

Número 20, Volumen 10 Enero-junio 2023

www.primerainstancia.com.mx ISSN 2683-2151

## DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN DE LA REVISTA PRIMERA INSTANCIA

#### DIRECCIÓN

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano Abogado.

Profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas

#### **DIRECTOR HONORARIO**

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

#### **COEDITOR GENERAL**

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas Profesor de la Universidad Católica de Colombi

#### EDITOR EN SUDAMÉRICA

Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

#### COMITÉ EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Greco Paes Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

> Dr. Angelo Viglianisi Ferraro Director Centro de Investigación

Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Italia.

Dr. Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Dra. Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.

Patricio Maraniello Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Dr. René Moreno Alfonso Abogado.

Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia

#### ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

Revista Jurídica Primera Instancia *Online* ISSN 2683-2151, es una publicación de distribución periódica online destinada a la difusión del conocimiento jurídico adjetivo, con participaciones especialmente de los miembros del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Boulevard Presa de la Angostura 215-12, fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México. C.P. 29040,

Tel. (052) (961) 6142659, www.primerainstancia.com.mx,

Editor responsable: Alfonso Jaime Martínez Lazcano.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2012-052910531000-102,

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

E-Mail Comité Editorial: revistaprimerainstancia@gmail.com

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

## Editorial

Es interesante que los recientes casos vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que condenan al país por las figuras del arraigo penal y la prisión preventiva oficiosa previstos en la Constitución, nos ayuda a distinguir al derecho procesal constitucional del derecho procesal convencional de los derechos humanos, porque los medios de control constitucionales se fundan en la regla de la supremacía constitucional, que significa que ningún acto o disposición puede contradecir a la carta magna, y en el supuesto que los hagan, serán nulos, por otra parte el derecho procesal convencional se funda en el principio *pro homine*, que permite de forma jurídica revisar todo acto u omisión de los Estados parte del SIDH, incluyen las normas constitucionales, para determinar la validez o no de éstas

En el contenido de este número se encuentran una serie de trabajos jurídicos interesantes y profundos que abordan diversas temáticas relevantes en el ámbito legal. A continuación, se presentan:

El artículo de Pablo Darío Vilalba Bernié es una investigación que se enfoca en la importancia del derecho procesal como mecanismo de resolución de conflictos y la necesidad de adaptarlo a nuevos enfoques. Se discute cómo la cultura jurídica y la ideología influyen en la evolución del derecho procesal, y cómo la internacionalización y la convencionalidad están ampliando las fronteras de este campo del derecho. En conclusión, el artículo invita a reflexionar sobre la importancia del derecho procesal en la sociedad actual y su capacidad de adaptarse a los nuevos desafíos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano realiza un análisis crítico de los desafíos éticos que presenta la inteligencia artificial (IA) en relación con los derechos humanos, así como las oportunidades que ofrece para mejorar su protección. Se discute cómo la IA puede ser una herramienta valiosa para la justicia y la igualdad, pero también cómo puede generar discriminación y sesgos algorítmicos. Además, se exploran medidas éticas para garantizar la objetividad y la protección de las personas en el diseño y la implementación de la IA. Finalmente, se examina el papel de la IA en el campo del Derecho y cómo puede contribuir a mejorar la protección de los derechos humanos.

Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Blanca Torres Espinosa y Sara Berenice Orta Flores analizan la prohibición de sembrar transgénicos en la Península de Yucatán y su relación con el derecho procesal convencional y el control de convencionalidad. Se menciona que la producción de miel en Yucatán es de gran relevancia para la economía y la biodiversidad estatal y nacional, y que las afectaciones que ha sufrido este sector productivo y el ambiente, a partir de la autorización del cultivo de soya transgénica en diversas poligonales del Estado, representan no solo un peligro para la comercialización orgánica de la miel sino también para el ecosistema de la península. Además, se menciona que las áreas de cultivos transgénicos coinciden geográficamente con las zonas apícolas y son una zona susceptible al impacto no controlado de fenómenos hidrometeorológicos como son las depresiones tropicales y los huracanes, así como a la contaminación del manto acuífero con agrotóxicos. El documento también explora los claroscuros en la interpretación conforme de esta ley y su relación con el derecho procesal convencional y el control de convencionalidad.

El siguiente trabajo académico del Manuel Bermúdez Tapia, analiza el proceso de adaptación del derecho de familia en el Perú, destacando cómo la realidad social y política del país ha influido en la legislación y en la interpretación de casos relacionados con el derecho de familia. El autor destaca la importancia de la creación de una Asociación Peruana de Derecho de Familia y Sucesiones para permitir el debate académico y profesional de los especializados en los diferentes contextos de conflictos familiares, generando puntos de reflexión y soluciones para mejorar la redacción y fundamentación de decisiones judiciales. El documento utiliza una metodología cualitativa, de tipo descriptivo,

exploratorio y analítico para exponer el proceso de adaptabilidad de una de las especialidades más antiguas en el ámbito jurídico para asumir la evaluación de situaciones que se exponen en el ámbito judicial.

La investigación de Nuccia Seminario Hurtado y Jainor Avellaneda Vásquez trata sobre el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad y su protección jurídica. Se desarrollan nociones teóricas sobre la educación inclusiva y se destaca la importancia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la protección de este derecho. Además, se mencionan diferentes mecanismos jurídicos internacionales que se encargan de proteger este derecho fundamental.

Vicente Marín Martínez y María Luisa Ruíz Pérez destacan en el artículo la participación ciudadana en las instituciones electorales de Oaxaca, comentan los principios rectores para la función electoral, entre los que se encuentran la certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, interculturalidad, máxima publicidad y objetividad. Además, mencionan que el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca (IEEPCO) es el encargado de la organización, desarrollo, vigilancia y calificación de las elecciones, plebiscitos, referendos y revocación de mandato en el Estado, describen las diferentes áreas que conforman el IEEPCO. En él se aborda el tema de la ciudadanización electoral y su importancia en el ejercicio de las responsabilidades de las instituciones electorales. Sin embargo, el documento no especifica medidas concretas adicionales para garantizar la imparcialidad y transparencia en los procesos electorales en Oaxaca.

Eduardo Dacasa López nos dice que el constitucionalismo en América Latina tiene antecedentes históricos relacionados con el desarrollo de la filosofía liberal en Europa y las crisis imperiales y monárquicas de la época. El proceso latinoamericano de constitucionalismo es importante en occidente y se basa en el reconocimiento de la realidad latinoamericana, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas, las desigualdades económicas y la necesidad de concertación de estas diferencias.

La aportación de Merly Martínez Hernández aborda la necesidad de fortalecer las garantías procesales y erradicar prácticas arbitrarias que violan los derechos humanos en México, en particular el arraigo y la prisión preventiva. Se destaca la importancia de reformas constitucionales para lograr una verdadera transformación del sistema que respete los derechos humanos. Además, se menciona la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de García Rodríguez y otro vs. México como un llamado a fortalecer las garantías procesales en México. También se hace hincapié en la necesidad de fortalecer la independencia judicial y los mecanismos de control ineficaces para evitar abusos de poder.

Estos artículos representan una selección cuidadosa de estudios que abordan temas relevantes y actuales en el ámbito jurídico, aportando perspectivas interesantes y profundas a la disciplina.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Editor y Director General
Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 25 d e j u n i o de 2023.

### ÍNDICE

ARBOTANTES MODERNOS DEL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XXI
Pablo Darío Villalba Bernié9
DESAFÍOS ÉTICOS DE LA IA EN DERECHOS HUMANOS: OPORTUNIDADES Y MEDIDAS RESPONSABLES
Alfonso Jaime Martínez Lazcano
LA PROHIBICIÓN DE SEMBRAR TRANSGÉNICOS EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN: CLAROSCUROS EN LA INTERPRETACIÓN CONFORME
Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Blanca Torres Espinosa y Sara Berenice Orta Flores
EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ
Manuel Bermúdez Tapia80

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Nuccia Seminario Hurtado y Jainor Avellaneda Vásquez94
LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN LAS INSTITUCIONES ELECTORALES DE OAXACA
Vicente Marín Martínez y María Luisa Ruíz Pérez
CONSTITUCIONALISMO. NEOCONSTITUCIONALISMO Y NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
Eduardo Dacasa López
ARRAIGO Y PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO: CASO GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA
Merly Martínez Hernández



# ARBOTANTES MODERNOS DEL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO

## $XXI^1$

Pablo Darío VILLALBA BERNIÉ\*

SUMARIO: I. Portal incipiente. II. Importancia del derecho procesal. III. Derecho sustantivo y procesal: intima vinculación. IV. Noveles contornos procesales. V. Derecho procesales internacionalizados. VI. Inexorable variable ideológica. VII. Fronteras extendidas al compás de la convencionalidad. VIII. Una nueva visión sobre las fuentes. IX. La variación del sistema de fuentes. X. Asequibilidad del valor justicia. XI. La cultura jurídica, su incidencia. XII. Síntesis conclusiva. XIII. Bibliografía.

Resumen: El artículo de investigación centra la visión en rescatar la importancia del derecho procesal como mecanismo de resolución de conflictos, pero a la vez llama la atención sobre la necesidad de ir adecuándolo a nuevos arbotantes. Un derecho procesal capaz de ir ajustando sus coordenadas a inéditos enfoques con el objetivo de generar un adecuado mecanismo de litigación. Para lo cual se debe partir de una cosmovisión humanizadora que debe arribar al derecho procesal en un ajuste ideológico de grandes consecuencias, al derivar en la variación del sistema de fuentes, lo que conlleva a un

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Trabajo recibido el 8 de enero de 2023 y aprobado el 9 de mayo de 2023.

<sup>\*</sup> Doctor, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica "Ntra. Sra. de la Asunción", Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Prof. de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional en dicha casa de estudios; Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay; Profesor de posgrado en Maestrías y Doctorados en varias universidades nacionales e internacionales; Vicepresidente para Sudamérica de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; Miembro de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia RED-IDD; Miembro del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica. Investigador nivel candidato del Conacyt-Paraguay; Conferencista internacional; Autor de varios libros jurídicos, libros colectivos y artículos científicos. Contacto: villalbabernie@gmail.com

reajuste de los postulados del derecho procesal. Se señala como objetivo a ser concretado una verdadera transformación cultural, desembarazadas de ideas perimidas y superadas, mutando para que a través de la constitucionalización y la convencionalidad lograr la operatividad adecuada del método de juzgamiento. Se encuentra apoyado sobre la base metodológica de un análisis de observación comparativa del derecho latinoamericano, como asimismo la implicancia que acarrean los derechos humanos.

Palabras clave: Constitucionalización, convencionalidad, cultura jurídica, derecho procesal, fuentes, humanización, principios, tutela jurídica efectiva.

Abstrac: The research article focuses the vision on rescuing the importance of procedural law as a mechanism for conflict resolution, but at the same time draws attention to the need to adapt it to new flying buttresses. A procedural law capable of adjusting its coordinates to unprecedented approaches with the aim of generating an adequate litigation mechanism. For which it must start from a humanizing worldview that must arrive at procedural law in an ideological adjustment of great consequences, by deriving in the variation of the system of sources, which leads to a readjustment of the postulates of procedural law. It is indicated as an objective to be concretized a true cultural transformation, rid of ideas perimidas and overcome, mutating so that through constitutionalization and conventionality achieve the adequate operability of the method of judgment. It is based on the methodological basis of a comparative observation analysis of Latin American law, as well as the implications of human rights.

Keywords: Constitutionalization, conventionality, legal culture, Procedural law, sources, humanization, principles, effective legal protection.

#### I. PORTAL INCIPIENTE

El derecho como tal ha existido desde siempre, teniendo variables en los distintos periodos de la civilización humana con contornos disímiles y heterogéneos mudando progresivamente en la medida de las costumbres de cada pueblo, desplegando las molduras en que se originaron los distintos conceptos jurídicos.

También es cierto que los pueblos a través de la historia han tenido diversos mecanismos para garantizar el cumplimiento de los derechos, evitando por los medios posibles la defensa por mano propia o la aplicación individual de aquello concebido como

justicia. En este contorno emerge la necesidad de un órgano regulador de la convivencia social, el Estado, que interviene marcando el procedimiento para uniformar la forma en que serán dirimidos los conflictos entre los ciudadanos. Es decir, el Estado poniendo en favor de la comunidad un servicio de justicia donde los individuos y el propio órgano estatal puedan dilucidar los conflictos intersubjetivos.

Al irrumpir la necesidad por parte del Estado de reglamentar un sistema jurídico de controversias, se produce la génesis del derecho procesal como tal. No siempre fue reconocido el derecho procesal como ciencia autónoma, en un principio considerar que integraba las normas jurídicas de fondo regulando los derechos y el procedimiento en sí mismo como cuestión unívoca, sin separarlos, evidenciando una etapa en la que el derecho procesal aun no era reconocido como rama autónoma.

La evolución constante y permanente del derecho procesal, ha permitido que se convierta en ciencia desde principios del siglo XX (la mayoría considera que ha adquirido el carácter de ciencia en 1903 con la famosa "Prolusión de Bolonia", realizada por Chiovenda), desde aquí en adelante referenciar un profuso desarrollo que lejos se encuentra de concluir, al contrario, la búsqueda de un proceso justo, sencillo, dinámico y eficaz continúa sin descanso. Teniendo como antecedente la discusión entre Muther y Windscheid (1856), e incluso las posteriores enseñanzas de Von Büllow (1868).

Los primeros balbuceos introductorios modulados en interés de responder a innumerables interrogantes que adquieren incidencia sobre el derecho procesal. Generalmente fueron cometidos errores de fuste sustentado en posiciones que desde alguna doctrina, planteaba al derecho procesal como una disciplina lacrada y hermética en sus contornos, cuando en puridad siempre debió ser analizada como una materia integrada a las demás disciplinas del orden jurídico, especialmente como derivada del ámbito constitucional que le sirve de guía.

Sin vacilaciones figura romper con viejos mitos, cual verdades absolutas sin mucho análisis se encontraban enquistadas en el inconsciente colectivo de los cultores del derecho procesal, que le impedían ver la realidad más allá de una concepción limitada, planteada tanto por en un legalismo intenso, como por la cultura jurídica arraigada desde el Siglo XIX que la exhibía encerrada en sus propios códigos sin una panorámica global.

En estos tiempos modernos, la idea suprema propone al derecho procesal en el rescate del hombre como centro del derecho, humanizando al proceso y otorgando respuestas sencillas y posibles para el ser humano y la comunidad.

Uno de los grandes desafíos por lograr la instrumentalización progresiva de los derechos humanos en el orden procesal interno de cada Estado parte, irrumpiendo desde lo transnacional nuevos arquetipos a ser formalizados en los sistemas jurídicos, razón por la cual corresponde analizar los principales hitos orientadores marcados desde los derechos humanos, que de una u otra manera, tienen relación con el método de litigación.

A partir de la aceptación de los derechos humanos a nivel constitucional y la perspectivación de lo supranacional hacia el orden interno, motivan un análisis de la incidencia de estos en la coyuntura del derecho procesal, en pos de la absorción de las coordenadas básicas. Las normas del marco procesal constriñen ajustarse tanto normativa como doctrinariamente, a las tendencias divulgadas por la óptica transnacional teniendo el Estado el compromiso de adecuar su legislación a los Tratados Internacionales del cual son signatarios.

Lo procesal desde la visión internacional no es más que la operatividad de modelos judiciarios propiciadores de una justicia para todos en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial. Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países, al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, que al fin de cuentas pasaron a ser parte del derecho positivo interno de cada país.

Esa internacionalización de los derechos procesales, tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a que las legislaciones adapten su normativa, absorbiendo las instituciones radiadas desde lo supranacional.

La importancia de las formas procedimentales engalanados como signos emblemáticos del derecho al proceso y de tutela jurídica efectiva, se hallan comprometidas con la creciente difusión de las instituciones de protección, que de otra manera no podrían tener consolidación efectiva, siendo una garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales. El desafío de este tiempo, compromete la nacionalización de los derechos universales (derechos humanos) y su intromisión en el orden interno como la única vía eficaz para concretarlos, de ahí que los orientadores procedimentales evocan un papel trascendental para la asimilación irreversible de los derechos reconocidos.

En tal contexto brindar a los involucrados una alternativa de solución al problema procesal, con una mentalidad dinámica superadora del quietismo que propone la coyuntura codificada de cada Estado.

Significar que la problemática procesal desembarca en la imperiosa necesidad de una formación integral, política, jurídica, social y humana del derecho procesal con bases teóricas. En definitiva, la teoría general del proceso es la lente que permite ver la realidad social y humanizante reglando al derecho sustancial, no es otra cosa que comprender a las instituciones procesales por encima de las formas, construyendo un régimen procedimental que responda a la realidad y sobre todo que sea eficaz.

#### II. IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL

La importancia del derecho procesal es clave para comprender la relevancia de una correcta ordenación jurídica del ámbito procedimental. La trascendencia emana de las siguientes condicionales:

- a) El derecho procesal sistematiza el ejercicio de la soberanía del Estado aplicada a la función jurisdiccional,<sup>2</sup> asintiendo la prestación de un servicio de justicia a los particulares en sus relaciones intersubjetivas, a las personas jurídicas de derecho privado y a las entidades públicas en sus relaciones con los ciudadanos y entre las distintas reparticiones entre sí. La función así entendida se presenta como una dimanación de la soberanía del Estado.
- b) Regula la positivización de una organización judiciaria con todas las normativas aplicables al procedimiento estipulado, como también establece el conjunto de principios que orienta al orden procesal. La organización judicial consiste en el marco institucional del orden procesal, mediante el cual cumple el rol de un Estado social de derecho. De nada serviría tener derechos consagrados en los Códigos de Fondo, sin una manera de defenderlos en la práctica, es aquí donde repercute el papel fundamental del derecho procesal, propiciando el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.
- c) Refrenda la concreción de una fidedigna protección de los derechos sustanciales, pasando de la mera consagración, a una auténtica protección efectiva, conjugando teoría y práctica en un mismo orden procedimental. Mediante ello erradica la posibilidad de una justicia por mano propia o justicia privada, obligando a todos los sujetos a someterse a los cánones procedimentales previamente establecidas en las normas procesales.

13

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2002, p. 42.

La tutela jurídica efectiva se verifica amparada por el derecho procesal, al garantizar un mecanismo de tutela concreta, para que el derecho sustancial consiga ser consagrado definitivamente, restableciendo los derechos y las situaciones jurídicas conculcadas. Se vislumbra que el derecho sustancial no tendría razón de ser, sin un ámbito procedimental que le augure una segura aplicabilidad, es algo así como que de nada serviría tener consagraciones normativas que protejan al derecho de fondo, o a los derechos fundamentales como la vida, la integridad, la libertad, la dignidad, los derechos patrimoniales, si se carece de un proceso que permitan salvaguardar a esos derechos cuando fueran trasgredidos.

#### III. DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL: ÍNTIMA VINCULACIÓN

A continuación, interesa retratar la diferenciación entre el derecho procesal y el derecho sustantivo, que resulta obvia, pero no sin antes referenciar que no dimanaba del todo acertada la vieja distinción que califica al derecho procesal como "adjetivo" o "formal", en contraposición al "derecho sustantivo", como "material" o "de fondo".

No hay duda alguna sobre la diferencia entre ambos, cuando se sostiene que el derecho sustancial regula los derechos básicos del ciudadano a ser protegidos, y el derecho procesal se inclina en estipular los mecanismos de litigación para hacer valer dichos derechos sustanciales.

Ocurre que no deviene totalmente acertada la diferenciación que surge cuando a una se la denomina "formal" y la otra "sustancial o material", sin desconocer las virtudes pedagógicas que de ello resulta. De la Oliva Santos concluye que no hay contestación plenamente aceptable a esta diferenciación,<sup>3</sup> atento que de la concepción de ambos vocablos "material y formal", no surgiría el sentido asignado a la expresión que derive del lenguaje científico, mucho menos del usual o coloquial.

Por otro lado, el derecho procesal no se ocupa solo de un aspecto formal, como si fuera un derivado accesorio del derecho sustancial que aparenta un primer orden superior, cuando que el derecho procesal regula el ámbito trascendente de la jurisdicción, de la función jurisdiccional, que a su vez se encarga también de tutelar derechos y de asentir la concreción de estos. Se visualiza así una conjunción de funciones que le permite dar validez tanto a un derecho para garantizar la tutela, como a un derecho tutelado.

14

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *et. al., Derecho Procesal, Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2004, p. 118.

La idea de llamar la atención sobre estos aspectos, resalta en la noción de equiparar a ambas concepciones en importancia jurídica, pues en estos tiempos no corresponde prescindir de ninguna de las dos, actuando completamente sin superioridades de una sobre la otra. En especial, cuando se notan concepciones que al denominar como formal al derecho procesal, pareciera caracterizarlo con un menor fundamento que a lo material o sustancial.

El derecho material en la actualidad, en gran medida contiene normas de carácter procesal o relativos a la forma de los actos jurídicos procesales (nulidad, simulación, disolución de sociedad conyugal, sucesiones) y a su vez el derecho formal o procesal, contiene normas del derecho sustancial, como ocurre con la prescripción de la acción.

Esta distinción entre formal y de fondo, material o sustancial, cada vez surge más desprendida de las reales funciones que con seguridad se dan entre el derecho procesal y el derecho sustancial, equiparando su relevancia jurídica. De hecho, el derecho procesal está al servicio de la consolidación del derecho material, siendo su objetivo principal.

Ocurre que en los últimos tiempos, en especial en el Siglo XX, se le concedió al derecho procesal una connotación que nunca debió tener haciendo que lo procesal pareciera como más trascendente que el derecho de fondo, cuando en puridad ello no es así. La cuestión indica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional mediante el proceso, proviene de una actividad pública, sin que se pueda observar que tenga vida propia, sino que surge estructurado para dar satisfacción a los derechos fundamentales y materiales de las partes.

No cabe dudas que el excesivo formalismo acuña la idea de que sobre el sacramentalismo procesal y el ritualismo se construía la solución del conflicto, perdiendo su razón de ser el proceso, oscuridad de la cual resulta precisa emerger dejando atrás la noción que el derecho se cimenta manteniendo la formalidad de los procedimientos, de proseguir así el derecho procesal perdería su razón de existencialidad.

#### IV. NOVELES CONTORNOS PROCESALES

La propuesta consiste en identificar los noveles contornos procesales, con dos salvedades puntuales: la primera, que no se analizarán los justificativos doctrinarios que precedieron a su aparición, profundización que no es objeto de esta investigación; en segundo lugar, realizar la aclaración que no se reniega del derecho procesal, al contrario, nos declaramos cultores del mismo, simplemente que éste deberá ajustar su visión a nuevos cánones, cosa

muy distinta, por cierto. Una vez amoldado el torniquete interpretativo asentir hacia un desarrollo normal del procesalismo tradicional.

En esta lucidez, razonar:

- a) Se vivencia un escenario de constitucionalización del orden jurídico, trasluce al derecho procesal visto a través del prisma de la Constitución, instando a una mirada de lo constitucional que marca pautas hacia la normativa procesal inferior.
- b) A partir de la incidencia de lo constitucional, dar validez a la aplicabilidad de la Convención Americana de los Derechos Humanos a través de la doctrina del control de convencionalidad (creación pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH). Podría afirmarse un derecho procesal visto desde la lente de los derechos humanos (convencionalidad), como de los derechos fundamentales (constitucionalidad), ambas graficaciones superadoras del legalismo propiciada por los repertorios codificados. Conlleva un orden procesal constitucionalizado y convencionalizado a la vez.

Como una cuestión extramuros, fluye el embate de los derechos humanos que condicionan la visión de la esfera procesal, propiciando orientadores del ámbito internacional a ser aquilatados en el orden doméstico, puntualmente en el ámbito procesal.

- c) La concepción constitucionalista y convencional, exhibe una jurisdicción a la que necesariamente la incumbe ampliar sus funciones cuestionando los límites de la tutela judicial efectiva, no limitado exclusivamente a la defensa de los derechos, sino sustentado en argumentos y principios.
- d) La vigencia de un "derecho procesal sobre principios", esbozando una visión axiológica que supera la mera subsunción (deontología), llevando a comprender que los principios son precedentes para quien resulte ser el intérprete de la disputa jurisdiccional, en consecuencia, eje esencial para la concreción de justicia.
- e) Se replantea la idea de "garantía", no es lo mismo entender a la garantía desde una perspectivación constitucional social, que acoge distintos postulados de justicia, que la antiquísima visión del constitucionalismo liberal, apadrinando una idea de justicia legalista y positivista, caracterizada por su estrechez.
- f) Una concepción jurídica superadora del derecho procesal clásico y tradicional basada en el agotamiento de la regla como en la norma (proceso deóntico), rebasándola y reemplazada por otra más abierta y dinámica de una connotación ius fundamentalista que exige principios, valores y argumentación.

Distingue a la Constitución y a la Convención de la ley, aclarando que prestan funciones discordantes en el proceso, la Constitución y la Convención, conteniendo principios, la ley generando reglas, justificando la razón de ser de estos repertorios. Claro está, que dichas situaciones pueden variar cuando las Constituciones contienen reglas y la ley principios, que solo se presentará en casos excepcionales, resolviendo con coherencia estas esporádicas situaciones asistémicas, haciendo uso de una correcta valoración de los derechos fundamentales, que siempre deben primar.

- g) Lógicamente a consecuencia de las formulaciones que anteceden, se advierte un cuestionamiento relevante a la visión de los Códigos Procesales Legalistas a ser abandonados, puntualmente cuando estos repertorios aparecen encerrados en sí mismos, razonando que los casos dudosos o cuestiones no contempladas se resolverán por los principios consagrados en el propio Código Procesal, en consecuencia, limitando la labor del intérprete. Esta forma estrecha de discernir yace equivocada, trae a cuento que al formular la constitucionalización del orden procesal, los principios y valores tienen que ser empleados a partir de la Constitución y del bloque de constitucionalidad (ergo de convencionalidad), desde allí descender a los Códigos Procesales y no al revés. En otros términos, concebir que lo fundamental no está en los códigos, específicamente en los procesales, sino en la norma constitucional y la supranacional que orientan el accionar de todo el orden interno. Insistir en aquello de dejar de lado la austeridad teórica del positivismo legalista o clásico.
- h) El novel contorno de procesalismo también muestra una idea de legitimación amplia, caracterizada por la protección de los intereses difusos, los derechos colectivos y las acciones de clase. Incluso en algunos casos, no importa quién tiene la legitimación sino subrayar la interpretación constitucional del derecho.

En conclusión, el propio ser del proceso ha variado, mudando fronteras. Al advertir esta idea, es viable avizorar la mutación medular de estos tiempos, que conlleva reconocer la transcendencia de la constitucionalización del orden jurídico y la incidencia del derecho convencional.

#### V. DERECHOS PROCESALES INTERNACIONALIZADOS

La transformación del quehacer procesal en estos tiempos dimana a consecuencia del dinamismo adquirido por el derecho que permanentemente plantea nuevos retos, nuevos problemas a resolver, requiriendo respuestas de los procesalistas, trazados como un desafío de nuestra época. Lleva a concretar la idea de una internacionalización de los derechos procesales, por ser comunes a todos los diseños jurídicos, haciendo que institutos internacionales estén preocupados en forjar soluciones, dando un nuevo albor al derecho procesal. La internacionalización se divisa planteada desde tres vertientes, a describir:

- a) En un primer aspecto, lo regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, <sup>4</sup> proporcionando normas internacionales para la interpretación de los tratados, al prescribir que los tratados siempre deben ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la norma supralegal en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1). En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. <sup>5</sup> Como ha reiterado la Corte IDH: "Tanto esta Corte (...) como la Corte Europea de Derechos Humanos (...) han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". <sup>6</sup>
- b) Un segundo aspecto, exterioriza aquello que fuera denominado "la Constitucionalización de los Derechos Humanos", que se observa cuando las constituciones nacionales incorporan normas de origen internacional al orden interno, en protección de los derechos humanos fundamentales.

Como lo expusiera Cançado Trindade, "ya no se justifica que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados en forma estática o compartimentalizada, como lo fueron en el pasado. Ya no puede haber dudas de que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> CORTE IDH. Caso Viviana Gallardo y otros, Nº G 101/81, Resolución del 15 de julio 1981, 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> CORTE IDH. Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 193.

internacional y la nueva realidad en éste así formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados afectados". Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico, apuntan a reconstruir la confianza social en la ley y la justicia, basado en un plexo de legalidad que condiciona y obliga a los Estados a respetar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción en estándares jurídicos mínimos en materia de derechos y garantías individuales, cuya protección comienza con la norma constitucional.

c) Un tercer aspecto constituye lo procesal, al generar una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, resultando lógico que aquel termine influyendo en las normas jurídicas domésticas, para que dentro de esa dinámica se enriquezca el sistema procesal de cada país, con el fin último de hacer justicia, a la que se arriba otorgando una máxima protección al ser humano.

Se han tomado como desafío de la época, dar respuestas a los nuevos problemas planteados, en un contexto cada vez más interdependiente, enlazando las cuestiones que exceden que el marco de lo nacional para irradiar efectos desde lo transnacional.

Esa internacionalización de los derechos procesales, ha traslucido en la creación de tribunales internacionales procurando custodiar la aplicación de los principios de derechos humanos en la praxis, pues de otra manera solo se tratarían de simples aspiraciones o expresiones de deseos<sup>8</sup> que nunca se materializarían.

Asimismo, contiene también tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a las legislaciones a plasmar ajustes en su normativa, aceptando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.

Cada vez más percibir, la instauración de figuras modeladas en nuevos paradigmas que son recepcionadas por el orden interno, entre las que sobresalen: la desformalización del proceso; la legitimación cada vez más amplia para litigar; derecho de acción ante jueces independientes; garantías del debido proceso; la búsqueda de la verdad; facultades oficiosas del órgano jurisdiccional, tanto en la dirección del proceso, como en la iniciativa oficiosa de prueba; la protección de

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio, La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos, en ESPINAL IRÍAS, Rigoberto (Coord.), El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993. Véase en: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53095

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2ª Edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1999, p. 290.

los intereses difusos; el acceso irrestricto a la justicia; la tutela jurídica efectiva; la predominancia del valor justicia por sobre la seguridad jurídica; etc., dichos postulados desarrollados con profundidad en la esfera trasnacional.

#### VI. INEXORABLE VARIABLE IDEOLÓGICA

A la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha exteriorizado como característica principal la necesidad de rediseñar la posición ideológica de los gestores del nuevo rumbo procesal, so pena que de repulsar su concreción versaría sobre un proyecto infructuoso que caería nuevamente en las deficiencias de las que se intenta escapar.

A partir de una concepción del Estado social de derecho, visión superadora del antiguo Estado de derecho, proyecta el reemplazo de la concepción liberal de legalismo penetrante por un sistema cargado de valores y principios, aquello que se denomina "sistema de justicia sobre principios".

Produce una transformación profunda en la interpretación del derecho, avasallando al liberalismo constitucional, reemplazándola por otra visión de constitucionalismo social concebida sobre la base de un equilibrio entre lo económico y lo social. Trasunta una mutación en la forma de interpretar el derecho con gran incidencia sobre la norma constitucional, de hecho, es la propia norma constitucional la que orienta hacia el nuevo enfoque ideológico, tal el caso de la mayoría de los cuerpos constitucionales latinoamericanos que optaron por un "Estado social de derecho...", condicionando a todo el orden doméstico (en especial al procesal) que deben adaptarse a los nuevos arbotantes.

Cuadra notar, que se produce una íntima relación entre el debido proceso y la "justicia basada en principios", donde todo el plexo legal tiene que acondicionarse a los principios que actúan como rectores del orden jurídico. Sobresale la idea de un debido proceso apuntalado por principios, no ya limitado por las reglas, haciendo que los principios cardinales sirvan de guía para la consolidación del *due process of law*.

El planteamiento ideológico denota la superación de un viejo esquema que responde a un constitucionalismo antiguo, por otra ideología que sugiere una renovación de los conceptos constitucionales promoviendo un novel modelo de constitucionalismo, de derecho procesal y de democracia.

Estas circunstancias fecundaron una profunda reformulación teórica, con toda la carga ideológica que conjetura el traspaso a diferentes premisas, erosionando las ideas de

antaño e irradiando impactos sobre el derecho procesal incumbiendo ser interpretados a la luz de estos flamantes postulados e innovadoras proposiciones.

# VII. FRONTERAS EXTENDIDAS AL COMPÁS DE LA CONVENCIONALIDAD

La bitácora de la convencionalidad, produce el fenómeno de una ampliación de las fronteras del derecho procesal, rebasando los originarios posicionamientos que fueran proyectados por doctrinarios que desde antaño vienen realizando investigaciones sobre el tema. El derecho procesal, ya no puede ser mirado con una visualización restringida pues su dinamicidad concibe el reformulamiento constante de sus límites y contenidos, en una visión amplia no restrictiva, solo así podrá acomodarse a las necesidades de la comunidad.

La propuesta insta a tratar algunas de las consideraciones más relevantes, al efecto de marcar un punto de partida para debates más profundos.

- a) Un rescate de la humanización de la ciencia jurídica, todo el sistema legal debe estar orientado en salvaguardar los derechos de las personas como tal, es la razón de ser y fin último del derecho, este no tendría razón de existencialidad sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales.
  - De modo, que un primer aspecto del ensanchamiento de las fronteras, reposa atinado por el necesario rescate del ser humano por sobre toda otra cuestión, con irradiaciones derivadas hacia el modelo procesal.
- b) Un segundo nivel, plantea la conjunción del sistema internacional con el nacional. Tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales, son mecanismos de protección del régimen jurídico, emergiendo una coincidencia de finalidad entre los dos sistemas, subrayando que el ámbito constitucional reconoce la existencia del orden internacional y la identificación de los derechos que protege, algo así como la constitucionalización de los derechos internacionales; y, en un sentido inverso, se registra la contribución de los ordenamiento transnacionales a la aplicación del derecho interno, aunque con los valores reconocidos en los instrumentos internacionales, sería como la internacionalización de los derechos constitucionales y procesales.
- c) Otro aspecto para por fomentar un contenido amplio del derecho procesal, rompiendo los límites en cuanto a la tipología procesal que forja la disciplina, en relación con las concepciones clásicas construidas al amparo de vetustas

teorizaciones individualistas, neoliberales e *ius* positivistas, que se advierten reemplazadas por una mirada más abarcativa conteniendo todas las posibilidades que emergen del orden procesal.

d) A consecuencia de la consolidación de las nóveles ideas del constitucionalismo social, proyecta el advenimiento una bisoña teoría general del proceso, abriendo inéditas dimensiones a la litis, la que fuera ortodoxamente bilateral y singular en la legitimación activa y pasiva, fenomenología que cambia por otra que propone la defensa de los intereses colectivos y de grupos, deslizando tolerar una legitimación amplia, tanto activa como pasiva.

Recapitulando, el derecho procesal sugiere a futuro fronteras móviles, permisivas en la incorporación de mecanismos de litigación que tengan como puntal la consolidación del Estado social de derecho, en definitiva, no cabe duda que la convencionalidad representa al fenómeno de mayor relevancia doctrinaria de los últimos tiempos, diagramando una metamorfosis de gran calado, invitando a modificar modelos codificados anticuados, como también transformar la teoría sobre la que se asienta el marco procesal.

#### VIII. UNA NUEVA VISIÓN SOBRE LAS FUENTES

Los eventos evolutivos que acaecieron como hechos sociales de la modernidad hace que el derecho procesal no pueda proseguir siendo visualizado como un diseño de fuentes primarias. El derecho cada vez más complejizado, trasvasa las fronteras de los Estados, proponiendo una gran transmutación y variables en cuanto a las fuentes y a los contenidos de la disciplina.

Cuando se utiliza la locución "fuente" en el ámbito jurídico figura una cierta ambigüedad, al otorgarle efectos diferentes o fenómenos dispares, así vemos que al hablar de fuentes refiere a la razón de validez de las normas jurídicas, en el sentido que una norma de superior jerarquía es fuente de la inferior; como también, al acto legislativo que crea la norma que es fuente de la ley; o, al acto de sentencia que es fuente de la sentencia; o, la costumbre que es fuente de las normas consuetudinarias.

Al perfilar sobre las fuentes del derecho procesal, referenciar a las disposiciones que pueden ser invocadas en el proceso para fundar un acto de procedimiento, basados

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Ediar SA Editores, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 205.

en criterios de objetividad.<sup>10</sup> Las fuentes se vinculan a la obligatoriedad de su aplicabilidad, no son fuentes las no obligatorias, sin embargo es fuente de derecho procesal cuando resulta obligatoria su aplicación.

Los órdenes locales están irrigados, <sup>11</sup> se impregnan de normas foráneas, se internacionalizan en un fenómeno de interacción de interconexión, convergiendo la necesidad de una armonización y coordinación de sistemas jurídicos.

Resulta interesante la divisoria del perímetro evolutivo de la complejización del derecho, como de sus múltiples variables, siguiendo las enseñanzas de Ferrajoli, <sup>12</sup> se establecen que son tres los niveles: una fase inicial de dos siglos, identificado como de legalización del derecho; un segundo periodo, en el que la Constitución asume un contenido normativo, da lugar a la constitucionalización del derecho; y, por último, una tercera etapa donde florece la internacionalización del derecho y de los localismos. <sup>13</sup>

Por estos días se justifica la superación de la vieja teoría decimonónica poniéndola en crisis, asintiendo un conglomerado de muchas fuentes del derecho abastecidos por los principios y por los derechos humanos. Nótese que se referencia a una fuente infraconstitucional como lo son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Da la pauta que las fuentes del derecho se generan más allá de los Estados Nacionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) pero con efectos y aplicación dentro de los Estados, lo que conlleva a asentir que no se pueda afirmar sobre una jerarquía de fuentes, sino que comienza a guardar relevancia la tesis argumentativa vital para referenciar que actuación tuvo el juez al valorar la fuente aplicada.

En este contexto se puede diferenciar: a) fuentes de aplicación directa, como serían la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales; b) fuentes secundarias, como aquellas que nacen de la interpretación hecha de la norma, derivado de ello se encuentra la doctrina y los principios generales del derecho y la costumbre constitucional; c) fuentes supletorias, que enlazan criterios interpretativos y las valoraciones axiológicas,

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 1356/136.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> FAVOREAU, Louis, *Legalidad y constitucionalidad, La constitucionalización del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000, p. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2003, pp. 13-29.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, , Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2014, p. 112.

reseñando a la equidad, la lógica y la experiencia, adicionando a los principios rectores de la humanidad.<sup>14</sup>

#### 1. Las fuentes aplicación directa

Irradia la idea que el derecho procesal no se encuentra legislado únicamente en los cuerpos normativos (Códigos) sino que deben aplicarse a estos Códigos otras fuentes que actúan integrando a la norma procesal específica. Así tenemos, que la obligatoriedad también abarca a la Ley Suprema de la República (Constitución Nacional), otras leyes que sean aplicables al caso concreto.

- a) Constitución Nacional: Primeramente, tener en cuenta que en el grado jerárquico superior se encuentra la Constitución Nacional, Ley Suprema del Estado, que incide en las normas positivas de rango inferior.
  - Asintiendo la obligatoriedad de los principios de jerarquía constitucional a toda clase de procesos, avalando una jerarquía normativa en cuanto a los principios por ella declaradas y protegidas. Así los modelos procedimentales deberán garantizar el principio de igualdad, de defensa en juicio, de libertad, derecho al juez natural, al debido proceso legislado con anterioridad al hecho, a la tutela jurídica efectiva, al derecho al proceso, al plazo razonable, entre los más relevantes.
- b) Los Tratados Internacionales de DH: Al recepcionar dentro del texto constitucional a la jurisdicción internacional, adquiere singular preponderancia la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como también a través de la doctrina del control de convencionalidad, incluso más, luego del caso bisagra Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay dictada el 20 de marzo de 2013, la propia Corte IDH ha establecido que los fallos tienen carácter de precedente vinculante y con efecto erga omnes para todos los países signatarios del Pacto de San José de Costa Rica, con las consecuencias de mutación que ello genera para los órdenes legales de cada país, repercutiendo especial influencia sobre el derecho procesal.

La transcendencia de la incorporación como fuente del derecho procesal a los Tratados Internacionales, es que mediante ellos se han puesto en crisis los viejos postulados decimonónicos que por estos tiempos no dan respuestas a las necesidades de la modernidad jurídica, al haberse asentido a los derechos

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, 2º Edición, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2021, p. 35.

humanos como fuente *infra constitucional*, mostrando que las fuentes aplicables al orden interno están más allá de las fronteras de la legislación doméstica, debiendo cumplirse también con los mandatos de la esfera convencional.

c) Leyes: También constituyen fuentes las leyes que tengan vinculación con el derecho procesal, sean que refieran a la organización judiciaria (COJ), como aquellas que tengan reguladas normas vinculantes al ámbito procesal.

#### 2. Las fuentes secundarias

a) La jurisprudencia: Entendida como el conjunto de decisiones judiciales, que son dictadas por los tribunales aplicando la ley a los distintos litigios, basado en las pretensiones deducidas por los ciudadanos (sea en materia civil, penal, laboral, etc.). El interés de la jurisprudencia como fuente, se acrecienta al constituir un resultado inminente del quehacer jurisdiccional en la aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

Ahora bien, es evidente que la jurisprudencia de casos no constituye siempre una norma jurídica o procesal de aplicación obligatoria, al constituir interpretaciones efectuadas por los jueces en las resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada, pero que aún con estas connotaciones no gozan en rigor de fuerza vinculante para obligar a otros magistrados que resuelvan en idéntico sentido casos análogos o similares, en la mayoría de los sistemas del *civil law*.

La jurisprudencia constituye una constante fuente de inspiración para la doctrina, como para los futuros fallos judiciales, siendo muy utilizadas, no olvidemos que los órganos jurisdiccionales realizan una permanente labor de "creación jurídica", <sup>15</sup> al avalar esta creación jurídica generada por los jueces, debería otorgársele el carácter de fuente del derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia en el *civil law*, no actúa como en los países anglosajones donde se da un sistema de jurisprudencia obligatoria, <sup>16</sup> en cuanto a que la decisión del tribunal en un caso obliga para el futuro a los demás (*stare decisis*), donde la jurisprudencia tiene una virtualidad mucho más amplia y rica que la propia ley. El derecho positivo no atribuye a la jurisprudencia mandato jurídico obligatorio.

<sup>15</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et. al., ob. cit., p. 134.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> VESCOVI, Enrique, *Teoria General del Proceso*, Editorial Temis, 2º Edición, Bogotá, Colombia, 1999 p. 13.

Esto riñe con los mandatos convencionales que a partir del caso *Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs Uruguay*, indican que los fallos del sistema interamericano tienen efecto de precedente vinculante obligatorio, basado en la dignidad humana, implicando un claro contraste con las normativas internas que sin duda deberán ajustarse a los mandatos convencionales.

b) La doctrina: Definitivamente no constituye una fuente principal del derecho como tal, pero su autoridad es innegable y fundamental, sobre todo dependiendo de la autoridad que haya emitido la opinión (mayor o menor categoría del jurista emisor de la opinión) y en otros casos de la mayor o menor opinión uniforme de varias citas doctrinarias en un mismo sentido.

La doctrina cumple un rol medular vinculando a la norma abstracta con el caso concreto, elaborando soluciones y aportando grados de compresión del derecho, tanto clarificando la aplicabilidad de las instituciones, creando conceptos, definiciones, apreciando la naturaleza jurídica de las figuras jurídicas, efectuando una labor comparativa, en definitiva, construyendo y clarificando el marco jurídico.

c) Principios generales del derecho: Se ha enseñado desde siempre que los principios generales del derecho eran fuentes del ámbito jurídico, sin embargo, resulta complicado atribuirle el carácter de fuente principal del derecho procesal, sin desconocer su relevancia como fuente secundaria. La mayoría de los principios sean generales o específicos de cada materia, surgen regulados en los distintos cuerpos normativos, y desde allí conservan su trascendencia vinculante.

Aun cuando se exteriorice los inconvenientes de aplicabilidad y de obligatoriedad, una observación aguda permite vislumbrar a los principios como soporte de la ciencia jurídica. Un orden jurídico sin postulados elementales de justicia y carente de principios, originará la condenación del orden legal por antijurídico.<sup>17</sup>

Los principios entonces, están inmersos en la ciencia jurídica, por tanto, en el derecho procesal, incluso sin necesidad de estar legislado, orientando al sistema desde fuera o desde dentro (en caso de estar insertos en los cuerpos normativos), pero no corresponde indicar a un derecho procesal sin principios, de ser así, estaríamos propinando una estocada a esta rama del derecho hiriéndole de muerte.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et. al., ob. cit., p. 131.

d) La costumbre: Entendiéndose como tal a las normas generadas espontáneamente a través de la repetición constante y permanente de conductas por los individuos, que a través del tiempo -sin una legislación precisa- se vuelven obligatorias para un determinado grupo social o para las sociedades. Estas pasan a constituir fuentes del derecho procesal, aunque en puridad la doctrina actual no resulte unánime en darle la transcendencia de fuentes del proceso.

La costumbre ha sido muy relevante en el pasado, y aun hoy conserva algunas aristas de trascendencia, pero en la mayoría de los casos no son obligatorias y el apartamiento de la costumbre forense no da lugar a reclamaciones de ningún tipo (ni a incidentes, ni a nulidades).

#### 3. Fuentes supletorias

En el carácter de fuentes supletorias del derecho procesal surgen aquellos que asienten la proliferación de criterios interpretativos con sustento axiológico, que en muchos casos sirven de fuentes supletorias e integradoras en especial ante la presencia de casos dudosos o de difícil resolución (*dificilitoris solucionem*).

Desde esta perspectiva asumen criterios de fuentes la justicia, la equidad, la lógica y la experiencia, adicionando a los principios rectores de la humanidad. Emergen como los criterios interpretativos que sustentan a la norma jurídica, dando sentido o estableciendo las valoraciones axiológicas jurídicas o no, que devienen de la norma.

#### IX. LA VARIACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

A colación de lo antecedentemente expuesto, emerge como un nuevo reto del derecho procesal la comprensión de la variación del sistema de fuentes que fuera puesto en crisis, debiendo explicar las connotaciones que engloban al temario.

Conviene rememorar que la teoría vigente justificativa de la ciencia jurídica hasta hoy día exhibe como fuentes del derecho a los postulados contenidos en el orden normativo, enseñanza que se sigue impartiendo en las universalidades, donde fluye que las fuentes son esencialmente la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Esto tiene mucho que ver con el grado de involución de la academia jurídica, que no se ha percatado de las variables.

Por este tiempo inciden cuestiones esenciales que marcan la trascendencia del derecho sobre la ley; un derecho sobre principios, basado en la argumentación; la idea de bloque de constitucionalidad; y la repercusión de los tratados internacionales.

#### 1. Los distintos niveles doctrinarios

A efectos de comprender la situación exteriorizada invita a vivenciar un repaso por los distintos niveles doctrinarios que han fluido de las teorizaciones históricas realizadas en el derecho.

Luego de la triunfante revolución francesa, se expande en Europa un modo peculiar de avistar el derecho, que por aquel entonces era el paradigma imperante como una conquista reveladora de las necesidades de la época. Podría certificarse que respondió a una visión dogmática, exegética, legalista e *ius* positivista del derecho, que con Kelsen alcanza un normativismo intenso, propia de la cultura decimonónica. El derecho estaba representado por la "norma", a la que se atribuían determinados efectos de acuerdo a cada legislación. Era la vigencia de la ley la que imperaba, respondiendo al adagio "dura lex sed lex", por más dura e injusta que sea, era la ley la que se aplicaba, los principios se toleraban pero solo aquellos positivizados, no estando en conflicto con la norma<sup>18</sup>.

Se extendió esta visión hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, donde a consecuencia de los juicios de Nüremberg de 1946, comienza a discutirse sobre la validez de la ley cuando está en contra del derecho. Conforme el régimen jurídico del nazismo las conductas ilícitas de sus personeros estaban avaladas por leyes vigentes y válidas, por lo que se podría haber caído ante la imposibilidad de juzgar a los que cometieron crímenes de *lesa* humanidad. Avalando el absurdo de no poder juzgar a los que habían cumplido la ley vigente y válida por aquel entonces, propia de un *ius positivismo* a ultranza. Claro que estas leyes no eran justas, siendo absolutamente injustas e ilegítimas.

Es así, que utilizando la fórmula de Radbruch, bajo el rótulo de ser violatoria de principios del derecho natural y violatorios de los derechos humanos, fue cuestionada su juridicidad positiva debido a su abierta inmoralidad y carencia de racionalidad, al extremo de considerarlas como inexistente *ab-intio* dada su inmoralidad inexcusable. Una injusticia mayúscula, aunque sea legal no puede constituir un derecho.

Son altisonantes los calificativos radbruchianas posteriores a la Alemania nazi, donde pueden leerse acusaciones al positivismo jurídico, en especial por causar insensibilidad a la conciencia de juristas que avalaron la injusticia extrema, posicionando una dimensión ética para superar dicha postura radical de ilegitimidad normativa. Desde

28

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> VIGO, Rodolfo Luís, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2012, p. 48.

ese entonces comienza un lento derrotero, que impone el deber de aceptar la vigencia del derecho por sobre la ley.

La concepción esboza un nuevo escenario donde prestar atención inusual a los principios jurídicos, que al decir de Alexi<sup>19</sup>, constituyen mandatos de optimización hacia el orden jurídico, en tanto mandan a sostener la mejor conducta posible según las posibilidades que puedan justificarse, que incluso, en caso de tensión lleguen a prevalecer por sobre las normas.

El derecho tutela las garantías fundamentales básicas y naturales de la persona humana, que ni la propia ley vigente puede soslayar, dando lugar a la preeminencia de los principios como fuentes de la ciencia jurídica, o cuento menos en equilibrio y armonía con las leyes vigentes.

#### 2. La idea de bloque de constitucionalidad

En la actualidad ya no corresponde hablar solo de Constitución, por cuanto que la norma fundamental generalmente escrita es insuficiente para satisfacer todas las expectativas normativas de los sujetos jurídicos.

Ante lo cual, discurre evidente que la literalidad de la Constitución no puede restringirse al texto escrito, sino a una amplia gama interpretativa que asiente cubrir todas las posibilidades jurídicas que requiera un sistema legal, solo así se otorgará integralidad al diseño de protección.

Por consiguiente, entender a la Constitución como un cuerpo estático, cerrado e inerte, pasa a constituir un sinsentido, fomentando una Constitución con dimensión amplia y abierta a la vez, que desde su propio texto transmita la idealización de aceptar que no todo está en la Constitución, sino que hoy día corresponde conjeturar un verdadero bloque de constitucionalidad, superando la visión estrecha y cerrada de antaño.

La norma fundamental si bien escrita y básica, estará en coordenada con una textura abierta que asienta la inclusión de otros mecanismos normativos, que no son propiamente constitucionales, pero con rango constitucional o cuasi-constitucional, como ocurre con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, España, 1993, pp. 86-87.

El bloque de constitucionalidad resulta de aquel que comprende a un conjunto normativo que contiene principios, valores y disposiciones de rango constitucional, pero fuera del texto de la Constitución.<sup>20</sup>

Del bloque de constitucionalidad se visualiza una norma suprema amplia, donde confluyen: a) la propia literalidad de la norma fundamental; y, b) los otros instrumentos o sistemas normativos que también son normas de carácter constitucional por mandato de la propia Constitución, a través de la "cláusula de inserción" que contiene.

Valga la aclaración que cuando se referencia a bloque, incluyen a la propia Constitución con su normatividad literal y escrita, como también a todas las normas jurídicas provenientes de otras disposiciones, órganos o fuentes normativas que no se encuentran formalmente contenidas en la Carta Magna, ubicados fuera del texto constitucional, pero que tengan rango constitucional.

#### 3. Repercusión de los Tratados Internacionales

Por estos días se justifica la superación de la vieja teoría decimonónica poniéndola en crisis, asintiendo un conglomerado de muchas fuentes del derecho abastecidos por los principios y por los derechos humanos que se integran al cuerpo constitucional. Nótese que se referencia a una fuente infraconstitucional como lo son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Da la pauta que las fuentes del derecho se generan más allá de los Estados nacionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) pero con efectos y aplicación dentro de los Estados, lo que conlleva a asentir que no se pueda afirmar sobre una jerarquía de fuentes, sino que comienza a guardar relevancia la tesis argumentativa vital para referenciar que actuación tuvo el juez al valorar la fuente aplicada.

#### X. ASEQUIBILIDAD DEL VALOR JUSTICIA

A pesar de compartir la idea que el valor justicia resulta el centro neurálgico sobre la cual construir el mecanismo de juzgamiento, instando a su asequibilidad, resta reconocer que es un concepto difícil y complejo, Perelman reflexionaba en tal sentido:

30

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, *El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales: una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional*, en VELANDIA CANOSA, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, volumen I, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012, pp. 223-255.

Entre todas las nociones prestigiadas, la justicia parece una de las más eminentes y la más irremediablemente confusas (...) desde hace miles de años todos los antagonistas en los conflictos públicos y privados, en las guerras, las revoluciones, los procesos, las querellas de intereses, declaran siempre y se esfuerzan por probar que la justicia está de su parte (...)".<sup>21</sup>

Se trata de idear una concepción que resulte proporcional con el derecho invocado y acondicionada a la ley, reflexionar sobre una decisión justa, en principio correspondería que sea consecuente con el derecho y de ser posible también adecuada a la ley, porque esto implicará que la ley está acorde con el derecho y es justa.

Aun a pesar de los inconvenientes la Corte IDH ha hecho una apuesta en concreto por el valor justicia, irradiando efectos devastadores sobre todos los órdenes procesales que bregaban por dar preeminencia a la seguridad jurídica. En el caso *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador* (2012), <sup>22</sup> la Corte demostraba un compromiso indiscutible con el valor justicia y con su obtención dentro del proceso judicial.

La idealización es solidificar un derecho basado en principios, ubicado por encima de los intereses particulares amparando la convivencia de todos los hombres, consolidado en el respeto a estos principios que potencian los derechos de los seres humanos más allá de sus naturales diferencias, bregando decididamente por justicia<sup>23</sup>. La Justicia como valor central del ejido jurídico, inclinado de manera insidiosa en que el diseño de litigación debe tener esta orientación axiológica puntual.

#### IX. LA CULTURA JURÍDICA, SU INCIDENCIA

Discurre esencial la vinculación que tiene el derecho procesal con la cultura jurídica, teniendo en cuenta que el ámbito procedimental se encuentra marcado por la cultura jurídica, como ocurre con la incidencia del *civil law* en el orden procesal latinoamericano. En este orden de ideas resulta vital comprender la cultura procesal imperante, a partir de allí construir un sistema que dé respuestas a la sociedad donde se inserta. Situación por

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> PETZOLD PERNÍA, Hermann, *Algunas notas sobre la noción de justicia de Chaim Perelman*, en LACLAU, Martín, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 213.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> CORTE IDH. *Caso Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 249.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs Perú*. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 12.

demás harto difícil, porque desde siempre se tuvieron como punto de inicio arbotantes foráneos para el campo procesal no adaptados a la cultura social y jurídica nacional de estos parajes.

Para construir un modelo procesal no deberían soslayarse las ideas de la cultura política, la cultura social y la cultura jurídica, sustentado en la armonización de estas tres vertientes culturales concebir la construcción de un modelo procesal adecuado.

Ocurre que se han ideado modelos procesales catalizados en compartimientos estancos, órdenes que no siguieron una línea conductual uniforme, sea desde el plano *ius* teórico como del *ius* filosófico, derivando en el caos de mecanismos procesales no ajustados a los mandatos constitucionales y las realidades imperantes. Eso hizo que cada marco legal codificado actué sin ligamen con los otros cuerpos procesales, ni con el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Se generaron órdenes procesales que se auto sustentaban en sí mismos que no miraban el contorno global jurídico, haciendo que se visualicen como estamentos independientes, autónomos y estancos unos de otros.

Se intenta justificar la tesis de vinculación entre cultura jurídica y derecho procesal, que desde los ámbitos constitucionales modernos indican haberse comprometido con el solidarismo procesal, abandonado el individualismo.<sup>24</sup> En tal sentido, desde la cultura jurídica propiciar una magistratura activa y cooperadora rompiendo con el molde liberal, en una muestra de gran confianza hacia los jueces, como una apuesta concretada en Latinoamérica, sin que implique dejar de establecer rígidos límites al Poder Judicial, que como todo poder tiende a descarriarse con el tiempo.

Nótese que desde tiempo atrás se dispensa un compromiso con la visión publicística y cooperacionista del proceso, en una apuesta de avance cultural ya aceptado en el orden procesal, pero que por trabas doctrinarias forzadas por ideologías liberales y burguesas impiden una consolidación efectiva, de ahí que se sostenga que no solo incumbe propiciar la actualización de códigos (reformas totales o parciales) sino que debería apuntarse a un verdadero trastoque mudando los paradigmas culturales, aquello que Jairo Parra Quijano definía como "encarnar los cambios", de otra manera la consolidación de la mutación solo se efectuará en papeles, pero no en la cultura jurídica que con seguridad no alcanzará a digerir dichas transformaciones. En otras palabras, el cambio no arribará a quienes serán los gestores y aplicadores de los nóveles paradigmas.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> STÜRNER, Rolf, "Derecho procesal y culturas jurídicas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*,, 2008, año VII, no. 12, Buenos Aires, Argentina, p. 284.

#### XII. SÍNTESIS CONCLUSIVA

El derecho procesal en estos tiempos trae consigo retos y desafíos que implican la necesidad de ajustar a coordenadas innovadoras y modernas, desembarazándose de ideas perimidas y superadas, no será fácil el derrotero y de hecho se exterioriza como un objetivo ambicioso que propone una mutación cultural por la que vale la pena aventurarse, pues con seguridad llevará a un mejor servicio de justicia.

Lo narrado expone la necesidad de un nuevo miramiento sobre las condiciones en que debe desarrollarse el derecho procesal, que deberá acomodar sus pilares esenciales a bisoños postulados, tanto de constitucionalidad como de convencionalidad.

De no adaptarse, representará un diseño procesal con un mar de debilidades que no se amoldará a las exigencias de la sociedad moderna, que evoluciona en el sentido de una visión de mayor proteccionismo.

Al final, el relacionamiento entre lo constitucional y lo supranacional acabará exteriorizado en el derecho procesal, porque aquello que se mantiene en las altas esferas convencionales y constitucionales requieren de una bajada de línea hacia el procesalismo, que es el lugar natural donde se cumplimentará efectivamente la tutela de los derechos. De ahí que devienen trascendentes los ajustes a ser realizados en el derecho procesal, en todas sus áreas y materias, con el objeto de que el mecanismo de tutela concuerde con las nacientes condicionales.

La doctrina desde hace tiempo ha venido sosteniendo la relevancia de la problemática procesal, como un componente vital para el amparo de los derechos. Así las cosas, se busca que los derechos pasen de la exhibición teórica, a la realidad de la concreción en la práctica, que únicamente se viabilizará mediante el derecho procesal.

#### XIII. BIBLIOGRAFÍA

#### **Doctrina**

- ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, España, 1993.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Ediar SA Editores, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et. al., Derecho Procesal, Introducción, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2002.

- ESPINAL IRÍAS, Rigoberto (Coord.), *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53095
- FAVOREAU, Louis, Legalidad y constitucionalidad, La constitucionalización del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2003.
- PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1988.
- PETZOLD PERNÍA, Hermann, Algunas notas sobre la noción de justicia de Chaim Perelman, en LACLAU, Martín, Anuario de Filosofia jurídica y social, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, , Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2014.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo (Director científico), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, volumen I, VC Editores Ltda. y ACDP, Bogotá, Colombia, 2012.
- VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2ª Edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luís, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2012.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, 2º Edición, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2021.

#### Hemerografía

STÜRNER, Rolf, "Derecho procesal y culturas jurídicas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2008, año VII, no. 12, Buenos Aires, Argentina, p. 284.

#### **Convenios internacionales**

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales
- Convención Americana de Derechos Humanos

### Jurisprudencia de la Corte IDH

- Caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, voto razonado de Sergio García Ramírez.
- Caso Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- Caso Viviana Gallardo y otros, Nº G 101/81, Resolución del 15 de julio 1981, 13 de noviembre de 1981.