

XXVI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
Santa Fe, 8,9 y 10 de Junio de 2011

Comisión de Derecho Procesal Civil

Título de la Ponencia: “Iura Novit Curia y reconducción de las postulaciones. *Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental*”

Autora: Ana Clara Pauletti

Datos de contacto: Dirección postal Rivadavia 454, Gualeguaychú, ER (2820), correo electrónico: anapauletti@hotmail.com, teléfono: 03446425320.

Síntesis de la propuesta: Con la mira puesta en la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental en sí, la ponencia sugiere un nuevo enfoque del principio “*iura novit curia*” y su subprincipio, la reconducción de las postulaciones en sus distintas expresiones. En base a ello, propone normativizarlos como un deber del juez, mostrando distintos aspectos de interés y actualidad del tema, que invitan al debate con fines prácticos.

La autora se encuentra **excluída** de participar en el concurso Premio “Cortes del Litoral”, por ser vocal del Comité Ejecutivo de la AADP (art.3,b) del reglamento específico).

IURA NOVIT CURIA Y RECONDUCCION DE LAS POSTULACIONES

Cuando la Tutela Judicial Efectiva, es un Derecho Fundamental

Por Ana Clara Pauletti

SUMARIO: I. Actualidad del tema.-II. Iura novit curia.-III. Regulación positiva.-IV. La reconducción de las postulaciones merced al iura novit curia.-IV. El iura novit curia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ponencia.-

I. ACTUALIDAD DEL TEMA

El ya indiscutido interés público existente en la justa resolución de los litigios, sumado al nuevo enfoque del proceso civil concentrado en los derechos fundamentales, ha renovado el papel e incrementado la importancia del principio “*iura novit curia*”.-

Esa nueva fisonomía del proceso, impide hablar del “*iura novit curia*” como una mera facultad, cuando se trata de un deber del juez merced al cual ha de evitar todo sacrificio del derecho, asegurando la igualdad ante la ley o “uniformidad del juicio”¹.-

Y si bien pareciera que nadie duda de su vigencia entendida como libertad del juzgador para dictar sentencia con base en la calificación jurídica que entienda correcta, existen en este contexto nuevas preguntas por responder, tales como la conveniencia de su regulación positiva, la necesidad de compatibilizarlo con el principio de contradicción, su alcance frente a la complejidad que reviste por estos tiempos la aprehensión del derecho, en particular frente a los derechos fundamentales, y si existe, cómo opera y con qué límites, el subprincipio denominado “*iura novit curia* del proceso”, consistente en la reconducción procesal de las postulaciones.-

La tutela jurisdiccional efectiva en sí, exige una nueva mirada del “*iura novit curia*”, en función del rol que compete al juez en la protección jurisdiccional de todos los derechos, que aquél derecho fundamental viene a garantizar.-

Mi propuesta está destinada pues, a distintos tópicos de actualidad, que el antiguo brocardo exhibe.-

II. “*IURA NOVIT CURIA*”

Al hablar de principios del derecho procesal, lo hacemos de imperativos que guían el procedimiento, directivas u orientaciones generales en que se funda cada

¹ Para Satta, el fundamento de la máxima “*iura novit curia*” como facultad del juez para aplicar el derecho con independencia de su alegación, radica en el principio de igualdad entre los ciudadanos, que se vería vulnerado si los casos particulares fuesen resueltos conforme a criterios jurídicos distintos, lo que rompería la “uniformidad del juicio” (en “*Diritto processuale civile*, 10ª ed., Padova, Cedam, 1987, p.1987, p.183, citado por Guillermo Ormazabal Sánchez en “*Iura Novit Curia*”, Marcial Pons, 2007).-

ordenamiento jurídico procesal², o en otros términos, las razones o ideas que lo explican.-

La alocución “*iura novit curia*”³, indica que en la resolución de las contiendas judiciales, los jueces pueden y deben aplicar el derecho con prescindencia del que las partes invocaron, aun a despecho de cualquier omisión en que hubiesen incurrido sobre la cita de los preceptos legales en que pudieron amparar sus pretensiones⁴.-

En el ámbito jurídico el adagio “*iura novit curia*” ha sido indistintamente denominado como precepto, máxima, aforismo, o brocardo, pero resulta trascendente a los fines prácticos, dejar establecido si estamos o no, frente a un principio del derecho procesal actual.-

Ello porque como advirtió Borda, citando a Joaquín Dualde, reglas como los adagios, tienen en la actualidad un gran desprestigio, porque muchas veces suelen ser contradictorios, bajo la apariencia de ser absolutos, en su gran mayoría son falsos como máxima general, y cuentan con otro cabal y consagrado que conduce a un resultado diferente⁵. Pero además, su carácter imperativo estaría dado en la medida en que realmente estemos frente a un principio de nuestras regulaciones procesales.-

El “*iura novit curia*” primero es un adagio o brocardo, cuyo origen histórico data de la Edad Media, sin que se cuente con mayores datos relativos a su aparición, pues como tantas otras máximas, ésta refleja un punto de vista o una opinión general que, en cierto momento, encontró un enunciado concreto hasta constituir la expresión de un principio jurídico de evolución lenta y extensa, que se proyecta hasta nuestros días y es forzoso relacionar con la modalidad o la arquitectura del derecho aplicable en cada país⁶.-

Luego, para determinar si estamos también ante un principio del proceso civil, la máxima o fórmula latina, de no estar regulada de modo explícito, debería poder ser deducida inductivamente de nuestra legislación positiva, encajar en el sistema vigente y su estructura constitucional.-

Ese examen muestra que efectivamente el “*iura novit curia*” goza del rango de principio del derecho procesal civil, pues está contenido en las reglas que establecen los deberes del juez, y en las que regulan la construcción de sus decisiones.-

Así se advierte de los arts. 34 inc.4º CPCCN, que prescribe que debe fundar sus sentencias, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia, y 163 inc.6º del mismo código que establece que la sentencia debe contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones

² PALACIO, L.E., “Derecho Procesal Civil”, T.I, p.250, Abeledo-Perrot, 2da. Edición, 5ta.reimpresión.

³ Nuestra máxima, refiere a que el juez conoce el derecho, y aunque su significado ha generado una discusión doctrinaria sobre si la expresión correcta debió contener la voz “*ius*” en lugar de “*iura*”, provocando a su vez diferentes connotaciones entre los estudiosos, lo cierto es que el uso está dado tanto en doctrina como en jurisprudencia, como expresivo del conocimiento del derecho objetivo por parte del juez.-

⁴ ACUÑA ANZORENA, A.: “El principio “*iura novit curia*” y su aplicabilidad en materia de prescripción”, en: LL, 70, 870-Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III, 773.-

⁵ BORDA, G.A.: “Tratado de Derecho Civil – Parte General”, T.I, p.233, 13ª edición, La Ley.

⁶ SENTIS MELENDO, S.: “*Iura Novit Curia*” (ensayo de sistematización bibliográfica y jurisprudencial), Revista de Derecho Procesal, año 1947, p.208.-

deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley declarando el derecho de los litigantes ...”, además de indicarlo el derecho común en los arts. 1º, 15 y 16 CCiv, lo cual encaja con el mandamiento constitucional que emana del preámbulo cuando expresa el objetivo con valor legal de “afianzar la justicia”⁷, surge implícito del art.31 y del 75 inc.24, y no es ajeno a la atribución de “conocer y decidir”, fincada en el art.116 Constitución Nacional.-

Estamos de tal modo ante una máxima o adagio, que es además un principio o idea que inspira las soluciones normativas apuntadas.-

La combinación del principio “*iura novit curia*” junto al de congruencia⁸, posibilita la más correcta aplicación del derecho sin afectar la potestad de las partes de disponer de lo suyo; por ello la congruencia procesal no corre riesgo, si el juez limita sus posibilidades al ámbito del derecho aplicable a las pretensiones de las partes, quienes tienen completa potestad en la aportación de los hechos y en el ejercicio de sus peticiones⁹, aún cuando frente a determinados legitimados, el juez pueda dar más de lo que pidió, tal como acontece en el proceso laboral, o algo distinto, frente a cuestiones que afecten el orden público¹⁰, o que no fue pedido¹¹.-

Sumo que la distinción entre concurso de acciones y concurso de normas, puede evitar efectos no queridos de la calificación legal oficiosa, si bien se trata de un criterio de identificación que reconoce excepciones.-

A modo de regla, en el caso del concurso de normas la máxima “*iura novit curia*”, resulta de plena aplicación, pero cuando concurre un concurso de acciones, al tratarse de tipos normativos diferentes, es decir, supuestos de hecho diversos, el juez no puede acudir a las normas que lo prevean pues ello implicaría vulnerar el principio dispositivo, al fallar sobre hechos no alegados por las partes.-

Aunque puede suceder que se estime la demanda sobre la base de una acción distinta, y que ello no constituya incongruencia, tal el caso (entre otros), en que se hubiere demandado con basamento en la responsabilidad extracontractual, y se condene por

⁷ El valor normativo del Preámbulo y la obligación de todos los poderes del Estado de cumplir sus objetivos –en el caso afianzar la justicia-, ha sido reconocido por la Corte Suprema en distintos pronunciamientos reseñados por María Angélica Gelli, en “Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada”, p.6 y sgtes., 3ra.edición.-

⁸ Se ha resumido que las exigencias del principio consecuencial de congruencia, se verán satisfechas, si media identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima (PEYRANO, J.: “El Proceso Civil”, Editorial Astrea, p.64); en definitiva, la congruencia no se extiende por el lado de la subsunción jurídica, definición o calificación legal, por cuanto los jueces son soberanos en la aplicación de la norma que sirve de apoyo normativo a sus pronunciamientos (ENDERLE, G.: “La Congruencia Procesal”, p.238, Rubinzal Culzoni).-

⁹ Para Aragonese, el cambio de punto de vista jurídico está contenido por dos límites que sirven de salvaguarda a las disposiciones del derecho por las partes: los hechos jurídicamente relevantes que constituyen la causa de pedir, y de los que no puede apartarse el juez, y la petición limitada por la oposición del demandado que, en general, es inmodificable dentro de los límites señalados (ARAGONESES, P.: “Sentencias Congruentes”, p.208, Ed.Aguilar, 1957).

¹⁰ Entre otros supuestos que pueden mencionarse, si el juez verifica un caso de nulidad absoluta de carácter manifiesta, aunque nadie lo hubiera pedido, debe declararla de oficio tal como lo ordena el art. 1047 CCiv.-

¹¹ En términos de Aragonese, ello se explica en que existen normas que condicionan la resolución del órgano jurisdiccional por encima de la disponibilidad de las partes (ob.cit.p.83).

responsabilidad contractual donde la ausencia de responsabilidad civil derivada de incumplimiento contractual, hubiera sido argumentada por la propia accionada, supuesto en donde el cambio de punto de vista jurídico no genera indefensión.-

A su vez, ante la concurrencia de acciones, es factible el cambio de fundamento jurídico, si el nuevo encuadre estuviese integrado por algunos de los hechos efectivamente alegados, dado que allí no habría una transgresión del elemento fáctico de la pretensión, claro que pareciera dejar este supuesto manifiesto, la necesidad de completar el mecanismo con una maya de salvaguarda del derecho de defensa, donde se permita argumentar jurídicamente sobre un punto de vista normativo que no fue inicialmente contemplado, cuestión a la que más adelante me referiré.-

Lo cierto es que la plena libertad con que cuenta el juez para calificar jurídicamente las pretensiones, aunque limitada por otros principios que también caracterizan nuestra ley adjetiva, debe resultar un reaseguro del ciudadano para la tutela de sus derechos, tanto como que será tratado y juzgado de modo igual.-

Este juego equilibrado de principios para la mejor aplicación del derecho surge diáfano en la última doctrina de la Corte Suprema sobre el control oficioso de constitucionalidad, donde precisó que como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente (trasuntado en el antiguo adagio "iura novit curia") incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) con lo que debe aplicar, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior ¹².-

Dicho Tribunal suele recordar también que la custodia de las formas a que deben ajustarse los procesos depositada en los magistrados judiciales, es cometido que éstos deben cumplir atendiendo en todo momento al fin último a que aquéllos se enderezan, que no es otro que contribuir a la más efectiva cuanto eficaz realización del Derecho ¹³.-

En ese entendimiento ha hecho uso de "iura novit curia" como garantía de los derechos fundamentales en conflicto, marcado la trascendencia del cumplimiento del deber judicial de fijar el marco jurídico, y poniendo de resalto cuál es el derecho fundamental en juego.-

¹² CS, 19/08/2004, "Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" (LL, 2005-F, 453); BIDART CAMPOS, G.J.: "El triunfo del control constitucional "de oficio"" (en: La Ley Online). Frente al claro panorama que siguió a ese pronunciamiento, precedido por el dictado en "Mill de Pereyra", pareció un retroceso lo decidido en autos "Strangio, Domingo c/ Cattorini Hnos. S.A.C.I.F. s/ accidente", del 12/05/09, donde el mismo tribunal censuró la declaración oficiosa de inconstitucionalidad por violar el principio de congruencia (también en "Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. y otro s/ ordinario", sentencia del 27 de diciembre de 2006, Fallos: 329:5903); aunque vale destacar, pudo tratarse de decisiones aisladas y atenuadas a las particularidades del caso, a tenor de lo resuelto con posterioridad en "Massuh", donde el Tribunal hizo suyos los fundamentos de la Sra. Procuradora Fiscal, quien convalidando la sentencia recurrida explicó: "...como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Ley Fundamental, como lo preceptúa su art.31, aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior..." (CS, Massuh S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ente Provincial Regulador Energético", 13/10/2009, en sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).-

¹³ CS, Fallos: 306:738, consid. 3°.

Marcó así, el carácter alimentario que reviste la indemnización por accidente de trabajo seguida de muerte reclamada y la preeminencia del interés superior de los menores ¹⁴, o el derecho de acción ¹⁵, que por un rigorismo formal excesivo en la aplicación realizada del instituto de la prescripción liberatoria, se producía la pérdida de un derecho ¹⁶, el derecho de pensión ¹⁷, o la Constitución Nacional¹⁸, todo ello, para enfatizar el deber de calificación de los jueces del derecho aplicable, con arreglo al principio “*iura novit curia*”.-

III. REGULACION POSITIVA

Creo conveniente que nuestras legislaciones procesales recepten en forma expresa el principio “*iura novit curia*”, y lo definan como un deber, pues al igual que la inclusión legal de otros principios, se trata de una técnica que facilita y homogeniza la interpretación del proceso, evita discusiones innecesarias, y no frustra la aparición de nuevos principios o actualización de los ya consagrados.-

Couture consideró que la inclusión en la regulación de modo expreso de los principios procesales que la inspiraron, reviste una medida de orden técnico, de gran trascendencia práctica ¹⁹. Precisamente sobre el punto, con razón advirtió Peyrano, que aun en el examen de un mismo ordenamiento ritual, es usual que los doctrinarios no coincidan al sentar las ideas eje que lo presiden, concluyendo sobre lo positivo de que el legislador las determine, máxime, cuando nada impide que la labor de los jurisconsultos, tanto en lo doctrinario como lo jurisprudencial, agregue “nuevas y válidas líneas procesales rectoras” ²⁰.-

Desde el plano filosófico, esta solución es conforme al significado normativo de los principios generales del derecho, (entre ellos los principios ius positivos sectoriales), y el alcance ontológico y cognoscitivo de los mismos ²¹.-

Ahora bien, la recepción legislativa del “*iura novit curia*”, merece una factura lo suficientemente explicitada y útil, aunque también debe como todo principio, admitir la posibilidad de matices y mostrar riqueza jurídica potencial.-

En primer lugar, correspondería dejar esclarecido que no estamos frente a

¹⁴ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Guerrero, Estela Mónica por sí y sus hijos menores c/Rubén Leandro Insegna s/muerte por accidente de trabajo”, del 02/03/2011.-

¹⁵ CS, “Turismo Zonda S.R.L. c/ Velázquez, José Daniel y otros”, 10/04/2003, Fallos 326:1223.-

¹⁶ Del dictamen del Procurador que la Corte hizo suyo, CS, 18/02/2003, “Castro, David J. c. Rojas, Julio C.”, LL, Online; Fallos 326:164.-

¹⁷ Voto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni en CS, 14/10/2008, “Altamirano, José Rafael c. ANSeS”, LL, 2009-B , 242; Fallos 331:2240.-

¹⁸ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Jesús Arroyo S.A. c/ Río Negro, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, 03/08/2004, Fallos: 327:3010.-

¹⁹ COUTURE, E.J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, p.150, Editorial B de F, 4ta.edición.-

²⁰ PEYRANO, J.W.: “El Proceso Civil. Principios y Fundamentos”, p.46, Astrea.-

²¹ VIGO, R.: “Los Principios Generales del Derecho”, JA, 1986-III-860.-

una atribución de uso potestativo para el juez, sino que se trata de un deber, que le corresponde ejercitar siempre, para garantizar la plena vigencia del derecho, y que ello lo sea de modo constante e igualitario.-

Para la Corte Suprema los jueces tienen no sólo la facultad, sino el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes ²².-

Sentís Melendo también hablaba del conocimiento del derecho objetivo, como deber del juez, comentando que si éste está en principio ligado a la ley, y no a los errores de planteo o invocación de los litigantes, se comprende que un deber profesional del mismo es el de conocer las normas que ha de aplicar ²³, aún cuando como el mismo lo advirtió, el conocimiento del juez del derecho nacional, del extranjero y del consuetudinario, admitan diversos enfoques.-

Claro que el conocimiento acabado del derecho hoy no es materia sencilla. Es más, la misión judicial se encuentra actualmente incidida cualitativa y cuantitativamente por problemas como la “inflación legislativa” y su consecuente desvalorización, la recurrencia a preceptos abiertos, flexibles y la incesantes lagunas, además de la complejidad que suma el fenómeno de la “globalización del sistema de derecho y de enjuiciamiento”, que trasladan al juez funciones de integración y de “suplencia judicial”, exigiéndole afinar su rol de intérprete y de su sentido jurídico ²⁴.-

Por su parte, las decisiones vinculadas a un derecho fundamental deben afrontar la dificultad de una argumentación racional donde desaparece el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídica en general, que es la ley ordinaria, pues en su lugar aparecen generalmente disposiciones de derecho fundamental, que son muy abstractas, abiertas y cargadas ideológicamente ²⁵.-

Esa complejidad, deja expuesta una de las características del llamado “momento jurisprudencial del derecho” ²⁶, pero no es un obstáculo para que el juez cumpla su misión de impartir justicia mediante una actividad jurisdiccional prudente y razonable que necesariamente es expandida, pues usualmente debe suplir lo omitido, o superar lo hecho por otros poderes del Estado. Es tarea esa en la que cabe asignar especial relevancia a los principios generales del derecho y en particular, a los principios procesales ²⁷.-

²² CS, Partes: Hernández, Elba del Carmen y otro c. Empresa El Rápido”, 08/03/1994, en LL, 1995-D, 236, Fallos: 317:167; “Guerrero, Estela Mónica por sí y sus hijos menores c/Rubén Leandro Insegna s/muerte por accidente de trabajo”, 02/03/2011, en sitio web CSJN; “Salot, Jean Francoise Raymond c/ Mase, Susana s/ nulidad de matrimonio – ordinario”, del 15/05/2001, Fallos:324:1590.-

²³ SENTIS MELENDO, S.: ob.cit.p.212.-

²⁴ BERIZONCE, R.: “Activismo Judicial y Participación en las Políticas Públicas”, en Rev.Derecho Procesal, Número Extraordinario, “El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario”, p.169, Ed.Rubinzal-Culzoni.-

²⁵ ALEXY, R.: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, p.489, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. Edición, 2008.-

²⁶ PICARDI, N.: “La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio”, p.9, Editorial Comunitas, Biblioteca de Derecho Procesal, T.12, traducción de Juan José Monroy Palacios.-

²⁷ PAULETTI, A.C.: “Importancia actual de los principios del proceso civil”, SJA 30/6/2010.-

La búsqueda de una fórmula normativa no puede desatender la de corte clásico, empleada por el código adjetivo de la Provincia de Jujuy, cuando su art. 17 prescribe: “Corresponde al juez calificar la relación substancial en litis y determinar las normas que la rigen. Al aplicar el derecho puede prescindir o estar en contra de la opinión jurídica expresada por las partes..”²⁸.-

Más, nuestra propuesta debiera contemplar si es o no conveniente, someter a una mínima discusión la aplicación de un derecho distinto al alegado por los interesados.-

Es que como se anuncia desde el “formalismo procesal valorativo”, existe una necesaria participación de las partes en el proceso a la luz del derecho fundamental al contradictorio, lo que implica que también existe un derecho a influenciar en la formación de la decisión jurisdiccional, de lo que surge un deber de debate entre el juez y las partes que debe satisfacerse a lo largo del proceso, en lo que concierne a las cuestiones de hecho, derecho y mixtas, como lo es la eventual visión jurídica del órgano jurisdiccional diversa de la aportada por aquéllas en el proceso. Esto tiende a evitar la decisión sorpresa, el debate judicial amplía necesariamente el cuadro de análisis y favorece la formación de una decisión más abierta y ponderada, y el proceso se democratiza²⁹.-

La experiencia indica que el ejercicio por parte del juez de su atribución de fundar su decisión en un derecho distinto que el invocado por las partes, es precisamente el punto principal de agravio al ser la misma recurrida, de modo que esta posibilidad de abrir una breve instancia de opinión sobre la alternativa existente, permite opinar y brindar razones, que el Magistrado ha de atender y responder. Como resultado, la decisión necesariamente será más madura y completa, y reducirá las posibilidades de su impugnación ante la instancia superior.-

No encuentro razones que justifiquen establecer otro límite temporal, que antes del dictado de la sentencia, para esta breve instancia de opinión.-

La necesidad de previa contradicción, también ha sido marcada por la Corte Suprema, entre otros supuestos, cuando al avalar la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, apuntó que el debate sobre el punto y el derecho de defensa de la parte accionada, había sido garantizado al sustanciarse los agravios del actor ³⁰; también al reprochar que no se encuadrara un caso bajo el art. 954 CCiv, cuando el interesado había mencionado esa norma en el alegato, con lo que se había resguardado el principio de bilateralidad, “...o sea que con la aplicación de aquella regla general no se desconocieron ni acordaron derechos no debatidos (Fallos: 284:115) ni se alteró el equilibrio procesal de los litigantes (Fallos: 283:213); confr. la doctrina de Fallos: 310:2709”³¹.-

Repasaré algunos casos del derecho continental europeo que contemplan de

²⁸ Menos directa parece la fórmula empleada por el CPCC santafesino, cuando indica en su art. 243, que: Los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ella, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado.

²⁹ MITIDIERO, D.: “Colaboración en el Proceso Civil, Presupuestos sociales, lógicos y éticos”, p.176, Communitas.-

³⁰ Voto de los Dres. López y Bossert en "Mill de Pereyra", Fallos: 324:3219.-

³¹ CS, 08/03/1994, “Hernández, Elba del Carmen y otro c. Empresa El Rápido”, en: LA LEY 1995-D, 236.-

modo expreso ese resguardo del contradictorio del que vengo hablando³².-

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, no regula la necesidad del previo debate al ejercicio del “*iura novit curia*”, limitándose su art.218 segundo párrafo, a dar por sentado que: “...El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.-

En cambio esto sí se tuvo en cuenta en Alemania. En este país, las facultades que asisten al juzgador en el art. 139 del ZPO, denominado “dirección material del proceso”, conforme a su redacción del año 2001, plasman la figura del juez activo, cuya función no se limita a recoger el material fáctico, jurídico y probatorio que le suministran las partes, sino que también debe contribuir con su actividad a completar y reunir dicho material con el objeto de que el proceso arribe a su fin propio, la justa resolución del conflicto, siempre con total respeto a los principios de igualdad de las partes, dispositivo y aportación de parte. Conforme al mismo, y más particularmente según el inciso segundo de la norma citada, “el juez no puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte sin antes realizar a los litigantes la oportuna advertencia o indicación y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que crea convenientes, y que lo mismo será de aplicación cuando el tribunal valore “un punto de vista” de forma diferente que ambas partes.-

Aclara Ormazabal Sánchez que a diferencia del texto anterior, en éste el legislador alemán creyó que no debía hablarse de “punto de vista jurídico”, surgiendo de la discusión parlamentaria que se prescindía de adjetivar como “jurídico” al punto de vista susceptible de indicación o advertencia, pues la distinción entre lo jurídico y lo meramente fáctico parece con frecuencia difícil de trazar nítidamente.-

Conforme a ello, el juez puede en cualquier momento del proceso realizar indicaciones sobre la procedencia de un argumento jurídico no expresamente traído al proceso por las partes que, a su vez, entraña una variación (nunca esencial o radical) de los términos fácticos de la controversia.-

Con similar redacción, la reforma del proceso civil austríaco de 2002, dejó plasmado en el art.182 de la ZPO, que: “El tribunal ha de tratar con las partes las alegaciones fácticas y jurídicas que éstas hayan realizado. Salvo que se trate de una petición accesoria, el tribunal sólo puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte cuando haya tratado del asunto con las partes y les haya ofrecido la oportunidad de realizar las oportunas alegaciones”.-

³² Servirá para nuestro estudio el realizado por un autor español, Guillermo Ormazabal Sánchez, quien examinó de modo comparativo las distintas fórmulas del derecho continental europeo del “*iura novit curia*”, concluyendo en la necesidad de ampliar la norma procesal española, para resguardar el principio de audiencia (ORMAZABAL SANCHEZ, G: “*Iura Novit Curia*”, Ed.Marcial Pons).-

En el caso de Francia, los arts. 12 y 16 del “*Nouveau Code de Procédure Civile*”, recogen el primer artículo citado, el común entendimiento del “*iura novit curia*”, y mediante el segundo lo completa, estableciendo que de hacer uso de esa facultad, el tribunal debe respetar el principio de contradicción dando a las partes la oportunidad de alegar lo que crea oportuno en relación a la nueva calificación jurídica.-

Así establecen:

-Art. 12: El juez resolverá el litigio conforme a las reglas del derecho que resulten aplicables. Ha de dar a los hechos y actos litigiosos su exacta calificación sin necesidad de sujetarse a la denominación que las partes hayan puesto.-

-Art.16: El juez ha de hacer observar y observar siempre él mismo el principio de contradicción. En su resolución sólo podrá atender a los fundamentos, alegaciones y documentos producidos por las partes que hayan sido objeto de un debate contradictorio. No podrán fundar su decisión en fundamentos de derecho apreciados de oficio sin haber invitado previamente a las partes a exponer sus observaciones.-

Portugal generó un cambio de la cuestión a través de dos reformas legislativas. Según el art.664 confeccionado en 1995, “el juez no está sujeto a las alegaciones de las partes en lo relativo a la indagación, interpretación y aplicación de las reglas de derecho”, lo que implica la consagración clásica del “*iura novit curia*”, pero en 1996 el art.3, párrafo 3º del mismo Código de Processo Civil (relativo a la instancia de parte y al principio dispositivo), quedó con la siguiente redacción: “el juez debe observar y hacer cumplir a lo largo de todo el proceso el principio de contradicción, y no le resultará lícito, salvo en el caso de manifiesta necesidad, decidir cuestiones de hecho o derecho, así como aquellas que pueda resolver de oficio, sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto”.-

De modo que al igual que en el proceso civil francés, el portugués introduce una limitación o condicionamiento en el ejercicio de la libertad del juez para aplicar la calificación jurídica que estime correcta.-

Lo hasta aquí visto, me permite delinear una fórmula consagratória del “*iura novit curia*”, mejorable por cierto, que describa el contenido de la atribución, donde sea un deber para el juez frente a la errada mención del derecho por las partes, calificar jurídicamente la pretensión, sometiendo a previo debate (y de modo irrecurrible), la posibilidad de que el caso sea juzgado sobre la base de un punto de vista distinto.-

En síntesis la norma a insertarse en el articulado que enuncia los deberes del juez, debería indicar: “*Es deber del juez calificar jurídicamente, y resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. En cualquier instancia del pleito, cuando aprecie que existe esa posibilidad de fallar desde un punto de vista distinto al propuesto por las partes, sin que implique ningún tipo de prejuzgamiento, y de modo irrecurrible, someterá esa alternativa a discusión de los contendientes, durante un breve plazo común, cuyo lapso fijará conforme a la complejidad y tipo de proceso*”.-

Esta redacción, entiendo, permite el juego armónico de los principios

procesales del “*iura novit curia*”, congruencia, contradicción e igualdad, a la vez de utilizar términos que dan certeza al intérprete, y posibilitan su desenvolvura merced a la potencialidad con la que se la ha pretendido dotar.-

IV. LA RECONDUCCION DE LAS POSTULACIONES MERCED AL IURA NOVIT CURIA

Bien ha sido definido por la ponencia general, que cuando se habla de reconducción o recalificación de las postulaciones, se hace mención a la utilización del “*iuria novit curia*” con relación a la norma procesal y al encuadramiento de oficio de lo postulado por las partes con una forma, instituto o trámite distinto al que éstas propusieron.-

Conforme a este “sub-principio”, el juez debe advertir que la pretensión ha sido incorrectamente encausada y establecer el conducto procesal adecuado, calificando para ello procesalmente la petición conforme al rito.-

Estamos también en este caso frente a un deber del juez, un principio derivado, que se encuentra receptado de modo implícito y disperso a lo largo del ordenamiento adjetivo, como puede observarse de las siguientes disposiciones que cito a modo de ejemplo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

-art.4: si de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio, y consentida o ejecutoriada la respectiva resolución, se remitirá la causa al juez tenido por competente.

-art.34 inc.5) b): el juez debe señalar antes de dar trámite ante cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades.

-art.89: si debiera formarse un litisconsorcio necesario, el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, ordenará, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis con la citación del o los litigantes omitidos.

-art.204: para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, el juez puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentara proteger.

-art.558 bis: durante la ejecución el juez puede de oficio o a pedido de parte, y si las circunstancias así lo aconsejan, fijar una audiencia para que comparezcan ejecutante y ejecutado con el objeto de establecer la forma más rápida y eficaz de satisfacer el crédito, procurando evitar perjuicios innecesarios.

El Juez hace en el tema un trabajo en distintos tiempos, primero recalifica (detectando el error y la solución procesal adecuada), y luego reconduce el trámite (dictando las medidas de orden práctico que reencausen la tramitación) con la posibilidad de que las partes hagan lo propio con sus postulaciones, ajustándolas a la nueva situación;

posibilidad ésta última que dependerá de la etapa e instancia donde se encuentre el pleito. El objetivo siempre será poner la pretensión en el lugar adecuado para su discusión y eficaz resolución.-

En definitiva, si existe reconducción, hubo recalificación explícita o implícita.-

La casuística muestra la diversidad de casos donde para la mejor forma de alcanzar la decisión de mérito los tribunales han debido reencausar el juicio³³, pero quizás las virtudes de esta potestad judicial, logre lucir con mayor evidencia, cuando se alega un derecho fundamental al que el juez busca dar efectiva tutela, tal como reiteradamente se ha visto en materia de salud³⁴.-

El enfoque inicial propuesto, del proceso visto desde los derechos fundamentales, determina en relación al “*iura novit curia*” procesal, otros efectos prácticos trascendentes, como ocurre frente a la regulada posibilidad del rechazo “*in limine*” de la demanda (327 CPCCN).

Desde esa perspectiva, el rechazo inicial de la demanda queda reducida a casos de evidente inadmisibilidad que imposibilite toda reconducción, pues con el uso judicial descomedido de esa posibilidad legal, puede afectarse el derecho constitucional de acción y de acceso irrestricto a la jurisdicción (arts.14 CN, 17 y 18 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre), por los cuales, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8, ap.1 del Pacto de San José de Costa Rica).-

Esta es la inteligencia de la ley de Amparo N° 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando si bien en su art. 5° establece la posibilidad del rechazo “*in limine*” de la acción por auto fundado cuando resulte manifiesto que ésta no cumple con los requisitos de admisibilidad, seguidamente, en el art. 6° regula la “Reconducción de la acción”, previendo que cuando la acción pueda tramitar por las normas de otro tipo de proceso, el juez está facultado a ordenar reconducir el trámite en el plazo de diez días, y solo si la parte no adecuase su demanda en ese término, se ordenará el archivo inmediato de las actuaciones.-

La Corte Suprema ha censurado el excesivo rigor formal al rechazar “*in limine*” una acción. Así lo hizo en un amparo, donde se encontraba comprometido el derecho a la salud en su más amplio sentido, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia. En ese contexto, dijo el Tribunal haciendo suyo el Dictamen del Procurador, que no había sido razonable ni fundado impedir la continuidad de un

³³ GARCIA SOLA, M.: “Fundamento, aplicaciones y límites del “*iura novit curia*” en especial referencia a la materia procesal”, en: Sup.Esp.Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 120.-

³⁴ Reseñó “*iura novit curia*” procesal en medidas autosatisfactivas, por María Carolina Eguren en “Medidas Cautelares”, T.II, Director Peyrano, Eguren Coordinadora, Rubinzal Culzoni, año 2010.-

procedimiento cuyo objeto era lograr soluciones que se avinieran con la urgencia que conllevaba el tipo de pretensión, a las que cabe encauzar por vías expeditivas (incluyendo al juicio de amparo), evitando que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional³⁵.-

Todos esos derechos realzan la función esencial del Juez en el proceso, y el uso de sus facultades y deberes que le vienen impuestos, en particular, los que emanan del art. 34 del ritual, cuyo inc.5, b), le ordena (debe) “señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije..”.-

Es precisamente, la perspectiva del proceso encarado desde los derechos fundamentales y la búsqueda de la eficacia de los mismos, la que aconseja que el rechazo “*in limine*” de la demanda sea una solución reservada para casos extremos, incluso previo fracaso del intento de reencausamiento efectuado por el juez frente a los defectos en la proposición que advierta en esa etapa liminar del proceso, o desaprovechada la invitación para la “reconducción de las postulaciones”, a través de la cual se brinda al justiciable la posibilidad de reajustar sus peticiones, cumpliendo una función docente que al juez también le es propia³⁶.-

Desde otro ángulo, se ha señalado que sólo se legitima el rechazo de la petición inicial, después de que el juez “dialogó” con la parte respecto del problema verificado por aquél, determinando la enmienda de la petición inicial, pues ahí hay un inequívoco deber de esclarecimiento y de prevención del órgano jurisdiccional para con las partes, propios de un proceso civil cuya piedra “angular y exponencial” se asienta en la idea de colaboración de todos los que participan del proceso, entre quienes se encuentra el órgano jurisdiccional³⁷.-

La reconducción del proceso, no solo implica que el juez deba recalificar las pretensiones mandando a continuar el trámite conforme al procedimiento o instituto que por su conocimiento del derecho procesal considera aplicable, sino además, también reconducir, puede exigir que judicialmente en pleno ejercicio del principio de autoridad, se generen reglas especiales de debate que atiendan las particularidades de la contienda, si la misma no puede resolverse eficazmente conforme a la regulación.-

En otros términos, hablo de la posibilidad de reencausar la litis, no a un procedimiento preestablecido, sino ante la ausencia de uno idóneo, al trámite que judicialmente se estime ajustado a las necesidades del objeto litigioso. Esto puede ser visto desde otro ángulo, la necesaria flexibilización del principio de legalidad de las formas que la compleja realidad ha exigido, dando paso al principio de adecuación de las formas.-

³⁵ Se había solicitado se autorizara practicar a la actora una ligadura de trompas, luego del parto de su cuarto hijo, basando la pretensión en su situación de pobreza extrema, el resguardo de su familia, y el derecho a la salud y a la autodeterminación, CS, 06/06/2006, “Y., G. C. c. Nuevo Hospital El Milagro y otra”, LL, 2006-D , 402, Fallos: 329:2179.-

³⁶ PEYRANO, J.W.: “Iura Novit Curia Procesal: La reconducción de Postulaciones”, en “Procedimiento civil y comercial.- Conflictos procesales 1”, página 99 y siguientes.-

³⁷ MITIDIERO, D.: ob.cit., p.143.-

Resulta del todo exponencial la omisión legislativa en la regulación de un proceso especial para las acciones colectivas, situación que ha obligado a los jueces a establecer pautas especiales de tramitación a fin de reconducir una discusión, que no se adapta al molde de las acciones individuales, en ninguna de sus etapas, especialmente en la ejecución de la sentencia.-

Es en tales supuestos, el Poder Judicial, el que debe buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, sin que ello pueda verse como una intromisión indebida, cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.-

Con esos fundamentos, la Corte Suprema de Justicia requirió las explicaciones que estimó necesarias al objeto del pleito, y dispuso la comparecencia de las partes a una audiencia, además de hacer lugar a la medida cautelar solicitada en el contexto de una acción de amparo promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional, para que adopten las medidas necesarias para modificar la condición de vida de los habitantes de la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín, en su gran mayoría de la etnia Toba³⁸.-

También en el caso “Mendoza”³⁹, el cimero Tribunal reiteró la necesidad de reencausar la tramitación atendiendo el objeto litigioso, consistente en la tutela del bien colectivo y que era prioridad absoluta la prevención y recomposición del daño, y las características típicas de todo proceso colectivo, ello mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustrara ni distorsionara los ingentes intereses comprometidos, ni el adecuado y oportuno ejercicio de su jurisdicción constitucional, justificando de ese modo que fueran fijadas reglas específicas para el traslado de demanda, el emplazamiento y las contestaciones respectivas, que debían ser observadas por las partes para la concreción de los actos comprendidos en las distintas etapas.-

Esto se relaciona a su vez con que el derecho a la protección judicial, debe tener una respuesta procesal y judicial eficaz. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en el caso “Abrill y otros c/ Perú”, que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, lo cual supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido –dijo-, no pueden

³⁸ Se había alegado que se trataba de una situación de emergencia extrema, fundando en ello, con carácter cautelar, el pedido de que fuera ordenado a los demandados que realizaran las acciones adecuadas para cubrir las necesidades básicas de los destinatarios de la acción, CS, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134.-

³⁹ CS, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, 22/08/2007, en: LL, 05/09/2007, 8; Fallos: 330:3663.-

considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios⁴⁰.-

Así, razones de igual orden que las expuestas respecto al “*iura novit iuria*”, entiendo hacen conveniente normativizar la posibilidad de que el juez reconduzca las pretensiones conforme a la norma procesal que resulte aplicable, o bien a las particularidades del objeto litigioso, sin que se justifique establecer un límite temporal para que esta potestad judicial de reconducción procesal, sea ejercida, siempre que con ello no se altere el componente dispositivo del trámite, ni afecte alguna garantía del debido proceso⁴¹.-

El ensayo de norma que debería receptor esos propósitos, insertada entre los deberes del juez, rezaría: “*Es deber del juez, en toda etapa e instancia del juicio, y en la medida que con ello no afecte el principio dispositivo ni el derecho de defensa, calificar procesalmente las postulaciones cuando las mismas, hubieran sido errada o ineficazmente encuadradas, reconduciendo el trámite para que la discusión y la decisión, sean adecuadas*”.-

V. EL “IURA NOVIT CURIA” Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. PONENCIA.

Terminaré remarcado el vínculo existente entre el responsable ejercicio del “*iura novit curia*” comprensivo de la variante procesal estudiada, y la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho fundamental en sí mismo, y garantía de todos los demás derechos.-

El punto de contacto se detecta fácilmente al observar que el procedimiento, conforme a su razón de ser, debe viabilizar la protección del derecho material, tutela que recibe, mediante la sentencia que lo reconoce.-

En rigor, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, engloba la propia respuesta jurisdiccional, o “prestación del juez”, cuya función no se limita a la de resolver litigios, sino que también debe velar por la idoneidad de la protección jurisdiccional de los derechos, función de suma relación con el brocardo que motiva esta ponencia, si se acepta que la tutela jurisdiccional efectiva, sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, significa un derecho a la efectiva protección del derecho material⁴².-

En términos de Marinoni, hay derecho debido del Estado frente a los

⁴⁰ CIDH, caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú”, sentencia del 04/03/2011, en sitio web de la CIDH.-

⁴¹ Recientemente advirtió el Dr. Lorenzetti en un caso donde se cuestionaba la decisión de cámara que había revocado una medida cautelar por no ser acorde a la naturaleza propia de la acción principal, que si bien los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente, el límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto, excediendo totalmente el marco legal de la acción. (Del voto del Doctor Lorenzetti, en CS, 26/05/2010, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, en LL, 2010-D, 30; Fallos: 333:748).-

⁴² MARINONI, L.G.: “Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, p.233, Ed.Palestra, 2007.-

derechos fundamentales: por el “Estado-Legislador” en la emisión de normas de protección y de técnicas procesales capaces de propiciar efectiva protección (cuya manda en alguna medida resume nuestro art.75 inc.23 de la CN⁴³), y un deber del “Estado-Juez” también de protección, que se realiza en el momento que expide su decisión con respeto por los derechos fundamentales, y aun cuando no decida sobre un derecho fundamental, al responder al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva a todo derecho sustancial.-

Muestra ello la trascendencia del tema propuesto en la actual circunstancia, la cual nos impone dar nuestro mayor esfuerzo por un proceso que sea funcional al derecho de fondo, y lo garantice.-

El enfoque y la normativización del “*iura novit curia*” en las dos variantes tratadas, con el alcance propuesto, como la perspectiva del tema utilizada, conforman mi ponencia que entiendo contribuye a aquél cometido, que seguro es el de todos quienes para hablar de los principios procesales asisten a este XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal.-

⁴³ Según el inc.23 del mencionado artículo constitucional corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”