



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Meroi, Andrea A.  
Iura novit curia y decisión imparcial  
Ius et Praxis, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 379-390  
Universidad de Talca  
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713215>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## IURA NOVIT CURIA Y DECISIÓN IMPARCIAL\*

Andrea A. Meroi\*\*

### RESUMEN

La segunda mitad del siglo XX ha dado a luz un nuevo paradigma jurídico que, entre otras denominaciones, se ha dado en llamar “*estado constitucional de derecho*” (contraponiéndolo al “*estado legal de derecho*”) o “*neoconstitucionalismo*”.

Conforme a este paradigma, la Constitución ya no es una mera carta de organización del poder y la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una *norma* directamente operativa que contiene el reconocimiento de *garantías —positivas y negativas— exigibles jurisdiccionalmente*.

A su vez, muchas de esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, ciertamente, la de *interpretar* una norma.

En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla *iura novit curia*. ¿Cuál es el

---

\* Ponencia presentada al XIX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción del Paraguay, 16 y 17 de noviembre de 2006.

\*\* Profesora Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y de carreras de postgrado en la misma Universidad. Magíster en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral, Argentina). Especialista Universitaria en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). E-mail: [ameroi@arnet.com.ar](mailto:ameroi@arnet.com.ar).

derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa?

Habremos de sostener que, dadas las condiciones de la juridicidad actual, es presupuesto de la imparcialidad de la decisión la posibilidad del más amplio debate entre las partes respecto de la premisa normativa. Es menester reformular la regla *iura novit curia* permitiendo el contradictorio en la determinación de la *regula iuris*.

## 1. Las condiciones de la juridicidad actual

A raíz de las graves lecciones que dejó la II Guerra Mundial, el derecho occidental asistió al surgimiento de un fenómeno de *rematerialización* de las cartas constitucionales, a las que se incorporó la declaración de *derechos fundamentales* con sus caracteres de *universalidad*, *inalienabilidad* e *indisponibilidad*<sup>1</sup>. Entre otras denominaciones, se ha identificado este fenómeno como *estado constitucional de derecho* o *neoconstitucionalismo*<sup>2</sup>. HABERMAS hablará de un fenómeno de *colonización jurídica* que, bien que saludable en un principio, culmina en “el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad (...) esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradoras en el mundo de la vida de los beneficiarios”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2<sup>a</sup> ed., 2001, p. 23; PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, Doxa, N° 23, 2000, p. 172; THURY CORNEJO, VALENTIN, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, p. 139, con cita de LA TORRE, MASSIMO, *Derechos y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea*, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, N° 16, 1993, p. 70; LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, etcétera.

<sup>2</sup> Cfr. AA.VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 2005 (con artículos de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, etcétera). Para las influencias de este paradigma en el ámbito del derecho privado, v. CHAUMET, MARIO EUGENIO, *El Estado constitucional y el derecho privado*, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 29 y ss. y sus citas (en especial, # 5). Del mismo autor, *Las Escuelas Judiciales para el “Estado Constitucional” (Un llamado a superar la “soledad” y el “aislamiento” judicial)*, IX congreso Nacional de Capacitación Judicial y I Congreso Iberoamericano de Capacitación Judicial, 14.10.05, <http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Asp/Escuela/Congreso2005/Ponencias/PNac20.doc>.

<sup>3</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1988, t. 2, pp. 511/512. Similamente, FERRAJOLI, para quien el estado constitucional de derecho “no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad sustancial» weberianas (...) Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de

Ciertamente, antes de esa señalada fecha muchos países tenían *constitución formal*. Sin embargo, la idea de un *estado constitucional de derecho* importa la *normatividad* misma de un catálogo de *derechos fundamentales* que —a diferencia de los consagrados por el constitucionalismo clásico, las llamadas “libertades negativas”—, incluyen *expectativas positivas* o *derechos sociales*<sup>4</sup>. ALEXY sostiene que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (vgr. salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se hace referencia primaria a derechos a prestaciones en sentido estricto<sup>5</sup>.

A su turno, estas *expectativas positivas* se caracterizan por estar consagradas en *principios*, *directrices* o, menos frecuentemente, en *reglas* que se construyen a partir de *conceptos indeterminados*<sup>6</sup>. Existe un enorme vacío normativo en los niveles infraconstitucionales de concreción de la mayor parte de estos *derechos sociales*. Los poderes públicos se deslegitiman constantemente ante el incumplimiento “de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales”<sup>7</sup>.

Si a esa situación se añade la de la denominada *crisis de la legislación*, con sus notas de una producción normativa “inmensa, incontrolable, penetrante, fragmentaria, variable... cada vez más retardada con respecto a la evolución de los hechos que quisiera regular”<sup>8</sup>, se advierte el notorio incremento de las *lagunas* y *antinomias* del sistema.

1.1. Más allá de las intensas polémicas que suscita, uno de los elementos esenciales del proceso de *constitucionalización* es, precisamente, la difusión en el seno de la cultura jurídica de la

---

libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fines* a que está orientado” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos...*, cit., p. 22).

<sup>4</sup> Ibídem. Sobre los “deberes positivos” puede verse el número especial de la Revista *Doxa*, N° 3, año 1986: FISHKIN, JAMES S.; GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; BAYÓN, JUAN CARLOS; LAPORTA, FRANCISCO J.

<sup>5</sup> ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 482 y ss.

<sup>6</sup> V., por todos, ATIENZA, MANUEL – RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; VIGO, RODOLFO L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos...*, cit., 2001, p. 28. El autor advierte que “... hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso del as ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrolle de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho»” (p. 30).

<sup>8</sup> TARUFFO, MICHELE, *Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho*, en “Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, trad. Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006, p. 185.

idea según la cual toda norma constitucional independientemente de su estructura o contenido normativo es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos<sup>9</sup>.

Si la Constitución es norma y, además, norma suprema, ello significa que todo el ordenamiento debe interpretarse de conformidad a ella. En tales condiciones, asistimos a un cambio radical en la estructura misma del derecho: “la norma deja de responder a las características formales del siglo pasado y se nutre cada vez en mayor medida de valores materiales, no concretizables *a priori*, con lo cual la instancia de aplicación asume una función creadora que le era desconocida en el pasado. Asimismo, la multiplicidad de nuevas situaciones y casos frente a normas cada vez más vagas e indeterminadas no hace sino acrecentar la dinámica del sistema jurídico hacia la resolución de las controversias en manos del juez”<sup>10</sup> y, con ello, el peligro de que éste haga valer sus propios criterios de lo bueno, lo justo, lo legítimo, lo conveniente, lo verdadero.

## 2. Los alcances del *iura novit curia* en ese marco jurídico

Los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino *aplicando la norma que regula el caso*. De ahí que desde antiguo, y sin perjuicio de otras implicaciones, se haya repetido la regla *iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”): a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo<sup>11</sup>; b) como principio o regla (conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso<sup>12</sup>), esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por

<sup>9</sup> Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 158. Escapa al marco de este trabajo describir tales polémicas. Sin embargo, día a día nos encontramos con más y nuevos conflictos de derechos sociales que son sometidos al conocimiento de los jueces. La novedad provoca tanto voces laudatorias, que exigen una participación activa del juez, cuanto voces detractoras, que denuncian la total impertinencia de la participación del órgano judicial a su respecto. Lo que aquí tomamos como dato relevante es la creciente justificación de decisiones judiciales que se basan en la premisa que la Constitución no estaría garantizada en su dimensión si no existiera la posibilidad de exigir la realización de todos los derechos fundamentales reconocidos en ella.

<sup>10</sup> THURY CORNEJO, VALENTÍN, *op. cit.*, p. 265. V., asimismo, CHAUMET, MARIO E., *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales*, JA, 2004-I, Número Especial “Razonamiento Judicial”, 31.03.04, pp. 38 y ss.

<sup>11</sup> EZQUIAGA GANUZAS, JAVIER, «*Iura novit curia*» y aplicación judicial del derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 18; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 1972; *Teoría general de la prueba civil*, Buenos Aires, Zavalía, 1974; LESSONA, CARLOS, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Revista de Legislación, 1907, etc.

<sup>12</sup> Ver, entre muchos otros, COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 11<sup>a</sup> reimpr., 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma, 1978; CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922; EISNER, ISIDORO, *Principios procesales*, en RDEP, N° 4; PEYRANO, JORGE W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978. Alvarado Velloso distingue entre principios

las partes; c) como “principio-construcción”, en la terminología de WRÓBLEWSKI<sup>13</sup>, en tanto 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.

Ahora bien, si ese *derecho* está plagado de *indeterminaciones normativas* y es contrastado constantemente con *principios constitucionales* de gran abstracción y carga axiológica que, además, se afirman directamente operativos, no cabe sino preguntarse: ¿qué derecho es el que conoce el juez? Ciertamente, la *regla* que —a la postre— deviene construida y aplicada en la sentencia no es el *principio* que inicialmente fundó la decisión. Entre las proposiciones “*debe ser que el Estado provea de tal medicamento al peticionario*” y el principio “*derecho a la salud*” hay no sólo una distancia significativa sino el ejercicio del arbitrio judicial que elige una entre varias opciones posibles.

Elementalmente, la regla *iura novit curia* sufre una crisis en su definición misma (¿de qué derecho hablamos cuando exigimos que el juez conozca el derecho?) así como en su legitimidad (¿conforme a qué norma está resolviendo el juez? ¿en qué términos está vinculado a la ley? ¿podemos seguir considerando la interpretación como una actividad predominantemente cognoscitiva en todos los casos?).

Así, estas condiciones de la juridicidad actual plantean una serie de interrogantes de difícil solución<sup>14</sup>. Uno de ellos es, innegablemente, la vigencia de la garantía de ser juzgado por un tercero imparcial.

### 3. Las posibles afectaciones al deber de imparcialidad

y reglas, incluyendo al «*iura novit curia*» entre estas últimas (*Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 1).

<sup>13</sup> WRÓBLEWSKI, JERZY, “*Sentido*” y “*hecho*” en el derecho, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, pp. 153 y ss. Como *principio*, v. ATIENZA – RUIZ MANERO, *cit.*, p. 4.

<sup>14</sup> Y es que “la conclusión de que en el derecho existen algunas situaciones en las que no puede hablarse con propiedad de conocimiento de la solución normativa antes de la realización de un cierto comportamiento, tiene una gran incidencia en uno de los valores jurídicos fundamentales: la certeza. Al servicio de ésta se encuentra el conocimiento del derecho tanto por parte de los ciudadanos en general, como por parte de los órganos jurisdiccionales. La certeza subjetiva de los primeros requiere poder conocer con antelación cuáles son las consecuencias jurídicas de un concreto comportamiento y poder prever la eventual decisión jurisdiccional sobre el mismo, para lo cual es preciso que preexista a ésta una norma jurídica que lo contemple y que sea aplicada por el órgano judicial. La certeza objetiva lleva a que éste la aplique incluso a los destinatarios que la ignoren. Cuando, sin embargo, la norma jurídica no preexiste a la decisión judicial, desaparece, por un lado, para los destinatarios la posibilidad de preverla y el propio principio *ignorantia iuris non excusat* adquiere un significado completamente nuevo; y, por otro, para los órganos jurisdiccionales la posibilidad de someterse al imperio de la ley. Cuando, a pesar de ello, sigue manteniéndose que el juez *debe conocer y conoce* el derecho, parece evidente que el principio *iura novit curia* desempeña una función de carácter ideológico tendente a ocultar esa realidad” (EZQUIAGA GANUZAS, JAVIER, *cit.*, p. 21). V., asimismo, tesis de Maestría en Derecho Privado de BENTOLILA, JUAN JOSÉ, «*El tenso diálogo entre la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el*

La *imparcialidad* ha sido elevada a “principio supremo del proceso”<sup>15</sup> y, estrictamente, difiere de “no ser parte”. GOLDSCHMIDT distingue con estrictez entre *partialidad* y *parcialidad*: “Partial significa ser parte; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...) La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”. En la misma línea, y agregando la *independencia*, ALVARADO VELLOSO enseña que el principio procesal de *imparcialidad* tiene, en realidad, tres despliegues: la *imparcialidad* (el juez no ha de ser parte), la *imparcialidad* (el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio) y la *independencia* (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes)<sup>16</sup>. Por su parte, AGUILÓ sostiene que la *independencia* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social (relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho), mientras que la *imparcialidad* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso<sup>17</sup>. La imparcialidad —continúa— “podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso”.

Al par que *principio procesal*, la imparcialidad y sus realizaciones constituyen, simultáneamente, una *garantía de los jueces*, una *garantía de los ciudadanos*, un *deber judicial*, un *derecho de los justiciables*<sup>18</sup>. Huelga recordar que la garantía de un juez imparcial se considera incluida en la más genérica del debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio<sup>19</sup>.

Sin embargo, y además de otros factores de enorme influencia, hoy se señala la *subjetividad específica* del conocimiento judicial como un factor insuperable de incertidumbre: afirma FERRAJOLI que este “investigador particular legalmente cualificado que es el juez..., por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos”<sup>20</sup>. De ahí que la *imparcialidad* no sea una representación *descriptiva* sino *prescriptiva*, equivalente a un “conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse

---

<sup>15</sup> *principio de congruencia procesal y la regla iura novit curia, en el marco del Derecho Procesal Civil y Comercial*, en prensa.

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *La imparcialidad como principio básico del proceso (“partialidad” y “parcialidad”)*, discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y Norma”, Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955, p. 133 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 1, p. 261).

<sup>18</sup> AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, Isonomía, N° 6, 1997, pp. 71 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Elcano, Aranzadi, 2002.

<sup>20</sup> CN, 18.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 56.

condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud «imparcial» respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia de preconceptos en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados”<sup>21</sup>.

Así las cosas, si la *imparcialidad* es un principio *que se construye* y que intenta acercarse a ese modelo ideal nunca alcanzable de manera perfecta, es menester que existan las condiciones necesarias a tal fin:

- a) La configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales actúan como *partes* y el tercero *superpartes*;
- b) La indiferencia o desinterés personal del juez respecto de los intereses en conflicto y, correlativamente, la más amplia recusabilidad del juez por las partes<sup>22</sup> y el deber de excusación de éste;
- c) La igualdad de las partes, “para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones entre funciones...”<sup>23</sup>.

3.1. Pues bien, dijimos antes que las *indeterminaciones normativas* y el recurso a *principios constitucionales* conllevan el peligro de la utilización de los criterios propios del juez.

Es precisamente en estos casos en que so pretexto de *iura novit curia* el juez puede hacer valer sus preferencias valorativas violando el principio de imparcialidad (ya sea porque decide conforme a una predisposición favorable o desfavorable a una de las partes, ya sea porque decide desde sus propias y subjetivas convicciones morales, religiosas o políticas).

Por eso si no se quiere caer en posturas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a puro mito, pura ideología (que el único método sea la libérrima conciencia decisoria, el juez dueño y señor del derecho) debemos asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> “El juez... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (íd. íd., pp. 581/582).

<sup>23</sup> Íd. íd., p. 583.

<sup>24</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

Justamente quienes pretenden limitar este formidable poder traspasado a los jueces exigen una mayor *justificación* de sus decisiones<sup>25</sup>.

Y si bien existen diversas propuestas acerca de los parámetros que una argumentación judicial debe observar para ser adecuada<sup>26</sup>, habremos de detenernos en una *perspectiva dialéctica*, en el aspecto *confrontativo* del discurso. De ahí que reivindiquemos la vigencia y significación del *contradictorio* en el ámbito del derecho procesal.

#### 4. El contradictorio y la construcción de la norma jurídica

La garantía del *contradictorio* se encuentra en las bases mismas de la idea de *proceso*, entendido (latamente) como método pacífico y dialéctico de debate entre dos partes contrapuestas ante un tercero imparcial<sup>27</sup>.

Sin embargo, su propia conceptualización y los despliegues de su efectiva vigencia en un sistema jurídico han variado al compás de las coordenadas de *espacio* y *tiempo*. Con relación a este último y a partir de una investigación inicial de GIULIANI<sup>28</sup>, la doctrina procesal ha indagado acerca de las “matrices histórico-culturales del contradictorio”<sup>29</sup>.

Estos estudios muestran una evolución y una dialéctica en la conceptualización del brocárdico «*audiatur...*»<sup>30</sup> que coincide, no casualmente, con el complejo cultural de la época respectiva<sup>31</sup>.

En lo que aquí interesa<sup>32</sup>, la evolución final del principio coincide con el ya mencionado

<sup>25</sup> V., por todos, TARUFFO, MICHELE, *Legalidad...*, cit., p. 197: “... precisamente desde el momento en el cual se reconoce la naturaleza creadora del razonamiento decisorio surge con particular evidencia la necesidad —típica del Estado de derecho fundamentado sobre el principio de legalidad— de que esta creación advenga según criterios de racionalidad, y sea referida al interior del contexto —dinámico todo lo que se quiera, pero no caótico— del ordenamiento. Por estas razones ético-políticas (mucho antes que jurídicas) la formulación de la decisión es pensada como una actividad que se realiza según criterios, reglas y normas, respetando los criterios de racionalidad del razonamiento jurídico. Por las mismas razones se requiere que el juez, motivando su decisión, demuestre que ha ejercido correctamente sus poderes”.

<sup>26</sup> Cfr. VEGA REÑÓN, LUIS, *Si de argumentar se trata*, Barcelona, Montesinos, 2003. El autor condiciona la respuesta a pregunta por una buena argumentación “según cómo se entienda la noción misma de *argumento* y según qué aspecto o dimensión de la *argumentación* se privilegie: según se considere que ésta es ante todo un producto textual, o un proceder interactivo, o un proceso de inducción de ciertas creencias o disposiciones en el ánimo del interlocutor” (p. 86).

<sup>27</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *op. cit.*, t. I, Lección 1.

<sup>28</sup> Cfr. GIULIANI, ALESSANDRO, *Il concetto di prova (contributo a la logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961; *La controversia, contributo alla logica giuridica*, Padova, 1966.

<sup>29</sup> V., sobre todo, PICARDI, NICOLA, «*Audiatur et altera pars*». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, en *Riv. Trimest. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, N° 1, pp. 7/22.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de que no siempre coincidamos con los juicios de valor que se hacen respecto de cada una de las etapas de esta evolución, estos estudios resultan de fundamental importancia a la hora de comprender la historia del pensamiento procesal.

<sup>31</sup> Cfr. CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL – CHAUMET, MARIO EUGENIO, *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad*, en “Investigación y Docencia”, N° 21, pp. 67 y ss.

<sup>32</sup> Para mayores desarrollos del brocárdico, puede v. nuestro trabajo *Resignificación del «contradictorio» en el*

surgimiento del *estado constitucional* y la idea de *rematerialización* del derecho.

¿En qué consistirá la *rematerialización* del “contradictorio”? Los autores hablan de “revalorización” del principio, de la recuperación de la idea “clásica” del “contradictorio” y de su consecuente consideración como *núcleo central del proceso*.

4.1. Para PICARDI, por caso, es posible describir este cuadro de situación:

- a) En primer lugar, ha habido claras señales de retorno al interés de los juristas por los mecanismos de formación del juicio<sup>33</sup> y, para ello y ante todo, por el contradictorio y la colaboración de las partes en la búsqueda de la verdad.
- b) Otro paso decisivo ha sido la tarea jurisprudencial de elevar el “contradictorio” a garantía constitucional incluida en la de “defensa en juicio” o en el estándar del “devido proceso”. La defensa en juicio es, en primer lugar, garantía de contradictorio y la igualdad de armas asume el valor de condición de legitimidad constitucional de la norma procesal.
- c) Finalmente, en el cuadro de las recientes orientaciones que tienden a la revalorización de la retórica se advierte la ponderación de los aspectos dialécticos y justificativos del proceso. El “contradictorio” no constituye tanto un instrumento de lucha entre las partes como, sobre todo, un instrumento operativo del juez y un momento fundamental del juicio. El proceso obedecería, así, a una lógica argumentativa y justificativa. El “contradictorio” deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por las partes. Estamos en el ámbito de una lógica de lo *probable* y de lo *razonable*, no de lo necesario e inevitable.

4.2. En análogo sentido se expresa OLIVEIRA<sup>34</sup>, para quien durante el transcurso del s. xx se revitaliza el carácter problemático del derecho. El “contradictorio” comienza a constituirse en un atributo inherente a todos los momentos relevantes del proceso. Este nuevo enfoque surge a partir de los años '50 del siglo pasado, momento en que se reuevan los estudios de lógica jurídica, se agudizan los conflictos de valores y los conceptos jurídicos se tornan más imprecisos y elásticos.

De tal suerte, y rechazándose la investigación solitaria del juez, el “contradictorio” se presenta como la contrapartida del *diálogo*, recomendado por el método dialéctico, que amplía el cuadro de análisis, obliga a la comparación, atenúa el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de un juicio más abierto y ponderado.

---

<sup>33</sup> *devido proceso probatorio*, en “Controversia procesal”, Medellín, Universidad de Medellín, 2006, pp. 69 y ss. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Torniamo al giudizio*, Rivista de Diritto Processuale Civile, 1949, p. 165.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE, *A Garantia do Contradictório*, Apéndice en “Do formalismo no processo civil”, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 227 y ss.

Esta perspectiva excluye, asimismo, la consideración de las partes como *objeto* de pronunciamiento judicial, garantizando su derecho de actuar de modo crítico y constructivo sobre la marcha del proceso y su resultado, pudiendo ejercer la defensa de sus razones antes de la decisión.

Para el autor, la materia se vincula con el propio respeto de la dignidad humana y de los valores intrínsecos de la democracia. La mayor expresión referencial de estos valores está en el respeto del “contradictorio”, comprendido como ejercicio concreto del derecho de defensa a los fines de la formación del convencimiento del juez.

En tal marco, OLIVEIRA propicia un nuevo alcance de la regla *iura novit curia*. Las partes pueden y deben aportar su cooperación también en cuanto a la valorización jurídica de la realidad externa al proceso, investigación que de ningún modo puede ser hoy labor exclusiva del órgano judicial. La expectativa de éxito final en la causa evidencia, en verdad, el interés primordial de la parte en dar a conocimiento del tribunal la *norma jurídica* a ser aplicada, según su visión particular<sup>35</sup>.

Existe un serio riesgo de que, habida cuenta de la complejidad jurídica actual, los jueces no “descubran” una norma jurídica favorable al litigante o no la interpreten correctamente. De tal suerte, importa establecer el contenido o alcance de la norma aplicable, evitando sorpresas y las consecuencias negativas que de ahí se siguen para el ejercicio del derecho de defensa y la tutela de otros valores como la concentración, la celeridad del proceso y la calidad del pronunciamiento judicial.

Además de eso, es inadmisible que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica de la que no estén en conocimiento. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de qué dirección o derecho subjetivo corre peligro.

Las alegaciones de las partes a este respecto no sólo satisfacen su interés sino también el interés público, en la medida en que cualquier sorpresa, cualquier acontecimiento inesperado, sólo hace disminuir la fe del ciudadano en la administración de justicia. En el fondo, “el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *Id. id.*, pp. 236 y ss.

<sup>36</sup> *Id. id.*, p. 237.

4.3. Finalmente, y desde una perspectiva que se pregunta por los legitimados para la *interpretación constitucional*, HÄBERLE reclamará la apertura a un número tan abierto como pluralista sea la sociedad<sup>37</sup>.

Si convenimos en que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurran activamente a su interpretación, se impone que deban participar “el peticionario y la contraparte, el recurrente (por ejemplo en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición («diálogo jurídico»)”<sup>38</sup>. En suma, “el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían”<sup>39</sup>.

Esto es lo que, de alguna manera, están imponiendo las legislaciones procesales alemana<sup>40</sup> y francesa<sup>41</sup>. Esto es lo que impone la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española para la definición de la cuestión constitucional<sup>42</sup>.

## 5. Conclusiones

Los catálogos de jurisprudencia de los tribunales de cualquiera de nuestros países dan

<sup>37</sup> HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 150.

<sup>38</sup> *Id. íd.*, p. 152.

<sup>39</sup> *Id. íd.*, p. 159.

<sup>40</sup> ZPO alemana, reforma 1977, § 278, II: “El juez sólo puede fundar su decisión en un aspecto jurídico considerado insignificante por la parte, o que le haya pasado desapercibido, si le ha dado oportunidad de manifestarse a su respecto, salvo cuando se trata de una cuestión meramente accesoria”.

<sup>41</sup> *Art. 16.º Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*

<sup>42</sup> Desde la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, pero especialmente desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*, la doctrina que ha examinado la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ha discutido la necesidad de que las partes del proceso principal puedan comparecer al proceso constitucional y presentar sus alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada, atendiendo a que dicha norma resulta aplicable en el proceso en que se discuten sus propios derechos e intereses. El TC “ha puesto reiteradamente de relieve que no cabe minimizar la importancia de la audiencia prevista en el art. 35.2 LOTC. Esta, en efecto, no sólo garantiza que las partes sean oídas ante una decisión judicial de tanta entidad como abrir un proceso constitucional, sino que pone a disposición del órgano jurisdiccional un medio que le permite conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar la reflexión sobre la conveniencia o no de instar la apertura de dicho proceso. Para cumplir este doble objetivo las alegaciones han de versar, de un lado, sobre la vinculación entre la norma citada por el órgano judicial como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido y, de otro, sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución” (STC, 126/1997, del 03.07.97).

cuenta de la creciente influencia del modelo denominado “*estado constitucional*”. Diariamente se resuelven conflictos por medio de adjudicaciones judiciales con un fuerte componente de creación del derecho.

Si éste es el escenario de la juridicidad actual y si convenimos en que un cambio de paradigma es improbable en el futuro cercano, es menester ampliar las condiciones que posibiliten el control del razonamiento judicial.

Y es que “nada hay más distorsionador para el funcionamiento del estado de derecho que el hecho que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al derecho y las argumentaciones que tratan de justificarlas como puras racionalizaciones”<sup>43</sup>, de ahí que urja proteger la *credibilidad* de las razones jurídicas, *controlando los motivos* por los cuales los jueces actúan.

Desde nuestra perspectiva, el juez debe hacerse cargo de las pretensiones —también de subsunción *normativa*— de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal tienen algo que decir al respecto y el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, asumiéndolos como propios o refutándolos adecuadamente.

Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo. Copiando a DAMA\KA diremos que *cuanto más fuerte sea la “voz” de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta*<sup>44</sup>. Las teorías dialécticas y consensuales, que ayudan a preservar la imparcialidad judicial, pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal.