

**XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
GARANTISTA**

AZUL

3 y 4 DE NOVIEMBRE DE 2016

Concursos de ponencias de estudiantes.-

Fuentes del Derecho Procesal

Felicitas Delbonis¹

Abstract:

Las fuentes del derecho procesal evolucionan con el paso del tiempo, conforme los cambios culturales, sociales e incluso tecnológicos. En esta era el juez aparece nuevamente en la escena de “las fuentes del derecho” en un ámbito contextual confuso, y hasta independiente de la jurisprudencia. Paralelamente surgen otras fuentes como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ley pierde su reconocimiento como fuente principal, reemplazándose el privilegio de la seguridad jurídica y previsibilidad, por la discrecionalidad judicial y la indeterminación jurídica. En este contexto, las variaciones de las fuentes pueden desencadenar una crisis de la dependencia disciplinar del derecho procesal.

1

Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Colaborador del Departamento de Derecho Procesal de la UNICEN.

Sumario:

1.-Concepto de fuentes desde la concepción general del Derecho.

2.-Concepto de Fuentes del Derecho Procesal.

3.-La Ley.

3.1-¿Nueva valoración de la ley como fuente del derecho procesal?

4.- El Juez y la Jurisprudencia.

4.1- El juez como fuente

4.2.-La jurisprudencia.

4.3-La corte interamericana de Derechos Humanos.

5.- Conclusiones.

6.- Bibliografía.-

1.-Concepto de Fuente desde la concepción general del Derecho

Para la mayoría de los doctrinarios y estudiosos del derecho, las *fuentes* son el origen de lo que llamamos normas, es decir de donde nacen y se crean las normas jurídicas. Un destacado filósofo y jurista argentino del siglo XX, Carlos Santiago Nino, nos dice en una de sus obras “El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace bajo el rótulo de fuentes del derecho”.²

Este autor señala dos modalidades distintas de creación del derecho: por un lado éstas pueden nacer de manera *deliberada*, haciendo referencia a la sanción de reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas. Por ejemplo las dictadas por una

2

Nino, Carlos Santiago *Introducción al análisis del derecho*, 2da. Edición, Bs. As., Astrea, 2015

convención constituyente, las que dicta el Congreso, los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, las sentencias que pronuncian los jueces, normas jurídicas de los particulares, como lo es la celebración de un contrato. Estas últimas son autónomas, puesto que regulan solo las conductas de quienes intervienen y no se requiere competencia particular para dictarlas.

La otra modalidad que el autor denomina *espontaneas* surge de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad, como lo es la costumbre, pero para que la norma consuetudinaria adquiera carácter jurídico ella debe formar parte de un sistema jurídico, es decir ser reconocida por los órganos primarios del sistema. También son espontáneos para este autor en particular, la jurisprudencia o los precedentes judiciales, es decir aquellos cimientos de razonabilidad o equidad que constituyan los fundamentos de una sentencia. Esos criterios son tomados y valorados por otros jueces en un caso análogo, y cuando esto sucede puede considerarse tanto o más obligatorio que las leyes deliberadas.

Las formas de crear normas jurídicas no están establecidas a priori, sino que varían para cada sistema jurídico en particular. En algunos casos pueden tomar mayor relevancia las normas legisladas, otros sistemas pueden estar encabezados sólo por un conjunto de normas consuetudinarias, y en otros casos las normas de un sistema jurídico pueden tener orígenes diversos.

Me atrevo a decir que para toda la doctrina, siendo nuestro país de corte continental europeo, generalmente se afirma que las fuentes básicas más relevantes no son más que las que nacen deliberadamente con carácter constitucional. En comparación con otro sistema, llamado Common Law, al cual adhieren Inglaterra y Estados Unidos, los precedentes judiciales constituyen las fuentes del derecho más importantes.

“No hay más que dos formas de recorrer los caminos de la vida. Una trazando previamente el derrotero sobre el mapa y recorriéndolo después en línea recta, siguiendo los principios, aun a costa de los mayores sacrificios. Otra es no

trazar caminos, sino echarse a andar por la vida, sorteando las necesidades a medida que nos acometen. Si se alza ante nosotros una montaña, la bordeamos; si nos detiene un río, nos desviamos hasta el próximo paso; subimos las colinas o descendemos a los valles a medida de las necesidades de la marcha. Lo primero fue lo que hizo Roma; lo segundo fue lo que hizo Inglaterra. Los ingleses dicen que el derecho civil es la vía recta de las legiones romanas, y que el common law es la humilde senda del pelegrino.”³

“En nuestro país, los jueces buscan orientación en la jurisprudencia, pero en general no consideran que los precedentes tengan fuerza imperativa para las futuras decisiones. Por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país, a diferencia de los precedentes del common law, no se constituye con una sola decisión sino que exige una serie concordante de decisiones.”⁴

Otro autor con teorías filosóficas importantes del análisis del derecho en general es Werner Goldschmidt quien distingue para su definición las fuentes reales y las fuentes de conocimiento de las normas. “Quien consulta las fuentes reales adquiere un conocimiento directo de ellas, mientras quien estudia las segundas, no obtiene sino un conocimiento derivado.”⁵

Las fuentes reales de las normas se encuentran en la materialidad de los hechos cuya captación lógica, desde el punto de vista de un tercero, permite deducirlo. Generalmente se formalizan mediante leyes, o la costumbre (a través de la ejemplaridad).

3

Couture Eduardo J. *Estudios del derecho procesal civil*, Tomo I, Bs.As., Depalma, 1998

4

Nino, Carlos Santiago *Introducción al análisis del derecho*, 2da. Edición, Bs. As., Astrea, 2015

5

Goldschmidt, Werner *Introducción filosófica al derecho*, 6ta. Edición, Bs. As., Depalma, 1996

Las fuentes de conocimiento de las normas se hallan en la ciencia jurídica. La literatura jurídica nos ayuda a conocer el conjunto de normas, elaborado a través de investigaciones y estudios científicos de las fuentes reales. Aquí encontramos la doctrina, cuya misión es convertir las fuentes reales de las normas en fuentes de su conocimiento.

Como el mundo del hombre es dinámico y avanza con el paso del tiempo, el mundo jurídico corre a veces a la par, otras veces detrás, pero siempre en continua evolución. Y así como un Estado puede cambiar su sistema político, su forma de gobernar y las costumbres de un pueblo, el sistema jurídico también se modifica, y por qué no sus fuentes.

Propongo unas primeras preguntas del tema: ¿Las fuentes del derecho evolucionan? Respecto a la jerarquía de fuentes, ¿ella se mantiene? ¿Hay algunas fuentes históricas para nuestro país como la Ley que pierden relevancia? ¿Pueden surgir otras fuentes del derecho no consideradas hasta el momento?

2.-Concepto de Fuentes del Derecho Procesal

Jorge Claria Olmedo entiende por fuentes aquello donde está, se muestra o se manifiesta el derecho, indistintamente de su origen, nos dice: “aquí entendemos por fuentes aquello donde el derecho procesal penal positivo se manifiesta. Es en realidad el derecho mostrándose en sí mismo para generar la energía y marcar el camino que empuja y conduce a la efectiva realización de la justicia penal. La mal llamada fuente de origen o de producción conduce a considerar conduce a considerar una cuestión distintas al de las fuentes en sí; es el problema de su origen de donde ellas emanan, nacen y se hacen”.⁶

6

Jorge Claría Olmedo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi. Buenos Aires, Rubinzal-Culzzoni, 2001

El origen del derecho va más allá de la fuente por cuanto se refiere a su producción, que conlleva un análisis más profundo para este autor.

Clara Olmedo afirma que constituyen fuentes del derecho procesal las leyes, decretos, acordadas, instrumentos normativos internacionales y prácticas del foro (con estas últimas se refiere a los usos judiciales de ciertas prácticas procesales que limitan actuaciones de rutina como puede ser un acta, un oficio. La jurisprudencia y la costumbre no son fuentes del derecho procesal penal, para este autor quien nos dice que solo sirven para la interpretación y para fijar criterios de aplicación.

Julio J. B. Maier un autor contemporáneo del derecho procesal, entiende por fuente del derecho genéricamente la identificación de la forma institucional de donde emana el derecho vigente, es decir dónde acudir en búsqueda de las normas jurídicas, de las expresiones lingüísticas y conceptuales que las conforman. Para este autor estamos frente a una Proposición del jurista sobre una regla del orden jurídico que nos indica cual es el sistema de ese orden jurídico para producir en principio normas validas, y no una regla del sistema (Regla de conocimiento). Reconoce como fuentes del derecho procesal a la ley, la jurisprudencia y la costumbre.⁷

Jorge Vázquez Rossi en su primer tomo de Derecho Procesal Penal menciona el termino de Fuentes, desde dos interesantes posturas, por un lado la que predomina en los tratados jurídicos tradicionales de derecho que hacen referencia a los aspectos formales y cita a Vervengo para definirlo “son las normas positivas, de cualquier tipo, que pueden ser invocadas por un órgano como fundamento de la validez de las normas que estatuye”.

Por otra parte entiende como fuente a todo conjunto de formas o maneras de exteriorización de los contenidos jurídicos, y al surgimiento de los mismos.

7

Maier Julio B. J., Derecho Procesal I. Fundamentos. “ 2da. Edición. Buenos Aires, Editores del puerto, 1996

Postura más amplia que involucra a los factores sociales que condicionan el surgimiento y el desenvolvimiento de las normas jurídicas entendidas como parte de la normatividad general y como manifestación del control social. Debe analizarse la época, los pueblos, su particular desarrollo y las relaciones de poder que determinan el establecimiento, mantenimiento y evolución de un orden jurídico. “Fuentes del derecho procesal penal serán aquellos preceptos que estructuran el funcionamiento, operadores y órganos que realizan el derecho penal de un Estado en una época”.⁸

Las fuentes del derecho procesal no difieren del estudio de las fuentes del derecho en general, con las particularidades propias de este derecho autónomo como vimos en cada autor en particular, y con la evolución de factores de orden político, económico y social que acompañan, pero con interrogantes similares podemos sumar nuevas consideraciones: Es la ley en sentido estricto, ¿la única fuente del derecho procesal? O en sentido amplio, ¿fuente del derecho procesal serán todos aquellos preceptos que hacen al funcionamiento del derecho en un Estado y una época determinada?

Podemos aproximar una respuesta diciendo que el sistema procesal consagrado en las leyes para la organización de la justicia judicial; la ideología política vigente en cada país, principalmente con respecto a la protección de los débiles en busca de una real y práctica igualdad de oportunidades para la tutela de sus derechos; el valor de la jurisprudencia en el derecho procesal, pues es ella la encargada de resolver la incoherencia y la oscuridad de los textos legales, de armonizarlos y de llenar sus vacíos; la doctrina que interpreta y hace penetrar a nuevas concepciones procesales; todas ellas son fuentes del derecho procesal. No quita la oportunidad, que puedan generarse nuevas fuentes de derecho, o que fuentes históricas relevantes pierdan valor, y las que solían ser fuentes “secundarias” adquieran mayor fuerza en el debate.

8

Vázquez Rossi Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004

Veremos seguidamente el análisis de algunas fuentes del derecho procesal.

3.-La Ley

Para Chiovenda, la norma procesal es la ley reguladora de los modos y condiciones de la actuación de la ley en el proceso, así como de la relación jurídica procesal. En donde encontramos dos tipos: la ley procesal material y la ley procesal formal. Dentro de una concepción tradicional y minusválida del proceso, se afirmaba que este solo consistía en el conjunto de formas que deberían ser cumplidas para poder defenderse los derechos en los tribunales. Chiovenda, contra lo expuesto, afirma que la ley procesal no es necesariamente formal aunque admite que hay algunas que solo cumplen tal función. Con respecto a la naturaleza, afirma que la ley procesal pertenece al Derecho Público, en tanto regula una actividad pública. Sin embargo, muchas de ellas son solo leyes dispositivas. Aquí encontramos las leyes dispositivas que su incumplimiento puede ser subsanado y las leyes impositivas que exigen un cumplimiento obligatorio.⁹

“Las normas dinámicas son aquellas que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos, presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. La peculiaridad de lo expuesto radica en que el dinamismo está contenido en la norma, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecuentemente no porque así lo decidan los interesados sino porque la norma respectiva así se los ordena. Para ello ocurra, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecuenciales, lo que sucede exclusivamente en el procedimiento- en rigor, en todos los procedimientos- donde se eslabonan

9

Chiovenda José, Principios del Derecho Procesal Civil, Traducción José Casais y Santoló, Edit. Reus, Madrid, 1922.-

actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.”¹⁰

Las normas del derecho procesal tienen como principal característica su dinamismo, y se encuentran contenidas en los códigos procesales, leyes especiales, y reglamentos que las complementan.

Al mencionar la palabra fuentes en el derecho procesal es ineludible hablar sobre la ley como primordial en nuestro sistema jurídico en particular, incluso algunos autores la sigan catalogando como “la única fuente del derecho procesal argentino”. El artículo 18 de la Constitución Nacional nos indica que el fundamento de la pena que se aplique a una persona sólo puede nacer de una norma vigente al tiempo de la comisión del hecho, que atrape en su definición al comportamiento natural que se juzga y lo declare punible. Este es el sentido formal del derecho penal.

Así también el artículo 18 de la Constitución Nacional torna obligatorio un proceso previo a un juzgamiento conforme a las garantías que exige la misma ley fundamental, y que tal procedimiento sólo puede ser regulado por ley formal, emanado por los órganos legislativos competentes, esta órbita ocupa el lugar del derecho procesal penal.

Nulla poena sine iudicio. Significa que "no hay pena sin juicio", siendo éste uno de los tantos principios establecidos en materia procesal penal. Dicho principio está en concordancia con el Artículo 1 del Código Procesal Penal, el cual establece que nadie puede ser condenado sin un juicio previo. Importa la exigencia de un verdadero legismo procesal en el sentido de una ley que regule los actos procesales a cumplir previos a una condena y su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, la necesidad de un procedimiento jurídico regulado por ley en sentido formal.

10

Adolfo Alvarado Velloso, *Lecciones del Derecho Procesal*, Astrea, Buenos Aires- Bogotá, 2015

Todo ello es fundamento de que la ley es fuente indiscutida en nuestro derecho procesal, pero no es la única. Propongo sembrar una incertidumbre sobre si ella ha perdido relevancia o por el contrario, sigue siendo la madre del derecho procesal argentino.

3.1.- ¿Nueva valoración de la Ley como fuente del Derecho Procesal?

De las fuentes enumeradas por la doctrina clásica del derecho, la definición de ley entendida como “disposiciones generales, objetivamente formuladas, de carácter obligatorio y emanadas de la autoridad competente”¹¹ hoy ha perdido relevancia. Y no se debe a que ellas dejan de ser dictadas por el legislador en sus funciones; ni tampoco significa que se derogaron los códigos procesales que regulan la material, o que las leyes especiales de los procedimientos particulares han desaparecido, entre otras cosas. Por el contrario, siguen vigentes pero a veces parece que en el proceso no tienen vida, es decir se deviene su carácter obligatorio, o pierden importancia.

Será porque los procesos cada vez son más tediosos y no hay agilidad procesal; será porque los jueces se valieron de otras fuentes del derecho para fundamentar sus resoluciones distintas al texto de la ley, fuente formal por excelencia.

Charles Evans Hughes, abogado y político republicano del Estado de Nueva York cuando era gobernador del Estado de Nueva York dijo: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

No estamos tan lejos de esa frase en nuestro sistema jurídico. La experiencia demuestra que no toda regulación legal o principio elaborado por juristas consigue su objetivo final, ya que la labor de los jueces puede deformar las buenas intenciones de los legisladores o de los juristas.

11

Vázquez Rossi Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004

No son pocas las ocasiones en que los jueces llenan lagunas de la ley procesal o fijan conceptos que el legislador no delimitó, o incluso modifican si es necesario la letra de la ley con la fundamentación de un “mejor proveer”.

Las medidas para mejor proveer constituyen el instrumento procesal mediante el cual se permite al juez civil una cierta iniciativa probatoria ex officio al final del proceso, justo antes de dictar sentencia. Tal atribución, puede violar los derechos constitucionales del debido proceso, la defensa en juicio, y la igualdad ante la ley, y sobre todo el principio madre del proceso civil: el principio dispositivo.

El rol de la ley como lo pensaron los constituyentes está vigente, pero podemos observar cada vez más como va perdiendo su tinte e impronta, y van apareciendo nuevas fuentes del derecho procesal.-

4.-El Juez y La Jurisprudencia

4.1.- El juez como fuente

“El problema del juez consiste en elegir un hombre a quien ha de asignarse la misión casi divina de juzgar a sus semejantes, sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos de hombre. Ser al mismo tiempo juez y hombre constituye un dilema dramático; como decía finalmente el canciller D’Aguessaeau, lo prodigioso del juez que lo puede todo para la justicia y no puede nada para sí mismo.

La elección del juez constituye ya de por sí una cosa sutil y delicada. Pero además de la elección existe un problema de investidura, consiste en saber cuál es el cúmulo de poderes que la sociedad ha de depositar en ese hombre,

sin dejar de ser tal, ha de tener el privilegio de decidir la suerte de sus semejantes.”¹²

En un variado contexto de distintos sistemas jurídicos, uno puede acudir a distintos planteos teóricos para responder el interrogante cual es la función de los jueces, y caer en posiciones restringidas a la aplicación de la ley, u otras más elásticas que admiten la interpretación de la norma, o pensar en un magistrado con potestades suficientes para constituir un órgano más en la estructura del poder político, de manera que también el juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales, entre otros muchos criterios que llevan a modelos potenciales del juez.

La cuestión a resolver, entonces suscita con en el alcance de que significa ser juez en uno u otro sistema constitucional, porque los poderes de la jurisdicción varían; de manera que el debido proceso señalará reglas comunes, pero la actividad propiamente dicha sufrirá adaptaciones acordes con la finalidad de cada proceso y la misión que se encuentre prevista para el juez en cada caso.

Todo juez debe actuar discrecionalmente para interpretar las normas sustanciales dándoles el sentido de justicia que al dictar sentencia se exprese, lo cual no significa alentar que la propia función jurisdiccional sea hecha *ex lege o contra lege*, todo lo contrario, se trata solamente de fomentar un sentido donde coincida la seguridad jurídica y la justicia social. Así mismo debe evitar dentro de sus funciones, una ley procesal mezquina, cuando su aplicación sea de puro ritualismo.

La crisis actual en sus funciones se asienta en las denominadas medidas autosatisfactivas, también llamadas de satisfacción inmediata, donde el juez resuelve sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho y en donde se anularía su eficacia si se dictara tardíamente. El magistrado en estos casos no respeta la bilateralidad, y da una respuesta definitiva a un caso que no puede esperar

12

Couture Eduardo J. Estudios del derecho procesal civil, Tomo I, Bs.As., Depalma, 1998

los plazos procesales, por su carácter de urgencia, sin llegar a constituir una medida cautelar precisamente.

Formulo otro nuevo interrogante, ¿cuáles son las funciones de los jueces?

Seguidamente cito un interesante trabajo de Juan Antonio García Amado, que reproduce su ponencia en la III Convención Latinoamericana de Derecho, celebrada en la Universidad Antioquia, y sintetizada por Osvaldo Alfredo Gozáini en su Libro *“El debido Proceso”* en donde presenta distintos modelos de los jueces que nos va a ayudar para la comprensión de sus funciones:

“El primer modelo, considera las decisiones y sentencias como manifestación de la voluntad incuestionable del monarca soberano. Es un modelo de origen medieval donde el juez actúa por delegación del soberano, y llega en algunos casos a no tener que fundamentar sus resoluciones, precisamente por la confianza que recibe de la máxima autoridad. En suma es un modelo de Juez-Autoridad que hoy ha quedado abandonado porque entiende que la autoridad de la sentencia judicial cada vez más es la razón.

El segundo modelo también considera el valor del pronunciamiento, donde la premisa es convencer del sentido de justicia que las sentencias llevan. Sería el modelo del juez salomónico, esto es el modelo del juez que se pide que ante todo haga la justicia del caso concreto. El modelo de juez del que se demanda la atención prioritaria a la equidad, el juez del que se solicita se halla, más que plegarse a la letra de la ley con su carácter general y abstracto sea capaz de ceñir exactamente los términos de su decisión a los merecimientos del hecho y de los sujetos que enjuicia este modelo que busca la justicia al caso concreto ha aparecido en las últimas décadas en la teoría del Derecho y seguirá apareciendo bajo formas múltiples.

El tercer modelo se implementa como juez máquina. Es el tipo en el que pensaba y creía el formalismo positivista del siglo XIX, el que estaba presente en aquella famosa y citada frase de Montesquieu, cuando se pedía que el juez fuera la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, es aquel tipo de juez

al que se refería Beccaria, y en el que están pensando los teóricos del siglo XIX de la escuela de la exégesis o de la jurisprudencia de conceptos.

El cuarto modelo, es el que llama juez humano o demasiado humano. Esta es la visión, del juez que se contiene en aquellas doctrinas, aquellas teorías del Derecho como las de Ihering (1860) que inicia furibundos ataques con la teoría de la subsanación y el modelo maquina antes comentado.

Uno de los cultivadores del derecho libre en Alemania decía que el Derecho verdaderamente está en manos del juez. Esto tiene en la doctrina norteamericana y en el realismo norteamericano- y también en el europeo- su expresión de que no hay más Derecho que lo los jueces dicen o lo que los jueces deciden, poniendo así de relieve el carácter creativo y creador de la actividad judicial.

El autor más prolífico sería Zagrebelsky, exponiendo en el derecho dúctil. ¿Entonces por qué lo llama modelo de juez demasiado humano? Porque asume que el juez no es ningún ser mítico omnisciente por definición ni nada por el estilo, sino que es un sujeto como cualquier otro que va a decidir guiado por sus propios parámetros y que como tales no están sometidos a ningún posible control.

El quinto modelo es el del juez científico- social. Una de sus primeras manifestaciones y más claras la tiene este modelo en numerosas afirmaciones de los representantes de la llamada escuela o movimiento del Derecho Libre en Alemania de las primeras décadas del siglo XX.

Basan el arquetipo en la necesidad de tener un juez que sea un científico-social, esto quiere decir que ante todo sepa: economía, psicología, sociología y que posea, además una muy sólida formación ética para que pueda actuar con auténtica responsabilidad en sus actos conociendo sus consecuencias.

El sexto modelo es el virtuoso, es decir el juez visto como el depositario por excelencia de la suprema virtud: la justicia.

Esta idea se proyecta en muchas doctrinas: las naturalistas, que han tenido y tienen una gran influencia en el pensamiento jurídico del siglo XX, a partir de Gustav Radbruch.

El séptimo modelo es el juez prodigioso que tiene cierto parentesco con el anterior, siendo sostenedor de él Ronald Dworkin. Propone un modelo ideal de juez como el juez Hércules, que es aquél que hipotéticamente conocería todas las circunstancias de los hechos que enjuicia, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social, todas las circunstancias sociales, políticas, etcétera, y con todo ese perfecto conocimiento sería capaz de hallar la única decisión por definición correcta para el caso.

El octavo modelo es para el llamado juez político, es el que toma conciencia del carácter político ineludiblemente de la actividad judicial.

El juez crea en alguna medida derecho y por lo tanto está contribuyendo a regir, gobernar, encauzar, normar, etc., la vida social y ejercer poder, y ésta por tanto es una disminución política de su actividad.

El noveno modelo lo denomina juez filósofo, es aquel que late por debajo de las teorías y filosofías de autores como Robert Alexi, porque estas teorías que podemos sintetizar en la etiqueta jurídica racional pretenden dar respuesta al irracionalismo.

Que los jueces sean una especie de filósofos sabios capaces de respaldar sus decisiones en la mejor teoría ética, política, etc., constituye una pretensión que choca en buena medida con el tipo de limitaciones y compulsiones con las que están comprometidos los propios jueces que tienen que decidir un gran número de casos contra reloj, buscando en el fondo que su sentencia no sea casada, buscando no aparecer de mala manera ante la opinión pública, etc.

El décimo modelo es el juez de engranaje, que tendrá su representación en las ideas Luhmann, el cual sostiene una teoría de sistemas según la cual el progreso social es posible por cuanto todo el sistema global esté articulado”¹³

Propongo un nuevo modelo, que es el juez como fuente de derecho, es decir aquel que de acuerdo a sus atribuciones concedidas por la ley, el poder que le ha depositado la sociedad, algunas de las características recientemente mencionadas como su racionalidad, sus conocimientos del derecho, pueda hacer nacer de manera deliberada, a través de sus decisiones, nuevas normas jurídicas, que deberán ser acatadas por las partes del caso en la sentencia que éste dicte.

4.2.- La jurisprudencia

Se ha debatido ampliamente acerca de si la jurisprudencia es o no fuente directa o formal del derecho, si es una fuente secundaria, indirecta, o una verdadera norma semiformal. Lo que es innegable y nadie discutiría el papel fundamental que juega en la interpretación y armonización del ordenamiento jurídico.

Como advierte Coing “...ningún ordenamiento jurídico se deriva de principios abstractos. Ningún ordenamiento jurídico es un sistema lógico- matemático. Las instituciones jurídicas se basan, más bien, de múltiples modos en la experiencia”¹⁴. De esta manera podemos reafirmar el carácter de fuente que presenta actualmente la jurisprudencia, que se ha ampliado su visión actuando

13

Gozaíni Osvaldo Alfredo, *El debido Proceso, Derecho procesal Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2004.

14

Coing, Helmut, *Historia del Derecho y Dogmática Jurídica*, en REHJ, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, 1981, p. 115.

como referente normativo en varias ocasiones para la emisión de sentencias, y para el estudio del derecho.

Es diferente hablar de Jurisprudencia como fuente, que decir Juez como fuente de derecho. La jurisprudencia es reconocida por la doctrina en general del derecho procesal, hablar de ella, es referirse a los antecedentes que adhieren un criterio, sobre la aplicación de un caso concreto, y que emanan de los órganos judiciales dispuestos para la aplicación del derecho.

En cambio, el juez como fuente, para quienes lo consideran, lo es por el poder de sus decisiones que crean normas que son obligatorias para las partes, las cuales deben respetar.

5.- La corte interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos está generando con sus resoluciones nuevos precedentes judiciales en lo que respecta al derecho procesal argentino.

Los fallos que empezaron siendo importantes directrices referidos a tratar el tema de los Derechos Humanos, hoy se extienden más allá, entrometiéndose en distintas áreas del derecho entre las cuales se encuentra el Derecho Procesal Penal.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa”, dictada en julio de 2004, fue un antecedente decisivo para que la Corte Suprema se pronunciara de este modo en el caso “Casal”.¹⁵

En esa decisión, el tribunal internacional estableció que el art. 8.2 de la CADH - que reconoce el derecho del condenado a recurrir su condena ante un tribunal

15

Herrera Ulloa Vs. Costa Rica- Corte Interamericana de Justicia y Casal, Matías Eugenio s/robo simple en grado de tentativa CSJN.-

superior- garantiza el derecho a contar con un recurso accesible y sencillo para obtener una revisión integral de la sentencia condenatoria.

El fallo “Casal” tendrá un impacto importante para la promoción de las garantías procesales y para la organización de la justicia federal, nacional y provincial.

En primer lugar, el alcance que la Corte le da al derecho a recurrir el fallo condenatorio constituye un importante adelanto para garantizar que sólo sufran condenas aquellas personas que han sido correctamente sentenciadas. Esto tiene interés para las personas condenadas y para toda la sociedad.

Queda pendiente ver si la Corte extenderá este criterio cuando la decisión recurrida no sea una condena pero sea otra clase de resolución importante, como por ejemplo, las que deniegan la libertad durante la tramitación del proceso penal.

En segundo lugar, el fallo analizado repercutirá positivamente en el trabajo de la propia Corte Suprema. En la medida que los condenados puedan ahora contar con una instancia en donde encontrar remedios para condenas infundadas, una menor cantidad de reclamos de esta clase llegará a la Corte. Es importante señalar que en la Corte hubo mayoría para resolver que, a diferencia de lo que le corresponde a la Casación o al tribunal provincial equivalente, ella sólo analizaría planteos de arbitrariedad en los casos en los que no había mediado ninguna clase de aplicación de las reglas de la sana crítica, estando en consecuencia, fuera de su competencia los casos en que un justiciable se agraviaba del modo en que estas reglas fueron aplicadas (voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt).

Caso Mendoza y otros c/ República Argentina: “El 14 de mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia, mediante la cual declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia. Asimismo, declaró al Estado responsable

internacionalmente porque los códigos procesales penales aplicados en los casos de dichas personas no permitían una revisión amplia de sus juicios por un juez o tribunal superior; por la falta de adecuada atención médica a uno de los niños mencionados; por haber sometido a dos de las personas referidas a actos de tortura, sin haber investigado estos hechos adecuadamente, y por no haber investigado adecuadamente la muerte de uno de aquéllos mientras se encontraba bajo custodia estatal.” CSJN¹⁶

En el Caso Videla, el fallo de la CSJN (2003) ha expresado: “Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos¹⁷ del 14/03/2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge. R. Videla. Por lo tanto y de acuerdo con lo resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos.”

También sostuvo la CIDH “La gran revolución jurídica del siglo XX ha sido consolidada por el Derecho Internacional de los Derechos al erigir al ser humano en sujeto del Derecho Internacional, dotado, como verdadera parte demandante contra el Estado, de plena capacidad jurídico-procesal a nivel internacional”–señalaba el Juez Cançado Trindade en su Voto Razonado en el caso “Niños de la Calle”¹⁸

16

Caso Mendoza y otros c/ República Argentina – Corte Interamericana de Derechos Humanos

17

Chumbipuma Aguirre y otros Vs. El Perú- Corte Interamericana de Derechos Humanos

18

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala)

En el caso Simón¹⁹ la Corte Suprema de Justicia de Nación determinó: “Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tienden a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados”.

En el mismo caso (Simón), el Dr. Boggiano, en voto separado ha manifestado “Que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente en las condiciones de su vigencia, esto es tal como rige en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la Convención Americana. Sobre el particular damnificado cabe recordar que esta corte ha establecido que, como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa por los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adaptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento.”

Todos estos precedentes son ejemplos de nuevas fuentes de Derecho Procesal Argentino. Por lo cual concluimos que la vieja concepción de no considerar la Jurisprudencia (en este caso de carácter Internacional) como fuente propiamente dicha, hoy esta desactualizada a la luz de la fuerte intervención que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la protección de

19

Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de libertad. Corte Suprema de Justicia de Nación

los Derechos Humanos, y las garantías que así los consagran, interfiriendo en todo el sistema jurídico argentino.-

6.-Conclusiones

Como conclusiones finales del trabajo, en primer lugar quiero resaltar que las fuentes del derecho procesal no son sólo las fuentes clásicas que consideraban los autores mencionados anteriormente.

Con los cambios de paradigmas jurídicos, las fuentes también evolucionan. Las que consideraba el derecho de la antigua Roma no son las mismas que las que considera el Common Law, ni tampoco son las mismas fuentes relevantes de nuestro país. En cada sistema jurídico en particular las fuentes también son distintas.

Debido al presente dinamismo social, económico, político, jurídico y tecnológico que afrontamos como sociedad, no hay que descartar que existan otras fuentes del derecho en estado incipiente que podrían adquirir relevancia jurídica. Por lo dicho anteriormente tanto el juez, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son fuente de derecho procesal.

La ley no dejó de ser fuente del derecho procesal, sino que en ciertos casos ha perdido la relevancia a la que suele referirse la constitución, modificándose el privilegio de la seguridad jurídica y previsibilidad, por la discrecionalidad judicial y la indeterminación jurídica.

Como corolario final, el cambio de las fuentes del derecho procesal pone en crisis la autonomía misma del derecho procesal, involucrándolo con otras ramas del derecho de las cuales parecía haberse independizado.

7.-Bibliografía

- Nino, Carlos Santiago Introducción al análisis del derecho, 2da. Edición, Bs. As., Astrea, 2015.-
- Couture Eduardo J. Estudios del derecho procesal civil, Tomo I, Bs.As., Depalma, 1998.-
- Goldschmidt, Werner Introducción filosófica al derecho, 6ta. Edición, Bs. As., Depalma, 1996.-
- Jorge Claría Olmedo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi. Buenos Aires, Rubinzal-Culzzoni, 2001.-
- Maier Julio B. J., Derecho Procesal I. Fundamentos. “2da. Edición. Buenos Aires, Editores del puerto, 1996.-
- Vázquez Rossi Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.-
- Chiovenda José, Principios del Derecho Procesal Civil, Traducción José Casais y Santoló, Edit. Reus, Madrid, 1922.-
- Adolfo Alvarado Velloso, Lecciones del Derecho Procesal, Astrea, Buenos Aires- Bogotá, 2015.-
- Gozaíni Osvaldo Alfredo, El debido Proceso, Derecho procesal Constitucional, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2004.-
- Coing, Helmut, Historia del Derecho y Dogmática Jurídica, en REHJ, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, 1981, p. 115.
- Romero Seguel Alejandro, El valor de la jurisprudencia en Materia Procesal, Revista Chilena de Derecho, 2001.-
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos:
 - Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros Vs. El Perú), sentencia del 02/07/2004

- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 14/03/2001
- Caso Mendoza y otros c/ República Argentina sentencia del 14/05/2013
- CSJN, Fallos: 328: 3399 (Casal)
- CSJN, Fallos: 328: 2056 (Simón)