno dominio de la autonomía del ciudadano, en el ámbito de la voluntad individual soberana, donde la personalidad se afirma ya sea a través de «liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral os interesses próprios»<sup>80</sup>.

En cualquier caso, ya sea voluntaria u obligatoria, la mediación es un intento de responder a lo que varios autores han llamado la crisis de la justicia. «Há crise quando os prazos razoáveis, ainda para mais os legais e explícitos, não são respeitados... Há crise quando a sociedade procura a justiça para resolver os seus problemas, mas nela não encontra por falta de atualização, de meios ou de experiências, a prontidão de que necessita. Há crise quando as mudanças sociais, rapidíssimas nestas últimas décadas, criam novos comportamentos, novas necessidades, novos padrões de atividade e até novos valores, mas não são acompanhadas no âmbito da justiça, por uma atualização suficiente dos seus métodos de trabalho e da sua organização»<sup>81</sup>.

En este contexto surge la necesidad de una reforma de la justicia, que debe basarse en la promoción de nuevas soluciones de rapidez, proximidad y participación activa de los ciudadanos. De esta manera, aparece una necesidad de desjuridificación «que numa perspetiva analítica devemos classificar em três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização»<sup>82</sup>. La informalización está en la génesis del movimiento ADR, postulando la justicia alternativa o informal y desarrollando la idea de consenso como modelo paradigmático. Como afirma Ietswaart «[a] noção de desjudicialização é a base ideológica de transferência de certas categorias de litígios cíveis, bem como de problemas de natureza penal para instituições parajudiciais ou privadas existentes ou a criar em substituição dos tribunais judiciais»<sup>83</sup>. Como resultado de esta transferencia de competencia a operadores no judiciales, están surgiendo nuevos profesionales en la gestión y resolución de conflictos, como los mediadores. Y si esta desjudicialización conduce a la transferencia de la competencia en materia de resolución de litigios a esta, en ese momento, nueva profesión (la de mediador), el origen del movimiento ADR se

<sup>80</sup> MOTA PINTO, C. A. Teoria Geral do Direito Civil, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1983., p. 42.

<sup>81</sup> BARRETO, A., "Crises da Justiça". Justiça em Crise, Crise da Justiça, (Org.) A. Barreto, Dom Quixote, Lisboa, 2000, pp. 16-17.

<sup>82</sup> PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. Por Caminhos da Reforma da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003., p. 28

<sup>83</sup> Ietswaart apud PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P., op. cit., p. 40.

encuentra en la idea de la justicia alternativa o informal. Se requería el libre acceso a la justicia<sup>84</sup>, y en el decenio de 1960 la solución alternativa de controversias se extendió más allá de los Estados Unidos, Brasil, Argentina y a Europa.

En los EE.UU., el movimiento ADR se ha desarrollado con notable rapidez, con la ayuda de la Asociación Americana de Abogados (ABA), el Congreso y numerosos estudiantes universitarios. La *Civil Rights Act* de 1964 introdujo una mayor protección de los derechos individuales contra la discriminación racial y sexual y la discriminación basada en la nacionalidad de origen. De esta manera, para garantizar estos derechos de ciudadanía, se incrementó el recurso a los tribunales, cuestionando la celeridad de la acción respectiva. Era necesario buscar nuevos medios para resolver las controversias, en particular con preferencia por la autocomposición. En 1990, la *Civil Justice Reform Act* permitió incluso a los tribunales federales adoptar ciertos tipos de ADR. En 1998, la ADR Act, permitió a los *district courts* establecer programas de solución alternativa de controversias y, en el marco de éstos, enumeró la mediación como un medio apropiado.

En el contexto de la Unión Europea, la Comisión Europea también ha prestado atención a los medios de resolución alternativa de conflictos. En 1998 trató de fomentar la solución de las controversias en materia de consumo en una etapa previa al litigio presentando una comunicación titulada "Solución extrajudicial de las controversias en materia de consumo". En 2002 presentó el "Libro Verde sobre métodos alternativos de solución de controversias en el derecho civil y comercial". En 2008 le tocó al Parlamento Europeo y al Consejo promover el refuerzo de la mediación mediante la Directiva 2008/52/CE. Y si bien es cierto que esto se refería a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y comercial sólo para las controversias transfronterizas, el hecho es que el legislador portugués llegó a adoptar tales normas para todas las mediaciones de carácter civil y comercial que tuvieron lugar en su territorio.

Estamos, de hecho, de vuelta al punto de partida. El problema de la mediación como posible elemento condicionante o limitador del derecho de acceso a los tribunales sólo se plantea, en principio, para la mediación preprocesal obligatoria (y, posiblemente, en los términos que analizaremos más adelante, para la mediación inducida). No para la mediación voluntaria donde, como hemos visto, sólo se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad. Y fue el modelo de mediación voluntaria que el legislador portugués eligió como norma.

Definida en el artículo 2, apartado a) de la Ley 29/2013, de 19 de abril (que denominaremos LM), la mediación se caracteriza, como ya se ha dicho, por ser voluntaria (artículo 4 de la LM), confidencial [artículos 5, 18, apartado 3, 26, apartado d) y 28 de la LM], «flexível...criativa e concertada, [r]ápida e económica»<sup>85</sup>. Se basa en la idea de que es más probable que las partes cumplan un acuerdo al que han llegado por su cuenta que una decisión externa que se les imponga. Entre las ventajas de la mediación se suele destacar: «a minimização do desgaste emocional, dos custos económicos e da conflitualidade social... a redução, de forma significativa, do tempo médio de resolução do conflito... o preservar do carácter confidencial do conflito, ao limitá-lo aos litigantes e mediador, promovendo assim um ambiente de intimidade entre os intervenientes... fomentando a melhoria do relacionamento interpessoal e intergrupais; o de basear-se no princípio de que todos os participantes... ganham com o acordo final»<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> DIAS VARGAS, L. Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça, Almedina, Coimbra, 2006, p. 42.

<sup>85</sup> WILDE, Z.; GAIBROIS, L. M., O que é a mediação, Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, s. l., 2003, pp. 64-65.

<sup>86</sup> RODRIGUES DA SILVA, F. P. Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006, p. 52.

Ante estas ventajas incuestionables, la pregunta es precisamente ésta: ¿debe la mediación, como medio de solución alternativa de controversias, descansar siempre en la voluntad absoluta de las partes de recurrir a ella, o no debe ser inducida o incluso, en algunos casos, impuesta en una etapa preprocesal?

La cuestión así planteada se reduce generalmente a lo que es el objeto central de la presente obra: en un sistema de mediación obligatoria, ¿puede ponerse en tela de juicio el derecho de acceso a los tribunales?

Esto ha sido considerado, por ejemplo, en el Reino Unido por el *Court of Appeal (Civil Division)* del *Supreme Court of Judicature* en el caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*. En ese fallo, el tribunal inglés sostuvo que «obligar a las partes, que genuinamente a isso se opõem, a submeter o litígio à mediação seria impor-lhes uma obstrução inaceitável ao direito de acesso aos tribunais»<sup>87</sup>.

Pasaremos ahora al hecho de que esta tesis parece implicar la confusión de dos problemas distintos. Una cuestión es si, al otorgar al individuo plena soberanía y control sobre su propia voluntad, es lícito imponerle un proceso de mediación que rechaza absolutamente y que, con toda probabilidad, acabará siendo una pura pérdida de tiempo, ya que la parte interesada, en todo caso, rechaza la composición amistosa del litigio. Otra cuestión, completamente diferente, es si la medida obligatoria, impuesta como etapa preprocesal imperativa antes de recurrir a los tribunales, constituye, en sí misma y por sí misma, una limitación del derecho a tal recurso.

Claramente, no lo hace. Este podría ser un posible efecto, derivado de una regulación que, al imponer una mediación preprocesal obligatoria, al mismo tiempo que limita, excluye o crea obstáculos insuperables, desproporcionados e innecesarios al derecho de acceso a los tribunales, llegando al núcleo esencial de este derecho. Piense, por ejemplo, en un sistema en el que los costos de esta mediación no se incluyan en el sistema de asistencia jurídica y deban ser sufragados por los obligados a mediar, aun cuando no tengan los medios económicos para hacerlo.

Sin embargo, no es un efecto necesario, implícito en la idea misma de la mediación preprocesal obligatoria. Como afirma Mariana França Gouveia, «...se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição impeça efectivamente o exercício do direito.

Ora, não é de todo isto que está em causa quando se institui a obrigatoriedade da mediação. Pelo contrário, a intenção não é dificultar o exercício dos direitos, mas a oposta, a de aproximar a Justiça ao cidadão»<sup>88</sup>.

Por eso también tenemos otros autores como Dorcas Quek más cerca de la razón por la cual «o acesso aos tribunais não é negado ao indivíduo uma vez que a mediação obrigatória não funciona em vez do recurso aos mesmos. Ao invés, o acesso aos tribunais só é retardado no tempo dado que as partes gozam da liberdade de prosseguir a litigância acaso a mediação falhe»<sup>89</sup>.

El derecho de acceso a la justicia no se pone en entredicho en modo alguno por la posible imposición de una antecámara imperativa para la mediación. Es evidente que, si no se llega a un acuerdo, las partes siguen teniendo el derecho inalienable de acudir a los tribunales. Lo que la mediación hace en última instancia es ayudarlos a liberarse para resolver otros casos. En última instancia, incluso reforzaría el derecho a una protección judicial efectiva en un plazo razonable, es decir, aumentando y no disminuyendo la garantía que el derecho fundamental previsto en el artículo 6 del CEDH quería consagrar.

---

<sup>87</sup> SUPREME COURT OF JUDICATURE. COURT OF APPEAL. Sentencia de 11.05.2004 (Lord Justice Dyson), en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>, website consultado en 2019.05.20.

<sup>88</sup> FRANÇA GOUVEIA, M. Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 69.

<sup>89</sup> QUEK, D. "Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 11, number 479, 2010, p. 486.

Pero seamos razonables: sólo así será, como se acaba de mencionar, si la mediación preprocesal (obligatoria o inducida) no trae consigo escollos innecesarios y desproporcionados que terminan constituyendo una verdadera limitación inaceptable del derecho de acceso a los tribunales.

La mediación preprocesal obligatoria no es de hecho un sistema hermético, uniforme y definitivo. Comprende gradaciones que pueden ir desde la imposición absoluta de una fase de mediación previa (mediación preprocesal obligatoria, en sentido estricto) hasta la simple inducción no positiva de dicha mediación, mediante la creación de ventajas para quienes recurren a ella o el establecimiento de una carga para quienes renuncian a ella (mediación preprocesal inducida).

Por lo tanto, no tenemos, por un lado, sistemas de mediación voluntaria y, por otro, sin nada entre los dos, sistemas de mediación preprocesal obligatoria. Es en los cambios concretos entre ambos modelos (teniendo la certeza de que en el modelo de mediación voluntaria nunca se cuestiona, como hemos visto, ninguna restricción del derecho de acceso a los tribunales) donde encontraremos los límites de lo que contiene y no perjudica, en modo alguno, la esencia del derecho fundamental de acceso a la justicia y lo que ya va más allá de ese límite, erigiéndose en una violación intolerable de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

La acción voluntaria no es un principio sacrosanto que no pueda ser derogado, de lo contrario se violará la garantía de acceso a los tribunales<sup>90</sup>.

Se ha entendido<sup>91</sup> que el principio de voluntariedad se divide en cuatro dimensiones: libertad de elección, traducida en consentimiento expreso; libertad de abandono; conformidad del acuerdo y libertad de elegir el mediador.

Es en la modulación de cada una de estas dimensiones donde se evaluará la intensidad de la premediación obligatoria y su grado de compatibilidad o incompatibilidad con el derecho de acceso a los tribunales.

Cabe señalar de entrada que en la mediación obligatoria puede seguir existiendo una lista de mediadores entre los que las partes pueden elegir libremente el que prefieran. En cuanto a la configuración del acuerdo, dicho sistema sigue respetando plenamente la voluntad de las partes: el hecho de que se alcance o no el acuerdo depende exclusivamente de su voluntad. La posibilidad de abandonar la mediación en cualquier momento carece de sentido si no se entiende en estrecha relación con la libertad de obtener o no el acuerdo. En nuestra opinión, esto es relevante. Básicamente, en un sistema de mediación obligatoria sólo se impondrá el método de resolución de conflictos. Nunca el acuerdo en sí mismo. De esto se puede concluir que «o princípio da voluntariedade tem como consequência que a mediação não seja um *substituto* dos tribunais, mas uma via *complementar*... as partes... controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o seu próprio problema»<sup>92</sup>.

En este sentido, el ECHR decidió en el caso *Momčilović v. Croatia*<sup>93</sup> en el que consideró que no violaba el artículo 6 del CEDH, el requisito del derecho croata de imponer una fase preliminar obligatoria de mediación con el *State Attorney's Office* (equivalente a la Fiscalía General de Portugal) ante los tribunales, en el caso de una demanda contra el Estado por daños y perjuicios por un acto ilícito de un soldado al servicio de sus fuerzas armadas.

Las dificultades sólo surgen realmente, se insiste, cuando la imposición del recurso a la mediación preprocesal obligatoria o a la mediación inducida va

<sup>90</sup> En Alemania y los Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia no vio ninguna incompatibilidad con las respectivas Constituciones en la existencia de un sistema de mediación preprocesal obligatoria.

<sup>91</sup> LOPES, D.; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra 2014, pp. 28-29.

<sup>92</sup> LOPES, D.; PATRÃO, op. cit., p. 29.

<sup>93</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 26.03.2015 (Isabelle Berro), in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>, website acedido em 2019.05.18.

acompañada de soluciones u omisiones legislativas que comprometen el núcleo esencial de la garantía de protección efectiva de la ley, negándola en última instancia.

Este sería el caso, por ejemplo -además de la hipótesis ya mencionada de un aumento desproporcionado de los costos de la mediación, que deben ser sufragados obligatoriamente por las partes- si la imposición de la mediación preprocesal obligatoria no suspende los plazos de prescripción y caducidad (especialmente cuando son cortos), con el resultado de que una parte interesada se ve obligada a aceptar un acuerdo mediado que no deseaba, a riesgo de perder el plazo para el ejercicio judicial del derecho que quería reclamar.

¿Es esta también la solución del párrafo 4 del artículo 533 del Código de Procedimiento Civil portugués, cuando establece que el «autor que, pudiendo recurrir a estructuras de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio»?

Creemos que no.

Y creemos esto, no porque, en las circunstancias, no estemos ante un caso de mediación preprocesal obligatoria, sino ante una simple mediación inducida, mediante el establecimiento de la carga, impuesta al autor, de recurrir a la mediación, antes de acudir a los tribunales, bajo pena de tener que soportar las costas del proceso, incluso si se gana la acción. Como hemos visto, más que la pertinencia de esta distinción, lo que cuenta son los obstáculos y las trabas planteadas a la posibilidad de acceso a los tribunales que, por ser innecesarios, desproporcionados, injustificados y llegar al núcleo esencial de ese derecho fundamental, excederían los límites de restricción establecidos en el artículo 18 de la CRP e implicarían la violación de los artículos 20 y 6 del CEDH.

Sin embargo, en nuestra opinión, en la hipótesis jurídica del artículo 533, nº 4 del Código de Procedimiento Civil portugués, esto sólo ocurriría en una interpretación de este precepto legal que negara al autor que no recurriera a las estructuras de ADR, pudiendo hacerlo, el beneficio del acceso a la Ley, imponiendo el pago efectivo de las costas, incluso en los casos en que estuviera legalmente en condiciones de beneficiarse de su exención, por falta de medios económicos.

No consideramos que este sea el caso. Esa interpretación conduciría inexorablemente a la inconstitucionalidad de esa disposición jurídica<sup>94</sup>.

#### **4. Conclusión**

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de acceso a un tribunal y a la tutela que éste garantiza representa sin duda uno de los derechos fundamentales más elevados, sin el cual nunca se podrá hablar de la existencia de un verdadero sistema de justicia o de un estado de derecho. Y no basta con que ese derecho se configure como una aspiración teórica y programática, sin un contenido material actual. Debe ir necesariamente acompañada de las condiciones sustanciales y objetivas indispensables para su realización inmediata. Sin embargo, no se deduce que estemos ante un derecho absoluto y totalmente incondicional. Como todos los derechos fundamentales, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva forma parte de un sistema axiológico que también está integrado por otros valores con los que debe armonizarse. Esta necesidad de armonización puede dar lugar a restricciones o limitaciones en su contenido. Lo que no se puede hacer, en ninguna circunstancia, es terminar con estas restricciones llegando a su núcleo esencial, eliminándolas, en la práctica, del ordenamiento jurídico establecido. Si existen limitaciones, lo que hay que evaluar es

---

<sup>94</sup> En sentido estricto, la cuestión nunca se ha planteado en los tribunales portugueses porque la aplicación efectiva del artículo 533, nº 4 del Código de Procedimiento Civil portugués depende de la regulación prevista en el nº 5 del mismo precepto legal que, hasta ahora, no se ha producido.

su necesidad y proporcionalidad, asegurando que, en todo caso, se respete dicho núcleo esencial de cada uno de los derechos y que su sustancia no se ponga en duda de tal manera que se anulen.

En lo que respecta específicamente a los problemas de arbitraje y mediación, en cumplimiento de las exigencias legales, a saber, las exigencias de imparcialidad e independencia de los árbitros, la existencia de los tribunales de arbitraje puede entrar en el concepto de tribunal a que se refiere el artículo 6 del CEDH. La mediación voluntaria tampoco entra en conflicto con el núcleo esencial del derecho a un tribunal y al acceso a él. La cuestión más delicada era si esto también se aplica a la mediación preprocesal obligatoria. Sin embargo, creemos que sí lo hace, siempre que las condiciones previas para su funcionamiento no alcancen el núcleo esencial de estos derechos fundamentales.

En este contexto, vale la pena concluir refiriéndonos a la importancia del actual debate sobre este tema en el Consejo de Europa. De hecho, el grupo de trabajo sobre mediación de la *Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice* (CEPEJ) del Consejo de Europa [en el que participamos en calidad de observador en representación de la *Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation* (GEMME)] ha estudiado la elaboración de un posible Convenio sobre la mediación en el que -sin que se considere que ello atente contra el derecho fundamental de acceso a la justicia- se vería su carácter preprocesal obligatorio.

### **Bibliografía:**

- ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados, [Assembleia da República], [Lisboa], s.d.
- BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais?, tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.
- BAPTISTA MACHADO, J. "A Cláusula do Razoável". *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.
- BAPTISTA MACHADO, J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1989.
- BARRETO, A., "Crises da Justiça". *Justiça em Crise, Crise da Justiça*, (Org.) A. Barreto, Dom Quixote, Lisboa, 2000.
- BEDDARD, R., Human rights and Europe, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993.
- BRITO, P. de "Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça". *O estado da justiça*, (Org.) António Cândido de Oliveira e César Pires, Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2016, pp. 109-119.
- DIAS VARGAS, L. Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça, Almedina, Coimbra, 2006.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. ODS16: paz, justicia e instituciones fuertes. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2018.
- FRANÇA GOUVEIA, M. Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- LEITE DE CAMPOS, D. "Lições de direitos da personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXVII, 1991, pp- 129-223.
- LEITE DE CAMPOS, D. "Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação", *Dereito*, Volume II, número 2, 1993.
- LOPES, D.; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra 2014.
- MEIRELES NOGUEIRA, M. D. O contributo da mediação para a paz social: a importância de se considerar a sua obrigatoriedade, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016.
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed., revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.
- MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- NORONHA NASCIMENTO, L. A. "A inamovibilidade dos juízes". *Julgar*, 32, 2107, p. 290.
- PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- PEREIRA BARROCAS, M. *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra 2013.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Princípios básicos relativos à independência da magistratura. In <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, sítio acedido em 2020-05-13.
- QUEK, D. "Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 11, number 479, 2010, pp. 479-509.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- RODRIGUES DA SILVA, F. P. *Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais*, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006.
- RODRIGUES, G. C. "A acção declarativa comum". *O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- WILDE, Z.; GAIBROIS, L. M., *O que é a mediação*, Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, s. l., 2003.

### **Jurisprudencia:**

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 05.04.2018 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821>, página web consultada en 2020-05-14.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 06.01.2015 (Mark Villiger), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151029>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.1992 (R. Ryssdal), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.2003 (G. Ress), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, página web consultada en 2020.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 17.03.2015 (Luis López Guerra) en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153985i>, página web consultada en 2020-05-19.

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 19.02.1998 (R. Bernhardt), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, página web consultada en 2020-05-13).
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 20.07.2001 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59604>, página web consultada en 2020-05-17.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 21.09.2006 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76956>, página web consultada en 2020-05-19.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 23.06.2016 (Luis López Guerra), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 26.03.2015 (Isabelle Berro), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 28.10.1999 (L. Wildhaber), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>, página web consultada en 2020-05-15.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 29.11.2016 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>, página web consultada en 2020-05-13.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020 (Paul Lemmens), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202123>, página web consultada en 2020-05-23.
- SUPREME COURT OF JUDICATURE. COURT OF APPEAL. Sentencia de 11.05.2004 (Lord Justice Dyson), en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>, página web consultada en 2019.05.20.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 02.07.1997 (Alves Correia), en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), sitio accedido en 2019-05-18.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, página web consultada en 2019.05.17.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) en <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, página web consultada en 2020-05-21.
- TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Sentencia de 07.05.2014 (Vasco Freitas) en <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, página web consultada en 2020-05-21.

**Legislación:**

Convención Europea de los Derechos Humanos  
Constitución de la República Portuguesa de 1976  
Código Civil portugués  
Código de Proceso Civil portugués  
Código de Proceso Penal portugués  
Ley n.º 63/2011, de 14 de diciembre  
Ley n.º 78/2001, de 13 de julio, modificada por la Ley n.º 54/2013, de 31 de julio