

IURA NOVIT CURIA: ESA OMNISCENCIA JUDICIAL

Por Juan José Bentolila*
(Argentina)

“(...) tal vez todos sabemos profundamente que somos inmortales y que tarde o temprano, todo hombre hará todas las cosas y sabrá todo”.

Jorge Luis BORGES;
*“Funes el memorioso”*¹.

1. La regla *iura novit curia*.

Las precisiones sobre el origen del brocárdico *iura novit curia* se pierden en la historia del Derecho procesal.

Se ha dicho que *“en el siglo XIV estaba en vigor el principio que el aforismo traduce, pero que éste, en la expresión aceptada, es de época posterior. (...) Parece indiscutible que el principio tiene su origen en la Edad Media. En Francia, ya en el siglo XIII se afirma que la ley y la costumbre deben ser conocidas por el juez; y en Italia, en el derecho intermedio, se reconoce que el principio tiene aplicación en cuanto a las normas que no han entrado a formar parte del cuerpo de derecho oficial, y que se llaman extravagantes”*².

Algunos refieren que hoy *“el iura novit curia se encuentra parcialmente formulado en disposiciones incluso de rango constitucional, es un aforismo elaborado por la ciencia jurídica, es decir, con un origen (al menos en su sentido actual) puramente dogmático”*³.

Con ribetes anecdóticos suele indicarse que constituyó el exceso verbal de un juez quien, exhausto ante las extensas y sobreabundantes disquisiciones jurídicas de un litigante, le espetó violentamente *“Venite ad factum. Curia iura novit”*.

También suele encontrarse la expresión analizada bajo las formulaciones *“Da mihi factum, dabo tibi ius”* o *“Curia nosse leges praesumitur”* (en lo atinente a la última de las locuciones, debe notarse que no es lo mismo *afirmar* un conocimiento que

* Profesor Adjunto de las asignaturas *“Derecho Procesal I (civil y comercial)”*, *“Filosofía del Derecho”* e *“Introducción al Derecho”*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina.

¹ BORGES, Jorge Luis; *“Funes el memorioso”*, en *“Ficciones”*, Obras Completas, Buenos Aires, Emecé, 1990, tomo I, pág. 489.

² SENTÍS MELENDO, Santiago; *“El juez y el derecho (iura novit curia)”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, págs. 14 y ss.

³ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 19.

presumirlo⁴). En fin, tampoco es infrecuente la formulación francesa de “*allez aux faits, la cour connaît le droit*”⁵.

En cuanto al sentido del mismo, la traducción literal es “*el juez (la Corte, el Tribunal, el Magistrado o, en general, la autoridad judicial) conoce los derechos*”⁶. Para poder traducirlo como es usual, esto es “*el juez conoce el derecho*”, sería necesario que el aforismo fuere *ius novit curia*⁷.

En relación a qué “*derecho*” nos referiremos, “*lo que la Curia, puede conocer, en el sentido de saber, de tener conocido, no puede ser otra cosa que el derecho objetivo, la norma jurídica; el derecho subjetivo, el derecho no como norma sino como facultad o atribución de la persona, que se discute en el proceso, no lo puede conocer la Curia, no lo puede saber; lo conoce, lo va conociendo, va enterándose, a lo largo del proceso. Así, pues, se puede sentar esta afirmación: del derecho o de los derechos objetivos que el juez conoce, que le son conocidos, se debe decir novit. De los derechos subjetivos, que los conoce en el proceso, que los está conociendo, se debería decir noscit. (...) [Mas] iura no tiene solamente el sentido de derecho objetivo. Si tal fuera, se habría dicho ius. (...) iura en plural, lo mismo que en singular ius, es palabra que sirve para indicar, en la época postclásica, el conjunto del antiguo derecho, en cuanto no haya sido modificado por las constituciones imperiales. (...) Ha habido una larga etapa de la historia del derecho en que por iura se ha entendido el derecho objetivo, llegándose a representar por las palabras iura y leyes, ambas en plural, las manifestaciones distintas de ese derecho objetivo. (...) [Ello no obsta a que sea] evidente que iura son las normas*”⁸.

También se ha manifestado que “[e]stá generalizada la idea (...) de que el principio *iura novit curia* únicamente tiene por objeto el Derecho escrito, interno, general y publicado en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto, el Derecho no escrito (la costumbre), no interno (el Derecho extranjero) o no general (el Derecho estatutario [...]), cuando no es objeto de publicación en el Diario oficial, no se presume que es conocido por el Juez y, para ser tenido en cuenta por éste para la solución de un litigio, debe ser alegado y probado por la parte procesal que desee que surta efectos jurídicos”⁹.

De lo antedicho se desprende que la parte pretenderá estar asistida por un derecho (facultad, derecho subjetivo), fundado en el Derecho (ordenamiento normativo, derecho objetivo) que el juez conoce.

⁴ Volveremos sobre la cuestión del conocimiento presunto cuando tratemos la inexcusabilidad del error de Derecho.

⁵ El “*Livre de Justice et de pret*”, redactado hacia 1260, expresamente estatuye que “*Et loi et costume est chose que juges doi savoir*”. Al respecto, p. v. “*Enciclopedia Jurídica Omeba*”, Buenos Aires, 1962, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., tomo XVI (Insa – Iusn), págs. 937 y ss.

⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, pág. 17.

⁷ En rigor, la expresión latina correcta sería “*Curia iura novit*” o “*Curia ius novit*”. Si mantenemos la alteración del orden de los términos, es sólo para evitar desechar una formulación con la que los hombres de Derecho ya nos hemos familiarizado.

⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, págs. 26 y ss.

⁹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; *op. cit.*, pág. 89. En lo atinente a la no aplicabilidad de la regla *iura novit curia* con relación a los Convenios Colectivos de Trabajo, se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, “*PRESTIA, Juan Carlos c. Sistemas J. F. S.A. y otro s. Despido*”, 06.10.2006; con cita de Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, “*ORIGEN, Miguel E. y otros c. E.F.A.*”, 21.12.1992, en Derecho del Trabajo, LIII-B, págs. 1624 y ss.

Creemos oportuno advertir que no nos inmiscuiremos en el presente trabajo en debate alguno sobre la aplicación del principio en relación al Derecho antiguo, o a los usos y costumbres¹⁰. Por el contrario, centraremos nuestro análisis en puras referencias al Derecho positivo vigente¹¹.

Cabe puntualizarse que han existido sistemas jurídicos contruidos sobre la base del principio contrario (*iura non novit curia*), tales como el ático. Procesalmente hablando “*la ley se equipara, en este derecho, a un instrumento de prueba. Es cierto que el juez puede conocerlo, lo que ocurrirá siempre que se trate de leyes fundamentales, pero hay que partir del supuesto de la ignorancia*”¹².

Inclusive, existen sistemas mixtos, en los cuales el juez (que puede ser letrado o no) puede o debe ocurrir ante otros estamentos que dictaminan sobre la cuestión jurídica involucrada en el caso litigioso¹³.

En el marco de nuestro sistema, se ha dicho que “*tal principio no tiene vigencia cuando, de la concreta exposición de los hechos relatados en la demanda, no puede inferirse con claridad meridiana qué tipo de pretensión se intenta: en tal caso el iura novit curia desaparece debiendo aceptar el juez la norma jurídica invocada al fundarla*”¹⁴.

Al indagar acerca de la razón sobre la que se apoya la regla del *iura novit curia*, podemos rescatar que ésta reclama la “*exigencia de una igualdad de trato entre los ciudadanos, de manera que no sólo el caso particular, sino todos los posibles casos particulares idénticos sean decididos del mismo modo, con idéntica aplicación del derecho. De tal exigencia de asegurar esta suprema garantía de igualdad derivaría el principio de la libre investigación del derecho por parte del juez*”¹⁵.

En nuestro país se entiende que existe basamento legal del principio en cuestión en cuanto la norma (art. 163, inc. 6, Código Procesal Civil de la Nación) refiere “*que la sentencia definitiva de primera instancia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, conforme a las pretensiones deducidas en el juicio, “calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes*”¹⁶.

Los Códigos procesales locales, han prescripto análoga inteligencia¹⁷.

¹⁰ Si bien excede los límites del presente trabajo, dejamos enunciado el problema de conocer si la elección de un determinado Derecho conlleva la aplicabilidad de su interpretación a través de los institutos de los fallos plenos y plenarios. Al respecto, si bien con tratamiento de *obiter dictum*, p. c. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *in re* “ALONSO, Rubén José”, 03.08.1994, en A. y S. t. 109, págs. 238-258.

¹¹ Todo trabajo investigativo impone recortes del objeto de estudio. En relación a los temas soslayados, p. c. MICHELI, Gian Antonio; “*Derecho Procesal Civil*”, traducción Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1970, tomo IV, págs. 201 y ss.

¹² SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, pág. 45.

¹³ *Ídem*, págs. 45 y ss.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *in re* “FIOROTTO, Arístides Javier contra Supercemento S.A.I.C.”, 26.07.1995, en A. y S. t. 118, págs. 206-216, considerando 3.1 *in fine*.

¹⁵ MICHELI, Gian Antonio; *op. cit.*, pág. 208.

¹⁶ LOUTAYF RANEA, Roberto G.; “*El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*”, Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 187.

¹⁷ Al respecto p. v. DANIELIÁN, Miguel; RAMOS FEIJÓO, Claudio; “*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de las Provincias argentinas*”, Buenos Aires, La Ley, 2001. Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 163, con idéntica redacción que el Código

Puntualizaremos algunos textos más explícitos. Así, el “Código de la Provincia de Mendoza, en el art. 46, inc. 9º, establece que los jueces deben “calificar las acciones y aplicar el derecho, pudiendo apartarse de las invocaciones de los litigantes”. (...) El Código de la Provincia de Tucumán alude al principio *iura novit curia* en el art. 35, que textualmente dice que los jueces deberán “aplicar el derecho con prescindencia o contra la opinión de las partes, dando a la relación sustancial la calificación que le corresponda y fijarán la norma legal que deba aplicarse al caso”. El art. 17 del Código de la Provincia de Jujuy dispone: “Corresponde al juez calificar la relación sustancial 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. No está obligado a analizar en su resolución todas las argumentaciones legales de los litigantes”¹⁸.

En nuestra Provincia de Santa Fe, el Código Procesal Civil y Comercial lo ha receptado expresamente en su artículo 243, que informa que “[l]os hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado”¹⁹.

Al respecto, se ha sostenido que “el problema que plantea la cuestión que versa acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio genera una doble respuesta: está vinculado estrechamente y sin más a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema y grosera de la aplicación del sistema dispositivo) o puede suplir las normas citadas por ellas. Esta última alternativa es la que goza de general aceptación y ha generado la regla *iura novit curia* que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al juez los hechos, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio”²⁰. Consecuentemente, se ha dicho también que el “juez posee plenas facultades para determinar el derecho aplicable, porque su pronunciamiento decide la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio “calificadas según correspondiere por ley”²¹.

nacional. En similar sentido, el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes; el artículo 160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa; los artículos 17 y 44 del Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy; el artículo 153 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa; el artículo 247 del Código Procesal Civil de la Provincia de La Rioja; los artículos 46 y 90 del Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones; el artículo 163 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia del Neuquén; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta; el artículo 168 del Código Procesal Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de San Juan; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis; el artículo 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz; el artículo 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe; el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santiago del Estero; el artículo 177 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Provincia de Tierra del Fuego; y los artículos 35 y 273 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán.

¹⁸ LOUTAYF RANEA, Roberto G.; *op. y loc. cit.*

¹⁹ Para indagar en la recepción jurisprudencial, puede verse la copiosa recopilación de pronunciamientos en ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe – Concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente”, Rosario, Zeus, 1973, tomo II, págs. 605 y ss.

²⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, reimpresión, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2000, pág. 275.

²¹ Cámara Federal Civil y Comercial, Sala II, 24.10.1980, en El Derecho, tomo 92, pág. 719.

Profundizando el análisis, advertimos que el “*aforismo ha sido elaborado por la ciencia jurídica con distintas significaciones:*

- a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exige a las partes de tener que probarlo;
- b) como principio o regla (conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso), esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él;
- c) como principio-construcción (...), en tanto la elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica”²².

También se ha afirmado que el brocárdico “*no quiere decir que el magistrado conozca efectivamente todas las normas jurídicas, sino que tiene los medios y el deber de procurarse dicho conocimiento de oficio, si es que ya no lo tiene, para lo cual goza de una formación adecuada al efecto*”²³; y que “*la máxima iura novit curia no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables; significa tan sólo que es innecesario probar el Derecho vigente, alegarlo con completa precisión y total exhaustividad*”²⁴.

En relación a lo antedicho, se ha manifestado que “[n]i los órganos legislativos gozan de los atributos que se suponen del legislador racional, ni los Jueces conocen el Derecho, pero la presunción de aquellas propiedades y de este conocimiento cumple una importante función en la aplicación del Derecho: permite, en el primer caso, la puesta en práctica de una serie de directivas interpretativas tendentes a mantener la imagen del legislador racional; y, en el caso de iura novit curia, sustentar la ficción de un Juez profesional y sin poder creativo que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos”²⁵.

Inclusive, el brocárdico ha servido de sustento para aseverar la posibilidad del control de constitucionalidad de oficio, puesto que “*el primer argumento que utiliza la doctrina para decir que los jueces pueden declarar oficiosamente una ley como inconstitucional*

²² MEROI, Andrea Angélica; “*“Iura novit curia” y garantías procesales*”, artículo presentado en el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, y publicado en El Dial, 22.11.2002.

²³ FALCÓN, Enrique M.; “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado – Concordado – Comentado*”, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1983, pág. 618. Sobre si el error de Derecho en que puede incurrir el juez es causal de invalidación de la sentencia a través del instituto de la “*cosa juzgada írrita*”, p. v. PERALTA REYES, Víctor Mario; “*Ineficacia del acto jurídico procesal – El caso de la sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y adolece de vicios sustanciales*”, en La Ley del 02.11.2004, págs. 1 y ss. Más complejo aun es el caso de la nulidad de actos procesales que precedieron a la sentencia firme, tema que, por exceder el presente trabajo, no trataremos. Al respecto, p. c. CIFRÉ, Juan Pablo; “*Nulidad de actos precedentes a la sentencia firme: viabilidad de la vía incidental en el C.P.C.C.S.F.*”, en La Ley Litoral, número 10, noviembre 2004, págs. 1049 y ss.

²⁴ DE LA OLIVA; “*Sobre la congruencia de la sentencia*”, en La Ley, 1982, págs. 890 y ss., cit. por TERRASA, Eduardo; “*Los fundamentos jurídicos alegados por las partes y la sentencia judicial: congruencia, iura novit curia*”, en Publicación del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 2002, N° 2, pág. 80.

²⁵ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; *op. cit.*, pág. 19.

*es que iura novit curia, los jueces conocen el derecho y saben que en la cúspide jurídica está la Constitución y que deben aplicarla*²⁶.

Ahora bien, en tanto debemos configurar con precisión las fronteras del concepto bajo estudio, podríamos aventurar liminarmente que el brocárdico en cuestión implicará la potestad-deber que el órgano jurisdiccional tiene para:

- a) aplicar el derecho no invocado por las partes²⁷;
- b) aplicar el derecho correcto, cuando fue erróneamente invocado por las partes;
- c) contrariar la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados²⁸.

Decimos potestad-deber, puesto que reiteradamente ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“el juez no sólo tiene la facultad sino también 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. Esta potestad propia de los jueces deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional”*²⁹.

Claro está, toda decisión de recalificación, por parte del órgano jurisdiccional, ha de ser acompañada de la correspondiente fundamentación, en tanto entendemos que el juez no puede apartarse sin más de las invocaciones jurídicas de las partes, seleccionando por sí una norma diversa, sin brindar argumentos suficientes para tal proceder. Ello deriva de la necesidad de motivación de las decisiones judiciales, que no deja de ser aplicable en la especie.

A tal punto resulta importante para el Estado la solución de los litigios con arreglo al Derecho vigente, que se ha resuelto que *“si la parte invocara inaplicación de norma nacional que expresa y claramente contempla el supuesto de hecho, sería excesivo*

²⁶ PEYRANO, Jorge Walter; *“Lecciones de Procedimiento Civil”*, Rosario, Zeus, 2002, págs. 38 y ss. También v. FRONDIZI, Román Julio; *“La sentencia civil - Tema y variaciones”*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1994, pág. 69, con abundante cita de jurisprudencia; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; *“La acción declarativa frente a los principios “Iura novit curia” y de congruencia”*, en La Ley, tomo 1999-D, págs. 134 y ss. A favor de la aplicación del brocárdico en estos casos, se pronuncia contundentemente SAGÜÉS, Néstor Pedro; *“Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario”*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 143 y ss. Sobre el particular, p. v. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re “Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) sobre quiebra”*, 19.08.2004, en La Ley 30.08.2004.

²⁷ Si bien la falta de invocación puede pensarse como una expresión de desidia de la parte que, supuestamente, corría con tal carga, existen casos en los cuales el procedimiento prescripto no brinda ocasión de invocar Derecho con anterioridad al momento de su aplicación. A título de ejemplo, p. v. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *in re “SORGI, Salvador contra Banco Provincial de Santa Fe”*, 15.09.1993, en A. y S. t. 102, págs. 394-398.

²⁸ Al respecto, *vide* ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”*, *cit.*, *loc. cit.*

²⁹ Fallos 296:633; 299:78 y 429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536; entre otros. En idéntico sentido se expresan ARAZI, Roland; y ROJAS, Jorge A.; *“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2001, pág. 93; y CARNELLI, Lorenzo; *“Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo”*, en *“Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”*, Buenos Aires, Ediar S.A., 1946, pág. 141.

*exigir explicitación del caso constitucional, desde que aludir a una preterición de ese tipo importaría per se una formulación idónea*³⁰.

Ahora bien, en cuanto al primer supuesto indicado (a), puede ser que la parte haya dejado de invocar una norma que existe en el ordenamiento normativo, en cuyo caso el juez deberá acudir a la tarea del *reconocimiento*. Pero también puede ser que la parte no haya invocado norma, porque tal norma, adecuada al caso, no existe en el ordenamiento normativo. Allí es que aparece la carencia normativa (histórica por olvido, novedad científico técnica o novedad jurídica; o dikelógica)³¹, tornándose necesaria la tarea de la *elaboración* de normas a los fines de la integración del ordenamiento.

En el *orden*³² jurídico, será el legislador quien supla la carencia, elaborando norma. En el *sistema* jurídico, será el juez quien deba elaborar la norma aplicable al caso, recurriendo, en caso de que el sistema fuere material, a la autointegración (analogía, principios generales del Derecho) o a la heterointegración (equidad), so riesgo de incurrir, caso contrario, en la figura de la *déni de justice*, que es aventada también cuando se le prohíbe al juez el pronunciamiento *non liquet*³³, existiendo todo un arsenal procesal y constitucional para obligar la pronta expedición del órgano jurisdiccional.

Siendo nuestro Derecho Civil y Comercial un *sistema material*, las descriptas bajo tal clasificación son las características que allí podremos presenciar. Así lo ha previsto nuestro Código Civil, en cuanto asevera, en su artículo 15, que “[l]os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (carácter de *sistema* del ordenamiento en cuestión), y en su artículo 16 que “[s]i una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (carácter *material* del sistema en cuestión).

Una especie dentro del género que estamos analizando, es el dictado de una norma legal durante el curso de un proceso (*ius superveniens*) y que no ha podido ser, por tanto, conocida ni invocada por las partes antes del ingreso del expediente a fallo. Se comprende que distinto sería el caso, *mutatis mutandi*, si la norma fue conocida y hubo oportunamente ocasión de las partes de pronunciarse sobre ella o de producir prueba sobre los nuevos presupuestos legalmente exigidos, pues ninguna afectación a la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio se produciría³⁴. En principio nos pronunciamos por la posibilidad que el juez tiene de aplicar tal norma sobreviniente³⁵ en casos regulares. Claro está que tal aplicación cederá liminarmente cuando existan condiciones particulares que así lo prescriban, *verbi gratia* cuando se trate del dictado

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *in re* “PINTO contra Diario El Federal y/o Gráfica Santafesina”, en A. y S., t. 76, págs. 295-296.

³¹ P. v. GOLDSCHMIDT, Werner; “Introducción filosófica al Derecho”, 6º edición, 5º reimpression, Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 286 y ss.

³² Sobre las diferencias entre orden y sistema, *vide idem* anterior, págs. 334 y ss.

³³ Prohibición que encontramos en el artículo 4 del *Code Civil* francés, recepcionado por el artículo 15 del Código Civil argentino.

³⁴ Doctrina de “LÓPEZ, Eduardo José”, 28.12.1994, en A. y S. t. 113, págs. 263-264. Al respecto, p. v. también Superior Tribunal de Santa Fe, 27.12.1946, *in re* “MAURINO, Mateo y Otros contra ROMAGNOLI, Ubaldo”, en La Ley, tomo 46, págs. 850 y ss.

³⁵ Siguiendo a SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, pág. 75, quien indica jurisprudencia en este sentido.

de norma más gravosa para el imputado en un proceso penal, hecho constitucionalmente vedado³⁶.

En cuanto al segundo supuesto (b), debe aclararse que las adjetivaciones *correcto* e *incorrecto* han de tomarse con precaución, sabiendo que siempre refieren a juicios del operador jurídico encargado del funcionamiento de la norma. Así, siempre podrá entender el juez que la norma que él reconoció y seleccionó para su aplicación al caso, es la correcta (o, cuanto menos, más adecuada) en relación a la seleccionada por las partes.

Se podría dar el caso, inclusive, del juez que decidiera realizar una síntesis con concurrencia de la norma invocada por las partes (N1) y la reconocida por él (N2). Pero nuevamente, nos encontraremos con que tal procedimiento, lejos de ser una yuxtaposición normativa (N1 + N2), implicará la generación por síntesis de una nueva norma, mixtura de las dos anteriores (N3), que el juez aplicará en contra de la invocada por las partes (N1). Con lo cual, el presente no es más que una especie solapada del supuesto que estamos analizando bajo el presente acápite b.

El caso descrito en tercer término (c), no es más que otra variante del anterior, en tanto aquí se entiende que sí existen criterios de corrección que permiten situar en pie de igualdad a la norma invocada por las partes con la seleccionada por el juez. Pero, nuevamente, nos encontraremos con un juez que contrariará la invocación de parte. Y dado que no compartimos la visión metafísica que sostiene que hay normas esencialmente *correctas* e *incorrectas*, la diferencia entre estos dos supuestos (b y c), en nuestro marco teórico, se disuelve.

En síntesis, en cualquiera de las hipótesis de trabajo referidas, siempre estaremos en presencia de un órgano jurisdiccional que pretende reservarse el poder de calificar jurídicamente una relación fáctica, ya sea en contra o ante la ausencia de la calificación de las partes.

En relación al alcance del instituto bajo análisis, algunos autores se pronuncian, con un criterio de gran amplitud, expresando que *“en esta materia no hay limitación alguna y (...) el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable según su ciencia y su conciencia. El aforismo reiteradamente citado (...) del iura novit curia (el derecho lo sabe el juez) significa, pura y simplemente, que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él”*³⁷.

³⁶ Inclusive, puede pensarse en una acción declarativa al solo efecto de conocer la aplicabilidad de una norma posterior, como sucedió en Cámara Nacional Federal Contenciosoadministrativo, Sala III, 19.11.1998, *in re* “FAYT, Carlos S. contra Estado Nacional”, en La Ley 1999-C, págs. 219 y ss. Sobre esta clase de pretensiones, puede consultarse BENTOLILA, Juan José; *“Hacia una delimitación de las fronteras de las pretensiones meramente declarativas”*, en La Ley Noroeste, año 10, número 8, septiembre de 2006, págs. 893 y ss.

³⁷ COUTURE, Eduardo J.; *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, 3ª edición, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 286. En cierto sentido, adhiere SPOTA, Alberto G.; *“El principio “iura novit curia” y la relación jurídica procesal”*, en Jurisprudencia Argentina, tomo 1954-I, págs. 153 y ss. P. v. también *“Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot”*, Buenos Aires, 1993, Abeledo-Perrot, tomo II (E-O), pág. 353.

En una posición algo más acotada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “*el principio iura novit curia, destinado a reconocer a los jueces facultad para suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, no justifica que aquéllos introduzcan de oficio acciones no planteadas ni debatidas en la causa*”³⁸.

En igual dirección, se ha expresado que el brocárdico “*no puede consentir al Juez convertir la acción deducida por la parte en otra distinta. Si la demanda se fundó en un acto o en un contrato determinado, la sentencia no podría apartarse de ello y fundarse en otro derecho que pudiera corresponder al actor, que no haya sido invocado por él ni siquiera en modo virtual o subordinado. En realidad, la función legítima del principio curia novit iura es la de permitir a los Jueces suplir el derecho erróneamente invocado por las partes. Por eso su aplicación no puede llegar a legitimar la introducción por aquéllos de acciones que no fueron ni intentadas por las partes ni discutidas en el proceso*”³⁹.

Afín a esta posición, se ha postulado que “[e]l límite lo marcarán las circunstancias del caso y [la utilización del *iura novit curia*] nunca puede dar lugar a indefensión para alguna de las partes: imaginemos el caso de que una de las partes había armado su estrategia jurídica en función de un encuadre jurídico y el juez al cambiarlo totalmente lo dejó indefenso, esto no puede ocurrir so pretexto de la aplicación del principio *iura novit curia*”⁴⁰, porque “*hay que colocar vallas al funcionamiento irrestricto del iura novit curia, que puede, eventualmente, dejar indefensa a una de las partes que había planeado su estrategia en función de disposiciones legales a la postre desechadas por el órgano jurisdiccional por más que habían sido alegadas por los litigantes*”⁴¹.

También que “*el juez podría, en principio, aplicar una norma omitida o diferente de la invocada por las partes, pero no podría variar la calificación jurídica dada por ellas si esa distinta calificación que le asignara a los hechos importara una modificación del marco jurídico global tenido en vista por las partes y sobre la base del cual plantearon su pretensión, su resistencia y toda su estrategia defensiva*”⁴².

Complicando más aun la cuestión, se ha aseverado que “*para sentenciar una causa, el juez debe saber derecho y, además, profundizar el derecho material aplicable al caso, afinar sus conocimientos jurídicos respecto de la cuestión que le haya sido sometida; de manera que el procesalista tiene que hacer dos remesas distintas, a las cuales – utilizando una terminología libre y solamente válida para este asunto- llamaremos remesa de derecho general y remesa de derecho casuístico, ambas necesarias para llevar a cabo su monografía jurídica. La primera se hace juntamente con la persona del juez, que debe llegar al estrado provisto de suficientes conocimientos jurídicos generales, jurídicamente culto; y la segunda en cada proceso, asunto que se relaciona con la intervención de abogados y con las formas de invocar el derecho material*”⁴³.

³⁸ Fallos 237:328; 239:442; entre otros. En idéntico sentido, p. v. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *in re* “*ORSI, Pedro Antonio Francisco contra LAVIA, Leonor Elvira*”, 21.10.1992, en A. y S. t. 97, págs. 1-3.

³⁹ FRONDIZI, Román Julio; *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁰ PEYRANO, Jorge Walter; *op. cit.*, pág. 38.

⁴¹ PEYRANO, Jorge Walter; “*Procedimiento Civil y Comercial I – Conflictos Procesales*”, Rosario, Juris, 2002, pág. 100. En igual sentido, *vide* ARAZI, Roland; ROJAS, Jorge A.; *op. cit.*, págs. 101 y ss.; y LOUTAYF RANEA, Roberto G.; *op. cit.*, págs. 190 y ss.

⁴² TERRASA, Eduardo; *op. cit.*, pág. 81.

⁴³ ODERIGO, Mario A.; “*El lenguaje del proceso*”, Buenos Aires, Depalma, 1961, pág. 32.

La precedente afirmación, parecería brindar una visión más acabada del problema, pero algunos obstáculos se nos figuran. Es que *¿cuándo estaremos en presencia de Derecho general y cuándo de Derecho casuístico? Y ¿de dónde surgen las meta-reglas que, en su caso, orientan la solución de los conflictos entre las dos clases de Derecho?*

Nos permitimos disentir entonces, sosteniendo que la anterior postura no brinda más que una solución aparente, no teniendo mayor sentido clasificar el Derecho aplicable sin un criterio que permita realizar una diferenciación técnica.

En fin, en otro orden de ideas, en cuanto a la motivación del juez para proceder a la recalificación, la misma, en principio, puede “*tener dos orígenes*:

- a) *uno, que podríamos denominar ideológico, de un juez que se siente dueño del proceso, conocedor de la verdad “real”, “material” u “objetiva” y que, por tanto no hesita en apartarse de la causa petendi (entendida como hechos más calificación jurídica);*
- b) *otro, que podríamos llamar pragmático o utilitarista, de un juez que advierte –a partir de los hechos demostrados- que la cuestión merece otro encuadre y, sin embargo, no quiere inutilizar la actividad procesal ya vastamente desplegada”⁴⁴.*

Adherimos a la posible utilización de la regla del *iura novit curia* sólo en el segundo caso, coherentemente a lo expresado cuando oportunamente abordamos la cuestión del tratamiento de los hechos en el proceso judicial⁴⁵.

2. Relaciones entre saber y poder.

En cuanto a las relaciones existentes entre el saber y el poder, mucho es lo que se ha teorizado, debiendo destacarse algunos grandes posicionamientos (que no los únicos) en orden a continuar con nuestro análisis.

- a) En un primer lugar, hay quienes han entendido que existe una cierta relación de causalidad entre el conocimiento y el poder. En tanto el sujeto se encuentra posibilitado de generar ciencia, adquiere el poder que la referida ciencia le suministra.

Si bien sin teorización al respecto, ya está la inquietud en la antigüedad griega. Así, en obra de Esquilo puede destacarse la discusión entre Hermes y Prometeo, mediante la cual el segundo vence la condena de Zeus, adquiriendo poder sobre éste, por su conocimiento acerca del fin del gobierno del dios⁴⁶.

Ya sobre una estructura teórica, puede encontrarse el antecedente más preclaro en la obra de Francis Bacon, quien esgrime que “[s]cientia et potentia humana in idem coincident”⁴⁷.

⁴⁴ MEROI, Andrea Angélica; *op. y loc. cit.*

⁴⁵ BENTOLILA, Juan José; “*La construcción de la idea de verdad en el proceso*”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, Lima, EGACAL, Anuario 2006, págs. 17 y ss.

⁴⁶ ESQUILO; “*Prometeo, encadenado*”, traducción Fernando Segundo Brieva y Salvatierra, Madrid, E.D.A.F., 1962, págs. 44 y ss.

⁴⁷ BACON, Francis; “*Novum Organum*”, Liber Primus, Partis Secundae, aphorismo III.

Y si bien se reconoce que Bacon indica varias fuentes de este principio, reiteradamente citado como típico del mentado autor, ha habido quienes han afirmado que “*en ninguna parte está expresado de manera tan categórica*”⁴⁸. Creemos que basta con lo anteriormente citado, mas si aun así no fuera suficiente, cabe destacar que también puede leerse que “*la senda que conduce al hombre al poder y la que le lleva a la ciencia están muy próximas, son casi la misma*”⁴⁹, puesto que “*la enseñanza suministra poder*”⁵⁰ y que “*no hay poder en la superficie de la tierra (...) como no sea el poder del conocimiento*”⁵¹.

En idéntico sentido, se ha explicado que “[l]a première mise en équation d’une loi physique, par Archimède, du seul fait de cette innovation symbolique, aussitôt fait naître l’image du levier qui soulève le monde. C’était une sottise, résultat de la propriété qu’ont les termes d’une équation de pouvoir prendre des valeurs aussi grandes qu’on veut (...). Le savoir donne réellement le pouvoir”⁵².

b) En segundo lugar, se ha puntualizado que el conocimiento aparece como legitimador de un poder que reconoce otro origen, o (cuanto más) como saber inextricablemente diluido en estructuras de poder.

Es que el saber se justifica, para algunos, cuando concurre a brindar sustento legitimante a un determinado poder.

Así, Tiresias, en texto de Sófocles, refiere “[c]uán funesto es el saber cuando no proporciona ningún provecho al sabio”⁵³. Es que, claro, no era él precisamente quien estaba revestido de la potestad de gobierno.

Michel Foucault desarrolla este tipo de relación entre saber y poder. Parte de considerar que el “*conocimiento fue (...) inventado. Decir que fue inventado es decir que no tuvo origen, o lo que es lo mismo y de manera más precisa aunque parezca paradójico, que el conocimiento no está en absoluto inscrito en la naturaleza humana*”⁵⁴.

Claramente, continúa el autor diciendo que el “*tirano griego no era simplemente quien tomaba el poder; si se adueñaba de él era porque detentaba o hacía valer el hecho de*

⁴⁸ REMUSAT, Charles; “*Bacon*”, Buenos Aires, América lee, 1944, pág. 68.

⁴⁹ BACON, Francis; “*Novum Organum*”, traducción Francisco Gallach Palés, Madrid, Nueva Biblioteca Filosófica, 1933, Libro II, Aforismo IV, pág. 110.

⁵⁰ BACON, Francis; “*Del adelanto y progreso de la ciencia divina y humana*”, traducción Jorge Castilla, Buenos Aires, Lautaro, 1947, pág. 114.

⁵¹ *Ídem*, pág. 168.

⁵² MANNONI, Octave; “*Astolfo et Sancho*”, en “*Pouvoirs – Nouvelle revue de Psychanalyse*”, Paris, Éditions Gallimard, número 8, Automne 1973, págs. 9 y ss. Vide también LACAN, Jacques; “*Savoir, vérité, opinion*”, en “*Le séminaire, Livre II: Le moi dans la théorie de Freud et dans la technique de la psychanalyse*”, texte établi par Jacques-Alain Miller, Paris, Éditions du Seuil, 1978, págs. 23 y ss.

⁵³ SÓFOCLES; “*Edipo, Rey*”, traducción José Alemany Bolufer, Madrid, E.D.A.F., 1962, pág. 481.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel; “*La verdad y las formas jurídicas*”, 2ª edición, traducción Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 21. Al respecto, p. v., del mismo autor, “*Hermenéutica del sujeto*”, traducción Fernando Álvarez Uría, La Plata, Altamira, 1998; y muy especialmente, “*L’ordre du discours*”, Paris, Gallimard, 1971. También BOUVERESSE, Jacques; “*La objetividad, el conocimiento y el poder*”, en “*El infrecuente Michel Foucault - Renovación del pensamiento crítico*” (actas del coloquio Centro George - Pompidou, 21-22 de junio de 2000), Buenos Aires, Letra Viva y Ediciones de L’École Lacanienne de Psychanalyse, 2004; y RORTY, Richard; “*Moral, identity an private autonomy: the case of Foucault*”, en “*Essays on Heidegger and others*”, Philosophical Papers Vol. 2, Cambridge University Press, 1991.

detentar un saber superior, en cuanto a su eficacia, al de los demás. (...) Solón puede dar efectivamente leyes justas a Atenas y puede recuperar la ciudad porque era (...) sabio (...). En los siglos VII y VI el tirano era el hombre del poder y del saber, aquel que dominaba tanto por el poder que ejercía como por el saber que poseía. (...) En las sociedades indoeuropeas del Oriente mediterráneo, a finales del segundo y comienzos del primer milenio, el poder político detentaba siempre cierto tipo de saber. (...) Saber y poder eran exactamente correspondientes, correlativos, superpuestos. No podía haber saber sin poder, y no podía haber poder político que no supusiera a su vez cierto saber especial. (...) [C]uando comienza la época clásica (...), se hace perentoria la desaparición de esta unión del poder y el saber para garantizar la supervivencia de la sociedad. A partir de este momento, el hombre del poder será el hombre de la ignorancia. (...) Con Platón se inicia un gran mito occidental: lo que de antinómico tiene la relación entre el poder y el saber. Si se posee el saber es preciso renunciar al poder; allí donde están el saber y la ciencia en su pura verdad jamás puede haber poder político. Hay que acabar con este gran mito. Un mito que Nietzsche comenzó a demoler al mostrar (...) que por detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con éste”⁵⁵.

En fin, en *“el panóptico se producirá algo totalmente diferente: ya no hay más indagación, sino vigilancia (...). Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder (...) y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no sólo de vigilar, sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila”*⁵⁶.

c) Finalmente también existen quienes sostienen relaciones de exclusión entre el saber y el poder diciendo, ya desde el terreno jurídico, que toda actividad judicial es un “saber-poder”, en tanto se trata de *“una combinación de conocimiento (veritas) y de decisión (autoritas). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa”*⁵⁷.

Este último desarrollo, que parte de establecer dos epistemologías judiciales distintas, *“el cognoscitivismo y el decisionismo, adjudicando a la primera de estas formas su identificación con la democracia sustantiva y a la segunda su filiación autoritaria, afirma que se trata siempre de una relación entre saber y poder y que conforme sea el peso o presencia del saber se define, también, la presencia del cognoscitivismo”*⁵⁸.

Con independencia de que existiere una respuesta unívoca al interrogante que se formula sobre la corrección de alguna de las posiciones puestas de manifiesto, lo cierto es que cabe preguntarse sobre si el saber del juez es causa de su poder, o si no es más que una condición legitimante de este último. No retomaremos la postura indicada con

⁵⁵ FOUCAULT, Michel; *“La verdad y las formas jurídicas”*, cit., págs. 56 y ss.

⁵⁶ *Ídem*, págs. 104 y ss.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi; *“Derecho y razón – Teoría del garantismo penal”*, traducción Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 3ª edición, Valladolid, Trotta, 1998, pág. 46.

⁵⁸ BARCESAT, Eduardo S.; *“El problema de la verdad en el proceso judicial”*, en La Ley, tomo 2003-D, pág. 1333. Puede resultar interesante, al respecto, ver OST, François; *“Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de Juez”*, traducción Isabel Lifante Vidal, en Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1993, número 14, págs. 169 y ss.

el ítem c, puesto que el contexto en el que es expresada no es precisamente el que estamos tratando en esta oportunidad.

Y pensamos que, en tanto el sistema de elección de jueces persiga la prevalencia de la idoneidad científica del postulante por sobre otras consideraciones, se acercará la ubicación a la primera postura indicada.

Mas si se entiende que el juez lo es por el hecho de poseer la *jurisdictio* (como potestad privativa del órgano), aquí el saber puede verse más construido en base a la existencia de un poder previo. Inclusive, se ha sostenido que “*no parece decisivo observar que el conocimiento del derecho no es coesencial para la determinación del contenido de la función jurisdiccional*”⁵⁹. Al respecto, si bien se admite que el juez “*debe ser capaz para el desempeño de su función [y debe] tener aptitud, experiencia de la vida y conocimientos técnicos (...)* [lo cierto es que se ha afirmado, en relación al juez inglés, que] *es inferior a los continentales en lo que se refiere a formación universitaria. No es siquiera imprescindible que haya cursado la Ciencia del Derecho en una Universidad, y los exámenes sobre materias jurídicas que necesita aprobar –los que se requieren para incorporarse al Colegio de Abogados– suponen un nivel bastante bajo de conocimientos*”⁶⁰. Y ello no es óbice para adquirir la potestad jurisdiccional en aquellas latitudes.

Aquí la jurisdicción se arroga la posibilidad de declarar un Derecho, con total exclusión de efectos en relación a las declaraciones de sujetos que no sean titulares de tal potestad.

Si lo analizamos desde este punto de vista, muy probablemente veremos que la jurisdicción se apropia del saber (declarándolo en cabeza de sus operadores) a los fines de legitimar un poder que es previamente estatuido, censurando a quienes pretendan realizar jusdeclaraciones marginales, por fuera del sistema⁶¹.

3. Diferencias con la inexcusabilidad del error de Derecho.

Han habido autores que han expresado que existe una relación entre el *iura novit curia* como “*deber profesional del juez y el precepto según el cual, en cuanto a todos los ciudadanos, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (...)* [y otros que entienden que] *no cabe establecer paralelismo alguno: para el juez es (o puede ser) un deber el conocimiento del derecho, indispensable para su aplicación; para el ciudadano es una necesidad el cumplimiento del derecho, independientemente de que lo conozca o no*”⁶².

Parecería que, atento a la diversa formulación en torno a que no es lo mismo “*afirmar*” un conocimiento que “*presumirlo*” (como es en la inexcusabilidad del error de Derecho) aun sin admitir prueba en contrario, nos encontramos ante un mero problema semántico.

⁵⁹ MICHELI, Gian Antonio; *op. cit.*, pág. 203.

⁶⁰ ENSOR, R. C. K.; “*Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*”, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pág. 103.

⁶¹ Sobre la apropiación del saber, p. v. la descripción de la censura, hecha por DOUFOR, Gérard; “*La Inquisición en España*”, Barcelona, Información y Revistas S.A., 1992, págs. 83 y 86. Las implicancias en lo atinente a nuestro tema son evidentes.

⁶² SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, págs. 43 y ss. Sobre este tema también *vide* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; *op. cit.*, págs. 241 y ss.

Pero a poco que nos sumergimos en él, descubrimos que el trasfondo es mucho más rico de lo que a primera vista se revela.

El primer interrogante que cabe postular es sobre el deber del juez.

¿*Debe el juez conocer el Derecho?* Es claro que si quiere legitimar su poder jurisdiccional aplicando el Derecho con exclusión de otros sujetos, deberá conocerlo.

Mas ello no empece a afirmar que tal deber se erige como un mero medio para cumplir con otro deber: el de juzgar.

Y debe notarse que, cuando hablamos de los límites conceptuales del brocárdico bajo examen, dejamos bien en claro que se trata del poder de recalificación de la relación jurídica sustancial, y no de un saber determinado, aunque se presente bajo el aspecto de esto último.

Segundo interrogante: ¿*debe el ciudadano conocer el Derecho?* Desde la pura perspectiva del ciudadano, mal se puede cumplir un precepto que no se conoce. Aunque, si lo tomamos desde el punto de vista del Estado, es claro que no le resulta trascendente que el beneficiario del Derecho lo conozca, si es que lo cumple. Es que no es como apuntaba el autor precitado, que el ciudadano tiene la *necesidad* del cumplimiento del Derecho, sino que estamos en presencia de un *deber*, que bien puede ser desobedecido.

En definitiva, tanto el juez como el ciudadano, deben cumplir el Derecho (ya sea juzgando, ya sea obedeciendo), puesto que el órgano jurisdiccional está constitucional y legalmente obligado (tanto como el ciudadano que no se encuentra revestido de la potestad de la *iuris dictio*) a la observancia de las normas de Derecho⁶³. Pretender fincar una diferencia entre estos deberes, implica el costo de sostener que la sumisión a la ley reconoce órdenes diversos para sujetos con diversidad de roles. Una sola distinción merece ser hecha: el juez debe cumplir el Derecho, pero, en adición, tiene la potestad de *declararlo*, extremo que no es reconocido útilmente al ciudadano en general.

Nótese que ninguno de los dos sujetos mencionados puede excusarse en el desconocimiento del Derecho para evitar su cumplimiento (el aforismo *ignorantia iuris non excusat* es tan válido para cualquiera de ellos), siendo que el sistema claramente impide escudarse en tal desconocimiento para soslayar la prescripción jurídica.

Así, cuando el artículo 20 de nuestro Código Civil, cuyo origen puede encontrarse en las leyes 20 y 21 del título I de la Partida primera (que, a su vez, reprodujo las leyes romanas sobre la materia), indica claramente que “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”, lo que está haciendo es impedir la alegación de desconocimiento en orden al *cumplimiento* de la prescripción, tanto como lo hace la norma que veda al juez la omisión de pronunciamiento, puesto que el artículo bajo análisis no es más que “una consecuencia lógica de la obligatoriedad de la ley”⁶⁴, y no una absurda presunción de absoluta sabiduría jurídica universal.

Adviértase que “*las ficciones son enunciados que se preceden de la expresión “como si”*”. *El hecho descrito en el enunciado no existe al momento de la producción del*

⁶³ Véase MICHELI, Gian Antonio; *op. cit.*, tomo I, pág. 259.

⁶⁴ BUSSO, Eduardo B.; “*Código Civil anotado*”, Buenos Aires, Ediar, 1944, tomo I, pág. 184.

enunciado. Podemos distinguir entre ficciones débiles y fuertes. Las débiles son aquéllas en que no existe una correspondencia entre el mundo real y lo descrito en el enunciado al momento de ser pronunciado el mismo, pero puede sí corresponderse ese enunciado a un hecho pasado o futuro. Dicho de otro modo, que lo descrito en el enunciado ficto puede coincidir con un hecho real, en algún momento. Inversamente, las ficciones fuertes son aquellas en que el enunciado ficto nunca puede corresponderse con un hecho real, pasado, actual o futuro, porque el enunciado es autocontradictorio. (...) [E]n el campo del saber de los juristas, (...) [l]as leyes se presumen –como si fueran conocidas por todos (...). [Se trata de ficción fuerte en tanto] ni el más preparado de los juristas sostendría conocer todo el derecho positivo existente en su país. (...) Sin embargo, [esta ficción] es fundante para la teoría general de la responsabilidad, ya que nadie puede excusarse invocando la ignorancia del derecho (...). Un avezado jurista respondería que más allá de la dudosa verdad de estos enunciados, los mismos son útiles y en esta utilidad parece radicar el sentido de las ficciones en el derecho”⁶⁵.

De todo lo precedentemente expuesto se extraen algunas conclusiones.

En primer término, que el *iura novit curia* y la presunción de conocimiento del Derecho de nuestro Código Civil, no tienen caracteres análogos, en tanto el primero apunta a un poder del juez (potestad recalificatoria) y el segundo a la imposibilidad de alegación útil del desconocimiento por parte del beneficiario de la norma jurídica.

En segundo término, debe aclararse que, si algún paralelo puede hacerse, no será entre estas dos ideas, sino más bien entre la imposibilidad de la omisión del pronunciamiento del juez, basada en el desconocimiento del Derecho, y la omisión del cumplimiento del Derecho por parte del ciudadano. Así queda claro que la interdicción de utilización de tal excusa, rige tanto para el juez como para el ciudadano. En apoyo de esta tésis, se ha indicado que el “*conocimiento del derecho por parte del juez, encuentra su manifestación de interés máximo en su obligación de juzgar, sin que pueda dejar de hacerlo a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”⁶⁶.

En tercer término, tratar a los dos institutos como semejantes, sólo puede reconocer origen en el absurdo de pensarlos como meras declaraciones normativas de conocimiento presunto, evitando discurrir sobre sus efectos en orden a las facultades y deberes que tal conocimiento presunto implica.

Aclarado lo antedicho, y en torno a la normativa de nuestro Código Civil, anteriormente apuntada, cabe distinguir algunos extremos. Según algunos, “*la ignorancia de la ley no podía ser invocada en ningún caso, sea porque ella constituye una culpa, sea porque una necesidad social exige que las normas jurídicas se impongan a todos. (...) Según otros autores, podía en ciertos casos invocarse la ignorancia de la ley. Sin embargo, las distinciones entre las hipótesis en que era posible hacerlo y aquellas en que no lo era, no responden a un criterio uniforme en los autores que sostienen este punto de vista. (...). Los autores más recientes plantean el problema de otra manera: Una cosa es invocar la ignorancia de la ley para sustraerse a su obligatoriedad y otra es invocarla como vicio de la voluntad. (...) Nadie podría sustraerse al imperio de la ley, no porque*

⁶⁵ BARCESAT, Eduardo S.; *op. cit.*, págs. 1336 y ss. En relación al tema de las ficciones jurídicas, también p. v. BENTOLILA, Juan José; “*El Derecho vencido (a propósito del conflicto de normas generador de límites a la voluntad del legislador)*”, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004, N° 27 (2003), págs. 9 y ss.

⁶⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago; *op. cit.*, pág. 44.

se presume conocida, sino porque ello es una necesidad social. En consecuencia, si cometemos un acto ilícito, no podemos evitar el efecto legal de reparar el daño. Si celebramos un acto jurídico, deberemos atenernos a los efectos que la ley le ha atribuido. (...) La ley ha de imponerse a todos. Este es un principio absoluto. Si se admitiera una sola excepción, se destruiría su fundamento racional. (...) Pero cuando una persona ha sido determinada a celebrar un acto jurídico por un error de derecho, su voluntad se hallará viciada por el error. Éste, al igual que el error de hecho, siempre que sea excusable, debiera admitirse para impugnar la eficacia del acto. (...) La posibilidad o no de invocar la ignorancia de la ley, se halla en el fin perseguido: cuando lo que se pretende es sustraerse a la obligatoriedad de la ley, aquella ignorancia no puede invocarse en ningún caso”⁶⁷.

Esta última distinción halla sustento normativo, en tanto el “artículo 923 contempla el problema de la obligatoriedad de la ley. Nadie puede sustraerse a la obligatoriedad de la ley, y en consecuencia tampoco podría evitar los efectos de los actos lícitos o de las consecuencias legales de los actos jurídicos. (...) Pero el artículo 20 contempla una situación mucho más amplia, ya que se refiere a la posibilidad de invocar el error de derecho en general. Y en este terreno admite que tal posibilidad exista en los casos expresamente contemplados por la ley. Estos casos (...) son siempre hipótesis de error o ignorancia que afectan a la voluntad creadora del acto jurídico. Y la crítica que puede hacerse a nuestro código, consiste sólo en no haber admitido bajo este punto de vista una regla general, que equiparara el error de derecho al error de hecho”⁶⁸.

4. Los dos momentos calificadorios: examen de admisibilidad y sentencia.

Si el *iura novit curia* implica la potestad calificatoria de la relación jurídica sustancial por parte del órgano jurisdiccional, han de reconocerse los estadios procesales en los cuales se procede a la realización de tal calificación.

La citada potestad calificatoria gravita principalmente en dos momentos: en el examen de admisibilidad de la demanda, y en la sentencia.

En cuanto al examen de admisibilidad de la demanda, si bien suele tratarse de una evaluación predominantemente formal, cabe destacar que el juez igualmente deberá dar cima a una calificación provisoria de la relación jurídica sustancial, sobre la base de lo expuesto por el actor, sobre todo a los fines de poder discurrir acerca de su propia competencia (porque “*para determinar la competencia, corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y después, sólo en la medida en que se adecue a ello, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión*”⁶⁹).

Adelantaremos que los efectos de una declaración de inadmisibilidad por error calificadorio del actor, en principio, no serán de mayor relevancia para nuestro trabajo. Primero porque estaríamos en presencia de una extraña especie en nuestra práctica del Derecho Procesal Civil y Comercial. Y segundo porque, en esos casos, puede el

⁶⁷ BUSSO, Eduardo B.; *op. cit.*, págs. 183 y ss.

⁶⁸ *Ídem*, pág. 185.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “CTI PCS S.A. contra Municipalidad de Hurlingham”, en Fallos, 325-I:479. También ver Fallos 308:229 y 2230; 310:1116, 2842 y 2918; 311:172, 557, 2198, 2607, 2728, y 2736; 312:808 y 1219; 313:971, 1467 y 1683; 315:2300; 318:30; 323:470 y 2342; entre muchos otros.

demandante iniciar la acción nuevamente, en tanto no le sería oponible carácter de cosa juzgada del referido pronunciamiento judicial⁷⁰.

Nótese entonces que “*un primer examen superficial (...) del material suministrado por el expediente, resulta indispensable antes de determinar si el derecho es fundado y si los hechos son relevantes. (...) Una vez que el examen prima facie arroja un resultado favorable a la posible admisibilidad del caso, se entra en el análisis de los hechos*”⁷¹.

Y una vez trabada la *litis*, el demandado, también en función del relato de la contraria, podrá generar incidente sobre la supuesta competencia del Tribunal, promoviendo la recalificación de la relación jurídica sustancial y, por ende, desplazando la competencia hacia otro órgano jurisdiccional con diversa atribución de competencia según la materia.

Difícilmente se afecte la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio en este estadio, habida cuenta de la posibilidad de reconducir el proceso en otro sentido cuando aun es posible hacerlo, a través de la adecuación del procedimiento. Inclusive, se ha admitido que “*las partes que han hecho su enfoque jurídico con la demanda y contestación pueden, después de trabada la litis, al alegar cambiar el enfoque jurídico*”⁷².

Distinta será la situación cuando la calificación judicial fuere realizada en la sentencia de mérito, en función de la imposibilidad de modificar las estrategias defensivas, quedando sólo abierta la vía recursiva para la impugnación del decisorio, extremo que no supe en modo alguno la posibilidad defensiva que existe en el proceso. Es que esta clase de recalificación “*se caracteriza porque recién al final del proceso y en ocasión de dictar la resolución que lo corona, el tribunal entera a las partes que se han manejado por un carril inadecuado*”⁷³.

En este segundo momento calificadorio, una decisión que a la postre modifique las reglas jurídicas sustanciales que los litigantes tuvieron en cuenta al momento de conducirse en el proceso, puede llegar a vulnerar, en ciertos casos, sus posibilidades defensivas. Así, la exorbitancia de la decisión jurisdiccional aparecerá insoslayablemente cuando la defensa de alguna de las partes se halle comprometida por la calificación decidida por el juez.

⁷⁰ Adviértase que no estamos tratando casos de instancia recursiva, en la que, una declaración de inadmisibilidad, podría comportar la firmeza del acto en recurso, y la imposibilidad de promoción de nueva instancia al respecto.

⁷¹ COUTURE, Eduardo J.; *op. cit.*, pág. 282.

⁷² PEYRANO, Jorge Walter; “*Lecciones...*”, *cit.*, pág. 39. En sentido contrario se pronunció la Cámara 1ª de Apelación de Santa Fe, en fecha 12.04.1935, *in re* “*DOLBER, Sara SPEISKY de contra SCAFATTI, Onofrio y Otro*”, en Jurisprudencia Argentina, tomo 50, págs. 703 y ss., con nota disidente de DÍAZ de GUIJARRO, Enrique; “*La litiscontestación y la invocación de preceptos legales*”.

⁷³ PEYRANO, Jorge Walter; “*Procedimiento...*”, *cit.*, págs. 102 y ss.