

Adversarial o dispositivo

Natacha Gedwillo

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La terminología que empleamos no es inocua para las cosas que designamos. Los autores suelen hablar de modelo adversarial-acusatorio para procesos penales y sistema dispositivo para los procesos civiles y comerciales a los que nos referiremos simplemente como civiles. Sin embargo, no son términos indistintos.

En este art., luego de exponer las razones que determinan por qué es inadecuado utilizar el término “dispositivo” para referirse al sistema adversarial en relación con los procesos civiles, nos focalizaremos en que en la Constitución Nacional (C.N.) y los tratados de derechos humanos que la Argentina ratificó imponen la necesidad de adoptar un sistema adversarial tanto en materia penal como civil.

Comenzaremos el análisis del tema, repasando algunos conceptos básicos de derecho procesal que posibilitarán una acabada comprensión de la cuestión que aquí presentamos (I). Posteriormente, compararemos el sistema de enjuiciamiento actualmente vigente para los procesos civiles y comerciales en Argentina, con el adversarial (II). Asimismo, explicaremos las razones que nos conducen a sostener que la reforma de Justicia 2020 se encamina hacia un sistema inquisitivo y aún más autoritario que el vigente (III), inviable e incompatible con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico (IV).

II. Nociones Básicas de Derecho Procesal [\[arriba\]](#)

Brevemente, nos detendremos en las diferencias entre “proceso” y “procedimiento” (1) y el concepto de sistema de enjuiciamiento con referencia a los diferentes modelos existentes (2).

1. *Proceso Versus Procedimiento*

Al leer el índice de Las Bases, se advierte que el documento confunde “proceso” con “procedimiento”. Por ejemplo, se refiere a “proceso de ejecución” cuando en realidad se trata de un procedimiento. Si bien ambos términos suelen utilizarse en forma intercambiable, se trata de conceptos diferentes.

El punto de partida para comprender la diferencia, debemos buscarlo en el concepto de instancia (1.1.), para luego explicar los conceptos de proceso (1.2.) y procedimiento (1.3.).

1.1. La Instancia

Cuando una persona -humana o jurídica- se dirige a una autoridad para obtener de ella un resultado que puede anticiparse, mediante un procedimiento, está instando. Este derecho a peticionar ante una autoridad es consagrado en el art. 14 C.N. y es el presupuesto normativo de la instancia.

Se han identificado seis instancias: petición, denuncia, querrela, queja, resarcimiento y acción procesal. Las primeras cinco ostentan un denominador común, en tanto involucran la interacción de dos sujetos: la persona que las ejerce

y la autoridad que debe propender al resultado buscado o a su rechazo. No son proyectivas.

La acción es la única instancia procesal necesariamente bilateral (o multilateral), es decir es proyectiva. Involucra a más de dos sujetos, en tanto comprende a quienes demandan o acusan, son demandados o acusados y la autoridad. Su objeto es abrir un proceso para el mantenimiento de la paz social (causa). La proyectividad de la acción que progresa mediante una sucesión de actos jurídicos desde la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia, presupone el proceso. Asimismo, imprime dinamismo a la acción procesal, rasgo que la diferencia nítidamente respecto de las restantes instancias.

Si bien se habla de bilateralidad, preferimos ampliar este concepto y referirnos a multilateralidad, porque a partir la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.) se introdujeron figuras como las de los contratos conexos que darán lugar a reclamos cruzados, desdibujando los roles de actor y demandado.[1] Así, se presentarían conflictos en los que darán lugar a litigios con multiplicidad de partes y de contratos. No estaremos frente una parte actora o demandada con varios consortes; sino en una situación de multiplicidad de partes en la que cada uno de los intervinientes podría reunir ambas calidades simultáneamente.[2]

Retomando el concepto de instancia, podemos apreciar que el dinamismo de la acción es conceptual, porque la conducta de los sujetos intervinientes no se produce simultáneamente, sino sucesivamente.[3] Como veremos, la sucesión es procedimental; en cambio la proyectividad es procesal.

1.2. Proceso

El proceso tiende a la hetero-composición de las partes mediante el debate. Constituye una serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales -o también multilaterales- interconectadas mediante una autoridad; que comprende las fases de afirmación, negación, confirmación y alegación o argumentación.[4] Siendo un método de debate, excluye la etapa decisoria que constituye su propósito.

La idea de proceso no se agota en la mera concatenación de actos; sino que requiere bilateralidad o multilateralidad de todas las instancias.[5]

El concepto de proceso se construye, entonces, a partir del ejercicio de una acción y la realización de procedimientos tendientes a un resultado que se traduce en la sentencia, mediante un debate en el que las partes participan en pie de igualdad ante un tercero imparcial. De esta forma, el procedimiento imprime materialidad al proceso que se manifiesta en una dimensión inteligible. Cuestión que se comprenderá mejor al conocer en qué consiste el procedimiento.

1.3. Procedimiento

El procedimiento conlleva la concatenación de las conductas de la parte y el juez. Es decir que, es una sucesión regular de conexiones de actos jurídicos de diferentes sujetos. Carece de bilateralidad, en tanto el magistrado resuelve la petición de una de las partes sin oír a las contrarias. La instancia que genera el procedimiento es la

petición. En definitiva, se concibe como una sucesión de actos jurídicos del peticionante y la autoridad que están conectados.[6]

Siendo así, una pauta sencilla para diferenciar ambos conceptos, podría enunciarse a partir de que el proceso es la especie porque comprende al procedimiento, pero no a la inversa. Ello es así porque el procedimiento es necesario para la materialización del debate, que -como ya explicamos- constituye el objeto del proceso.

Ahora bien, la forma en la que el debate se desarrolla varía de acuerdo al modelo que se adopte. Lo cual nos conduce al corazón de este artículo que es el tema de los sistemas de enjuiciamiento.

2. Sistemas de Enjuiciamiento

Los sistemas de enjuiciamiento constituyen el marco en que se desarrolla el debate, es decir dan forma al proceso. La manera en que se estructuran responde a una ideología que trasciende a las cuestiones estrictamente jurídicas. En nuestro país, dos corrientes procesales antagónicas que se conocen como activismo y garantismo, promueven la adopción de distintos sistemas de enjuiciamiento.

Quienes se reconocen como activistas confieren gran importancia a la verdad objetiva. Sin embargo, su preocupación por la perfección de las instituciones entorpece la posibilidad de conocerla. Construyen la idea de justicia desde la autoridad que decide otorgar a cada justiciable aquello que cree le corresponde.

En el otro costado, se ubica el garantismo, que no debe asimilarse al garantismo-abolicionismo o minimalismo o permisivismo penales. Reivindica el proceso como método de debate y garantía humana que se desarrolla en plano de igualdad jurídica de las partes y ante una autoridad imparcial e independiente.[7] Concibe la idea de justicia desde las personas (humanas o jurídicas). La importancia de ellas, sus experiencias y sus realizaciones, no puede ser reemplazada por información sobre las instituciones y las reglas que las gobiernan. No soslayan el rol que las instituciones desempeñan en el mundo real, pero las realizaciones personales exceden a la institucionalidad y adquieren sentido en las vidas que las personas viven o intentan vivir.

Como el lector habrá observado, ambas posturas asumen como punto de partida una diferente idea de justicia. Mientras los activistas se focalizan en la perfección del sistema de enjuiciamiento; los garantistas se centran en la realidad y las posibilidades de los individuos.[8]

Por ello, no es aleatorio que ambas corrientes promuevan dos sistemas de enjuiciamiento contrapuestos. Mientras los activistas pregonan las bondades del sistema inquisitivo o inquisitorio, los garantistas se inclinan por el sistema adversarial.

2.1. Adversarial o Acusatorio o Dispositivo

En la introducción explicamos que aunque los autores suelen emplear los términos adversarial y acusatorio o dispositivo indistintamente, en contraposición con los sistemas inquisitorio o inquisitivo, estos términos no son sinónimos. Se plantea el interrogante de saber si se trata solo de una terminología que esconde alguna

sustancia o es solo una cuestión lingüística. Para responder esta pregunta, comenzaremos por el origen histórico.

El método acusatorio surgió en Grecia y, luego, adquirió un gran impulso en Gran Bretaña abarcando la totalidad de países que conformaron el imperio británico.

La característica distintiva del sistema acusatorio consistió separar la determinación de los hechos de la determinación del derecho, y la acción de la jurisdicción. Estas que también están presentes en el modelo adversarial.

El acusado se posicionaba en el proceso al mismo nivel de la víctima y/o acusador.

En el sistema acusatorio griego, cualquier ciudadano podía formular una acusación por delito político ante un arconte. El juez era considerado un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes. El juicio era oral y público porque se realizaba en presencia de todos los ciudadanos. Era una contienda entre iguales y la carga de la prueba competía a la acusación.

El método se extendió a Roma, en la etapa de la República donde floreció bajo la influencia del gobierno de Cicerón. Cualquier ciudadano que ostentara una honorabilidad suficiente estaba facultado a ejercer la acusación. El juez dirigía el debate entre el acusador y el acusado. El acusador investigaba y tenía la obligación de probar los hechos fundantes de su acusación. El proceso era oral, público y contradictorio.

Las características del sistema acusatorio cambiaron en la época del imperio Romano, que con las sucesivas conquistas extendió su territorio a Europa central y occidental. En la época imperial y a partir de la codificación de Justiniano, se comienza a distinguir entre las instituciones de *accusatio* (la acción la ejercía el damnificado) e *inquisitio* (la acción se ejercía de oficio).[9] Esta circunstancia contribuyó a desvanecer el sistema acusatorio en la Edad Media bajo la influencia de la Santa Inquisición, que se consolidó con la Inquisición Española, expandiéndose a los territorios latinoamericanos que conquistó la corona.

Bajo la influencia de la codificación de Justiniano, los pueblos germanos bárbaros adoptaron el sistema acusatorio para resolver las controversias de dos maneras. Cuando se trataba de un conflicto privado, el litigio se solucionaba entregando cierta cantidad de bienes. Pero si el delito era público, la acusación debía ejercerla el clan que citaba al acusado ante un tribunal, en una audiencia oral y pública ganando la contienda quien presentara el testimonio de mejor fama en cuanto al honor personal del declarante.

Ni Inglaterra ni los países que integraron el Imperio Británico quedaron al margen de este desarrollo, pero ello fue obra de la casualidad histórica.

Bretaña, que era tal vez la más romana de las provincias del Imperio, se seccionó de Roma antes de la codificación de Justiniano permaneciendo virgen a su influencia. Posteriormente y debido a la decisión de Enrique VIII de separarse de la Iglesia Católica en 1534 y fundar la religión anglicana, quedó fuera de la inquisición. Cuestión que ciertamente influyó su sistema de enjuiciamiento.

Fue en el siglo XVII, más precisamente entre 1730 y 1770 con la aparición de la era industrial, cuando se empezó a diferenciar la acción penal de la civil, que los

abogados ingleses imprimieron nuevas características al sistema de enjuiciamiento hasta esa época vigente, dando forma al modelo adversarial. Se inspiraron en la filosofía de los iluministas como John Locke y ello sucedió con anterioridad a la declaración de los derechos del hombre francesa, y a la Carta de Derechos Estadounidense.

Para que se comprenda de qué estamos hablando, basta señalar que el sistema adversarial introdujo un mecanismo de litigio con foco en las partes otorgándoles ciertos derechos y garantías que conforman el principio de debido proceso, necesarios para posicionarlas en un plano de igualdad jurídica. De esta manera, en el proceso se incorporó el lenguaje y la cuestión de los derechos inherentes a la condición de humano. El Estado debía justificar su accionar frente a los ciudadanos porque el acusado se encontraba en un plano de igualdad frente a este en el proceso penal, y no a nivel de la víctima (en razón de la presunción de inocencia).

En el proceso penal, el Estado quedaba representado en el fiscal al acusar, investigar o simplemente defender el interés general de la sociedad peticionando y debiendo acreditar los hechos invocados. En el proceso civil, las partes detentaban igualdad de armas.

Como vemos el método adversarial no solo se caracteriza por separar la acción (cuyo ejercicio compete a las partes) de la jurisdicción (que ejerce el juez), pudiendo graficarse con la máxima *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*; sino que confiere gran importancia a la autonomía y libertad de las partes base sobre la que se construye el debido proceso. Tampoco es necesaria la existencia de un acusado y en los procesos penales la acusación puede ejercerla la víctima o el fiscal. Estas son las diferencias fundamentales con el sistema acusatorio que se queda en la primera distinción.

A partir de las reflexiones precedentes, podríamos sintetizar las diferencias entre el sistema adversarial y acusatorio en que mientras el primero apunta al proceso contradictorio, el segundo se centra en la existencia de un acusado. Recurriendo a un juego de palabras sería lógico concluir que todo sistema acusatorio es adversarial, pero no todo modelo adversarial es acusatorio.

En tanto el método adversarial se aplica a controversias de naturaleza penal y civil, en nuestros días se habla de sistema acusatorio-adversarial y dispositivo. Aparece aquí una confusión terminológica, en tanto no existe un sistema dispositivo. Este vocablo hace referencia solamente a una de las características del sistema adversarial presentes en los procesos civiles que consiste en colocar el impulso de la acción en cabeza de las partes. En todo caso, podríamos hablar de sistema adversarial-dispositivo. Sin embargo, esta denominación se presta a confusión con el “principio dispositivo” del sistema inquisitivo.

En este contexto, postulamos que la denominación adecuada es la de sistema adversarial tanto para el caso de los procesos penales como civiles.

Desde esta perspectiva, consideramos que existen dos modelos, el adversarial y el inquisitivo o inquisitorio. Debemos hacer la salvedad que no compartimos la idea de un sistema mixto que combine características de ambos modelos. El antagonismo de ambos sistemas es tan evidente, que no vemos cómo sería posible mezclarlos en un tercer método. Por ello, aún cuando se hable de sistemas mixtos, sostenemos que la expresión hace referencia al mayor o menor grado de intensidad con que se aplica

el método inquisitivo o inquisitorio. Cuestión que se comprenderá mejor, luego de analizar las particularidades de ambos sistemas.[10]

2.2. Características del Modelo Adversarial en contraposición con el Inquisitivo en materia civil vigente en Argentina

Nuestro sistema de enjuiciamiento civil es inquisitivo porque se caracteriza por la concentración de poderes en el juzgador, y el propósito del proceso radica en la búsqueda de la verdad material. El juez adquiere un rol dual por cuanto se erige en investigador de los hechos que debe juzgar, detentando facultades para interrogar testigos y ordenar de oficio la producción de prueba que estime necesaria. Así mientras en sede penal se persigue la confesión del imputado, en sede civil el allanamiento del demandado es visto con beneplácito, siendo su declaración (absolución de posiciones) un medio de prueba.

Ello es impensable en el sistema adversarial que se erige en base a la igualdad de armas de las partes y la imparcialidad del juez.

La igualdad es jurídica y procesal. Es decir que se trata de igualdad de derechos y de instancias que en el proceso es absoluta. El juez es imparcial porque no se inmiscuye en el debate, carece de iniciativa probatoria o de facultades para modificar -directa o indirectamente- la imputación jurídica que las partes presentan. Para mantener esta imparcialidad, le es vedado actuar de oficio. Además de imparcial, es independiente porque se mantiene equidistante de las partes en procura mantener la paz social estableciendo los hechos controvertidos a los que al sentenciar les aplicará el derecho. Su figura puede asimilarse a la de un réferi que garantiza la igualdad de las partes en el debate.[11]

Una característica distintiva del sistema adversarial es colocar el impulso procesal en cabeza de las partes, quienes conservan el control para determinar qué pruebas rendirán, qué testigos presentarán; así como la manera y la secuencia para interrogarlos y de los documentos que incorporarán (exhibits). Debe tenerse presente que en este sistema, el mero hecho de presentar un documento o un testimonio, no significa que automáticamente el ítem se considera incorporado al proceso y adquiere valor probatorio. Para que ello ocurra, debe ser sometido a un proceso de validación[12], tendiente a demostrar que representa aquello que el proponente reclama que es. Asimismo, cuando una parte intenta ocultar un documento que le es desfavorable, la cuestión quedará en evidencia y las consecuencias serán devastadoras. La apreciación del valor de las pruebas aportadas compete al órgano jurisdiccional, quien además extraerá las inferencias negativas de haber ocultado prueba o de haberse rehusado a exhibirla.

En este marco, contrariamente a lo que ocurre en el sistema inquisitivo, la declaración del imputado o demandado es un medio de defensa. No existe la absolución de posiciones ni la declaración indagatoria. Si la parte declara lo hará con los deberes y derechos de un testigo, siendo pasible de sanción por falso testimonio. En el sistema adversarial del derecho anglosajón, donde también las constituciones reconocen el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, la parte que acepta subir al estrado deberá hacerlo bajo juramento de decir verdad. En cualquier caso, podrá negarse a responder las preguntas que considera que afectan su interés.

Analicemos en mayor detalle cómo opera el sistema de enjuiciamiento civil y comercial en nuestro país.

III. La situación en Argentina [\[arriba\]](#)

Al menos existen tres rasgos que evidencian la naturaleza inquisitiva de nuestro sistema de enjuiciamiento civil.

En primer término, se confiere al juez amplios poderes para actuar de oficio. Se trata realmente de “super-facultades” que afectan su imparcialidad, escenario que domina los códigos procesales de todas las jurisdicciones del país (1). En segundo lugar, ciertas teorías sustentadas por el activismo judicial confieren discrecionalidad para entrometerse en el desarrollo de la etapa confirmatoria (2); y promueven una inadecuada utilización de ciertos principios procesales que permite recalificar la imputación jurídica de la causa de la pretensión (3).

1. El Juez Impulsor del Proceso

Tal vez el rasgo inquisitivo por antonomasia de nuestro sistema de enjuiciamiento podemos encontrarlo en el CPR. 36, que enviste al juzgador con poderes discrecionales de impulso de oficio del proceso. En particular, su inc. 5 lo faculta para ordenar medidas idóneas a fin de:

“... esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (...) Dentro de estas medidas podrán disponer la comparencia personal de los litigantes, peritos o terceros para interrogarlos sobre los hechos controvertidos, que se exhiban o agreguen documentos o testimonios que obren en poder de los litigantes, de terceros o en archivos públicos y que se exhiba cualquier objeto atinente al litigio”.

La norma apunta a la búsqueda de la verdad material, pero el problema que plantea es cómo y quién debe aportar prueba y, desarrollar la actividad tendiente a confirmar los hechos que las partes invocan como presupuesto del derecho que sustenta su posición en el caso.[13] Ciertamente, esas acciones deberían ser desplegadas por las partes y no por la autoridad que debe mantenerse equidistante.

Es indubitable que la concentración de facultades en la figura del magistrado, prevista en la norma, va en desmedro de su imparcialidad. Adviértase que las medidas del CPR. 36:5 requieren el conocimiento de aquello que se quiere confirmar. El proceso mental necesario para ordenarlas necesita cuanto menos conjeturar sobre los hechos. Es decir, el juez concibe una idea y busca confirmarla. Desde esta perspectiva, es imposible que pueda disponer una medida de estas características, sin haber considerado la cuestión y tomado partido a favor de una posición y en contra de otra.

Se sacrifica la imparcialidad del juez, en favor del intervencionismo que caracteriza al sistema inquisitivo o inquisitorio; imprimiendo autoritarismo al sistema. Ello adquiere sentido, cuando se advierte que las medidas para mejor proveer del CPR. 36:5, nacieron de espaldas al estado de derecho, en un contexto donde imperaba la suspensión de las garantías constitucionales. Fueron definitivamente incorporadas a nuestro sistema de enjuiciamiento actual:

[C]on la Ley N° 17.454 que, promulgada bajo la dictadura del General Onganía durante una de las tantas impunes rupturas del orden constitucional que sufrió el

país durante el siglo XX, comenzó siendo norma vigente en la ciudad de Buenos Aires y luego se extendió hacia otras provincias cual cáncer imparable hasta estar hoy vigente en casi todas los Estados argentinos, pocos de las cuales respetan su origen federal. Afirmar que esta ley dictatorial es de claro carácter democrático -cual lo ha hecho algún autor- no pasa de ser una simple petición de principios divorciada de la realidad.[14]

Sobrevivieron a las sucesivas modificaciones de las leyes: N° 20.497 (1973), N° 21.798 (1977), N° 22.434 (1981), N° 24.573 (1995), N° 24.588 (2001), N° 26.061 (2005) y N° 26.589 (2010), entre otras.[15] Paradójicamente estas disposiciones profundizaron los problemas que pretendían superar, concentrando cada vez más facultades y tareas en la figura del juez. Este fenómeno condujo a un proceso burocrático, ineficaz y lento, que se destaca por el intervencionismo del tribunal y una falta de transparencia. Ciertamente, el carácter escrito contribuyó a acentuar la ineficiencia del sistema, siendo usual la imagen de juzgados abarrotados de expedientes que se apilan por centenares. Salas de audiencias repletas de expedientes. Nada más cercano a la concepción Kafkiana de la administración de justicia.

Aún cuando se tiende a imprimir mayor celeridad digitalizando esta calamidad, el sistema informático fue prolijamente diseñado para replicar cada uno de los vicios del trámite escrito. Todo propende al colapso del servicio de justicia, no siendo inusual su paralización a causa de la caída del sistema informático, que no fue creado para que operen la cantidad de usuarios actualmente activos.

Sin embargo, la causa de un inminente colapso no debe buscarse tanto su carácter escrito, como en su aguda naturaleza inquisitiva. Toda la actividad procesal tiende a la búsqueda de la verdad material como una cuestión primordial. Ello nos conduce al segundo rasgo inquisitivo de nuestro sistema de enjuiciamiento civil y comercial.

2. El Juez Artífice de la Confirmación

Las sucesivas reformas que de la legislación procesal y de fondo, incorporaron mecanismos que incrementan la intervención del juez en la etapa de confirmación.

El incremento de las facultades judiciales en el proceso se consolidó con el auge de ciertas teorías activistas, como por ejemplo la de las cargas probatorias dinámicas o compartidas, que coloca la carga de probar en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Así lo explicaron por primera vez en 1984, dos de sus más firmes defensores en un breve artículo sustentando su posición en la teoría del proceso como situación jurídica de Goldschmidt.[16] Sus autores que criticaban la rigidez del CPR. 377 por entender que impone una regla estática, propusieron pautas para corregir esta situación guiando al juez en la distribución de las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de prueba.[17]

Esta fue la punta del iceberg o el puntapié inicial de una serie de reformas que alcanzaron su clímax con la modificación de la legislación de fondo agudizando el carácter inquisitivo del sistema de enjuiciamiento. El esta línea se inscribe el C.C.C.N. 1735 que consagró legislativamente la teoría las cargas probatorias dinámicas.[18]

Después de la sanción del C.C.C.N., uno de los autores de aquél artículo publicado en 1984, escribió:

Ya hace un tiempo, se afirmó, que la doctrina que nos ocupa implicaba un verdadero cambio de paradigma. Se nos antojó un poco desproporcionada tal aseveración, pero resulta ser que el transcurso de los años parece darle la razón a quienes así opinaban.[19]

Lo cierto es que esta teoría no es un producto del ejercicio de los poderes oficiosos del juez en la impulsión del proceso. Su origen se remonta al derecho germánico de los pueblos bárbaros que inspiraron la propuesta del filósofo utilitarista Jeremy Bentham en su obra “A treatise on judicial evidence” de 1825.[20]

Con su incorporación a nuestro derecho codificado, se pretende dar solución a la falta de pruebas que resulta un problema para la búsqueda de la verdad objetiva e imprimir seguridad jurídica. Nada más alejado de la realidad. Adviértase que se trata de una práctica que faculta al juzgador para distribuir la carga de la prueba prácticamente a su antojo.[21] No es acertado que:

El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso -contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia-.

Por el contrario, bajo el manto de “tutela jurisdiccional efectiva”, se disfraza una actitud autoritaria, que revela un menosprecio por los justiciables, quienes al incoar una acción pierden todo derecho y control sobre las pretensiones que esgrimen. Entran en una dimensión en la que todo dependerá de la voluntad del juez, y la indefensión a la que serán sujetos es de tal magnitud que ni siquiera mantienen un mínimo atisbo de iniciativa sobre los hechos que deben probar.

La consecuencia de esta teoría se traduce en la indeterminación de las reglas probatorias, que coloca al justiciable en una situación en la que desconoce qué hechos deberá probar al tiempo de incoar la demanda, contestarla o reconvenir. Aún más grave es la circunstancia de que a pesar de ello, se le exige ofrecer prueba en esas oportunidades, precluyendo su derecho en tal sentido si no lo hace.[22]

El mecanismo de “flexibilización del principio de congruencia” solo aportará más oscuridad al proceso. El ejercicio dogmático que lo sustenta es tan extremo que carece de justificación jurídica y ética en un Estado de derecho. Sus defensores apuntan a instalar mecanismos que permitan a los jueces manejar las pretensiones de las partes a su antojo. Nada más autoritario. Cuestión que nos conduce al tercer rasgo inquisitivo del sistema de enjuiciamiento civil y comercial vigente en Argentina.

3. El Juez “Dueño” de las pretensiones procesales

La congruencia es un mecanismo propio del debido proceso que otorga seguridad y certeza respecto de las imputaciones de las que deben defenderse. Sin embargo, los activistas pretenden flexibilizar este principio. [23] Ello conduciría a conferirle a la

autoridad jurisdiccional el control sobre el contenido de las pretensiones que una parte dirige a su contraria. El peligro de ello radica en des-figurar el proceso.

Contrariamente a lo que los defensores activistas de la teoría sostienen, la cuestión no se reduce meramente a mantenerse en la “zona de confort” o a repeler “tercerías”. Obsérvese que de admitirse este mecanismo, no se advierte en qué estado quedaría el derecho de los justiciables de peticionar ante las autoridades y ser oídos que consagran la C.N. 14 y 18, entre otras normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Si la “flexibilización de los dogmas” conlleva a avasallar los derechos y garantías de los justiciables, entonces es jurídicamente repugnante porque no solamente viola el debido proceso, sino que además atenta contra el Estado de Derecho.

Pero la tendencia a apropiarse de la pretensión, es una moneda corriente en un sistema inquisitivo en Argentina que se refleja en la manera cómo los tribunales emplean el principio de *iura novit curia*.

La expresión integra la aforística romano-canónica y su origen se remonta al derecho común medieval -*utrumque ius*-, que incorporó las reglas del derecho romano al eclesiástico.

En esa época, surgieron los brocardos (del latín *brocardae*), es decir las máximas jurídicas, generalmente enunciadas en latín, que expresan un concepto o regla. La palabra es producto de la latinización de Burckard, o Burchard y corresponde al nombre obispo de Worms (Alemania), que en el siglo XI (entre el 1000 y 1025) escribió *Decretum* y la *Lex familiae wormatiensis ecclesiae* para terminar con la confusión existente en el derecho canónico y consuetudinario de su época derivada de la recepción del derecho romano.

El aforismo que actualmente utilizamos para definir el principio, podría ser una expresión abreviada de *Venite ad factum. Curia iura novit* que se traduce al español “traer los hechos y les daré el derecho”. [24] El vocablo *curia* designa a la comitiva del rey, o al conjunto de organismos y tribunales en general para el gobierno de una nación que cumplen la función jurisdiccional. El término *novit*, es un predicado verbal correspondiente a la tercera persona del singular, que proviene del pretérito perfecto de *nosco*, *noscis*, *noscere*, *novit*, *notum*, y puede traducirse como conocer. Finalmente, *iura* es un término en plural que significa derechos.

Como vemos, la regla en sí misma representa una ficción jurídica, en tanto implica que el juzgador conoce el derecho interno en su totalidad. Su propósito radica en otorgar estabilidad al debate, colocando en cabeza del juez el deber de aplicar el derecho vigente independientemente de la invocación de las partes. Todo ello en acuerdo al principio de congruencia. Es decir que le es vedado modificar la pretensión de la parte.

El lector comprenderá a qué nos referimos luego de examinar la práctica cotidiana de los tribunales argentinos. A pesar que los jueces comprenden cómo funciona esta regla [25], frecuentemente se exceden en su aplicación modificando la imputación jurídica de la causa de la pretensión. Por ejemplo, cuando se reclama por lucro cesante y la contraria se defiende contra esta imputación jurídica, la sentencia del tribunal la modifica a pérdida de chance [26] o preaviso. [27]

Estas decisiones parten del preconcepto que existió una omisión o error en la invocación del derecho aplicable y califican el hecho de la causa de la pretensión, modificando la imputación jurídica, conducta que interfiere con el derecho de defensa.[28] Adviértase que ello ocurre en la etapa de dictar sentencia, cuando el proceso concluyó. De esta forma, se coloca al litigante en un estado de indefensión, porque desconoce que de qué debe defenderse, o aún peor porque se defendió contra algo que no debía.

Una aplicación desvirtuada del principio *iura novit curia* no tendría cabida en un modelo adversarial. Su apropiada utilización, por el contrario, garantiza la igualdad de los contendientes, brinda previsibilidad y resguarda la imparcialidad del juzgador, cuestiones que hacen a la seguridad jurídica y se identifican con un sistema adversarial.

El objeto del debate lo constituyen las pretensiones apreciadas en contraste con la resistencia a estas y/o contra-pretensiones (demanda-contestación-reconvención). Este esquema posiblemente se verá afectado, como señalamos supra, por la introducción de nuevas figuras jurídicas en el C.C.C.N., que presuponen la interposición de reclamos cruzados donde los roles de actor y demandado se desdibujan. Pero ciertamente, ello no alterará el funcionamiento del principio que tiende a la posibilidad de fundar los pronunciamientos judiciales en derecho o en leyes que las partes no invocaron en apoyo de sus pretensiones, o a aplicar el que corresponda si el aducido fuera erróneo. Asimismo, podrá contrariar la calificación jurídica que las partes imprimieron a los hechos, cuando ello haya sido objeto de discusión y se encuentre acreditado que era errónea.

Consecuentemente, la regla bajo análisis opera sobre el contenido del debate (que constituye el objeto del proceso) y no sobre las pretensiones. Lo contrario importaría violar la congruencia, viciando la sentencia de nulidad.

IV. La propuesta de Las Bases [\[arriba\]](#)

Entre los lineamientos para una nueva justicia civil que proponen los redactores de Las Bases es que:

Dentro de los objetivos fijados por “Justicia 2020”, se impulsa un nuevo procedimiento civil y comercial basado en los principios de oralidad efectiva, celeridad y transparencia.

Este párrafo merece algunas observaciones. Primero, muestra una confusión conceptual porque en lugar de referirse a “sistema de enjuiciamiento civil y comercial”, lo reduce a “procedimiento civil y comercial”. Podría haber sido más aceptable el uso del vocablo proceso, pero es llamativo que se haya preferido el de procedimiento. Segundo, relaciona el trámite oral con la celeridad y transparencia del proceso, cuando no necesariamente las garantiza. Sabido es que los sistemas inquisitivos y adversariales pueden ser orales o escritos y que los primeros carecen de transparencia.

La celeridad y transparencia se garantizarán con la oralidad si esta se implementa de manera correcta; esto es, con la infraestructura, capacitación y reglas adecuadas. Para que ello suceda, se requiere mucho más que agregar al proceso las

audiencias preliminar y de vista de causa, dejando casi inalteradas las reglas que gobiernan el sistema de enjuiciamiento civil y comercial vigente.

Aunque podría pensarse que los objetivos de oralidad, celeridad y transparencia apuntan a la implementación de un sistema de enjuiciamiento adversarial oral, lamentablemente no es así. Al leer con detenimiento el capítulo sobre principios orientadores de la reforma, se advierte que apunta a recrudescer las características inquisitivas y autoritarias de nuestro sistema de enjuiciamiento civil y comercial. La nota distintiva del proyecto es el incremento de las facultades del juzgador, característica del modelo inquisitivo.

Entre los principios prioritariamente considerados para la reforma del sistema de enjuiciamiento civil y comercial, los redactores de Las Bases colocan el impulso del proceso en cabeza del juez, tolerando apenas que las partes puedan limitarse a iniciar la acción, pero una vez que la incoaron queda sujeto al antojo de la autoridad jurisdiccional.[29] Es particularmente llamativo que se asevere que la actividad oficiosa se ejercerá "... sin mengua de la correspondencia entre las peticiones de las partes y el alcance de la decisión". Frase que claramente apunta a la flexibilización de la congruencia, y revela menosprecio por el derecho de las partes de controlar el contenido de su pretensión.

Al avanzar en la lectura en el capítulo sobre prueba, se expresa la intención de regular las cargas probatorias dinámicas ampliando incluso lo previsto en el C.C.C.N., profundizando el modelo inquisitivo vigente. Se afirma que constituirán una:

[E]xcepción a las reglas de distribución de la carga probatoria, y resulta aplicable a todo caso de prueba difícil. Se considera necesario regular la aplicación de las cargas dinámicas donde se planteen dificultades probatorias y no sólo a los casos contemplados por el C.C.C.N. en los arts. 710 y 1735, de modo que la valoración del conjunto de la prueba conforme a la sana crítica, incluya la ponderación de las omisiones o deficiencias probatorias.

En cuanto al texto normativo de las cargas dinámicas, se considera conveniente adoptar una fórmula amplia de valoración de las omisiones probatorias.

Independientemente de algunas imprecisiones del lenguaje técnico de derecho procesal, no podemos soslayar que más que una excepción, la inclusión de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, responde al anhelo de otorgar amplias facultades discrecionales al juez para ponderar o valorar las deficiencias y omisiones probatorias, en desmedro del derecho de defensa de las partes. Ciertamente su incorporación no solo dará fundamento a la actuación oficiosa de la autoridad jurisdiccional, sino que indirectamente permitirá introducir el mecanismo de flexibilización de la congruencia.

No comprendemos cómo puede mantenerse imparcial un juez que debe ponderar si la prueba que las partes ofrecieron es deficiente, contiene omisiones o es inadecuada para acreditar los hechos que invocan. Un análisis de estas características necesariamente requiere adoptar una teoría del caso, es decir que involucra la toma de posición del magistrado respecto de qué sucedió en el caso a fin de determinar qué hechos deben ser demostrados. En este marco, el sistema

propuesto conduce sin salida a que el juez prejuzgue; no existe entonces la imparcialidad que el debido proceso exige.

Claramente de prosperar un proyecto de reforma de este tenor, nos expondrá a severas consecuencias.

Al poner todo el peso del impulso del proceso sobre el tribunal, ni siquiera la digitalización podrá descomprimir el cuello de botella que ello provocará. Si uno de los principales factores de la ineficiencia del sistema vigente, radica en que los tribunales no dan abasto con las causas que se les asignan, entonces no podemos obviar preguntarnos cuántas causas puede impulsar un juez y conocer en profundidad, para dictar sentencia en un plazo razonable. Podría responderse que a simple vista, la solución es crear más juzgados. Pero cuántos más jueces serían necesarios para tener una justicia eficiente en este contexto. Además, cuáles serían las dimensiones presupuestarias de esta odisea. Posiblemente, estamos hablando de un cuerpo de justicia de dimensiones gigantescas, que no sería sostenible en el tiempo ni económica ni orgánicamente hablando.

En cualquier caso, la propuesta de Las Bases presenta características que de persistir arrojarán como resultado un código procesal incompatible con los principios y garantías constitucionales. Pero además, de continuarse en esta línea, el resultado estará reñido con los principios reconocidos en los tratados de derechos humanos incorporados al bloque constitucional o al derecho interno con jerarquía superior a la de las leyes nacionales (C.N. 75:22). Cuestión que analizamos seguidamente.

V. Inconstitucionalidad del Sistema de Enjuiciamiento Inquisitivo [\[arriba\]](#)

Los constituyentes de 1853/1860 implantaron en el plexo normativo las ideas que conformaron las bases para la organización del Estado, en la forma representativa, republicana y federal de gobierno (C.N., 1). Su espíritu reflejó una ruptura con las prácticas autoritarias propias del sistema monárquico español, en línea con el pensamiento imperante en la época. El antecedente inmediato es el Proyecto de Juan Bautista Alberdi que el texto aprobado de la C.N. de 1853 reprodujo en gran parte.

Muchos de los principios y normas presentes en la C.N. fueron heredados del texto vigente en 1853. Es el caso de los C.N. 14, 18 y 19 (que no fueron alterados al modificarse la C.N. en 1994) de los que emanan los derechos y garantías que necesariamente debe observar el sistema de enjuiciamiento para procesos penales y civiles. Simultáneamente, tales derechos y garantías comprenden a los que sean pertinentes como consecuencia del C.N., 33 (que tampoco fue modificado en la reforma de 1994).[30] Derechos y garantías que son incompatibles con el modelo inquisitivo o inquisitorio.

La reforma de 1994 que consolidó esta tendencia de respeto por los derechos individuales, constituyó un punto de inflexión que reforzó la necesidad de migrar hacia el modelo adversarial, al introducir tres cuestiones.

En primer término, mediante el C.N. 75:22 la reforma incorporó un bloque de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que atribuyó jerarquía constitucional, y dispuso un mecanismo para la incorporación de nuevos tratados al bloque en el futuro, ampliando los derechos y garantías individuales que sustentan el debido proceso. Tales tratados consagran principios fundamentales

propios del sistema adversarial que asegura el respeto a las garantías de imparcialidad (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,[31] y art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[32]) e igualdad de armas (arts. 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[33], 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos[34]). Desde este punto de vista, tienden a una administración de justicia que garantice condiciones igualdad para los justiciables y, el derecho a ser oído por un juez independiente e imparcial en el marco de un proceso civil donde se determinarán sus derechos.

Conciben la igualdad como la situación en la que las partes detentan idénticas facultades y oportunidades para ejercer sus derechos en el proceso, en ausencia de la cual no sería posible lograr una solución justa.

El Estado cumplimenta las obligaciones internacionalmente asumidas, cuando al menos garantiza a los justiciables un proceso rápido y la oportunidad adecuada de exponer su caso o defensas, presentando pruebas en igualdad de condiciones.

La segunda cuestión de importancia que aparece con la reforma de 1994 fue instituir al Ministerio Público como un extra-poder, creando así sistema de pesos y contrapesos, al reconocer su autonomía funcional, autárquica y financiera con el “ ... fin de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”, pero “ ... sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura”. [35]

La autonomía y autarquía funcional y el tenor las funciones que la ley asigna al MPF solo son concebibles y posibles en un sistema de enjuiciamiento adversarial. Así debe intervenir tanto en los procesos penales como en civiles y comerciales, en defensa de la constitución y el interés general de la sociedad para garantizar la efectiva vigencia de la C.N. y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte[36] y debe velar por el debido proceso legal.[37]

Aquí, aparece la tercera cuestión que la reforma de 1994 introdujo. Es claro que al instituirse al MPF como un extra-poder que debe propender a la defensa del interés general de la sociedad y del orden público, no existe cabida para la actuación oficiosa -característica de los sistemas inquisitivos-, en la que simultáneamente el órgano judicial asume dos roles incompatibles, el de parte y el de juzgador. Sostenemos que la principal función del juez es juzgar, es decir decidir una controversia de manera imparcial e independiente, y para ello debe mantenerse equidistante de las partes y no entrometerse en el debate actuando de oficio.

En cualquier caso, es innecesario otorgar al juez facultades para interferir en la confirmación de los hechos actuando de oficio. Ello incluso aun cuando esté comprometido el interés general de la sociedad, cuya protección la C.N. y las leyes confieron al MPF.

VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

El vocablo dispositivo reduciría todo un sistema a la calidad de principio, sustentando la propuesta de los detractores del modelo adversarial para la adopción de un sistema mixto, que -arriba explicamos- es imposible porque es ilógico pensar en combinar dos sistemas irreconciliables. Tal vez esa terminología se difundió porque una de las características del sistema adversarial es la de colocar el impulso

del proceso en cabeza de las partes. Pero, el modelo es más amplio y se explica en la igualdad de armas que reconoce a las partes y la imparcialidad del juez.

La actuación oficiosa y la intromisión en las cuestiones de prueba ciertamente causan detrimento a la imparcialidad y destruye la igualdad de armas. Se configura una incompatibilidad que deviene manifiesta, apenas se advierte que el juez carece de instancia y las partes de imperium. El sistema inquisitivo que propicia la actuación oficiosa para asegurar el camino hacia la búsqueda de la verdad, busca lograr lo imposible dotando de instancia a la autoridad jurisdiccional y en ello radica su arbitrariedad.

No se trata de desconocer el valor de la verdad material, sino de mantener una conciencia jurídica que permita aplicar adecuadamente los principios, derechos y garantías consagrados por en la C.N. y en los tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. La única manera de alcanzar este objetivo es adoptar un sistema adversarial.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Las transacciones comerciales se han ido complejizando y de la tradicional naturaleza bilateral evolucionaron hacia la multiplicidad de partes y de contratos. Por ejemplo, la compraventa de gas comprende no solo la operación de compraventa, sino la del transporte y, por ende, cuando surge un conflicto suelen involucrar no solo al comprador y al vendedor sino también al transportista. Sucede que muchas veces el comprador, el vendedor y el transportista pueden presentar reclamos cruzados e virtud de los diferentes contratos que los vinculan. Estos reclamos pueden presentarse por separado dando origen a litigios distintos, pero como se trata de cuestiones que estarán vinculadas, la solución de los litigios puede originar decisiones incompatibles. El C.C.C.N. 1073 recepta esta realidad económica y la unidad del negocio en términos jurídicos al disponer que “hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación...”. El C.C.C.N. 1074 en la misma línea establece que “Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”.

[2] Esta realidad debería ser contemplada en una futura reforma del código procesal, dará paso al rediseño de los mecanismos de reconvencción, litisconsorcio y acumulación; así como para todo lo atinente a aquello que se da en llamar “intervención de terceros”. Sabido es que cuando un “tercero” se incorpora a un litigio porque detenta un interés en la controversia, adquiere la calidad de parte, cuestión que nuestra legislación procesal actual no recepta y la doctrina trata en forma confusa. Asimismo, no existen en nuestro derecho disposiciones procesales que permitan tramitar procesos en los que las partes de un mismo negocio económico puedan presentar sus pretensiones cruzadas. Distinto es el caso de varios reglamentos de arbitraje que como sucede con el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional regula la cuestión en los arts. 8 y 9. El primero dispone que “En un arbitraje con multiplicidad de partes, todas

las partes podrán formular demandas contra cualquiera de las demás partes, sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 6(3)/6(7) y 9 y siempre que ninguna nueva demanda sea formulada después de la firma o aprobación del Acta de Misión sin la autorización del tribunal arbitral conforme al art. 23(4)". El segundo establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 6(3)/6(7) y 23(4), las demandas que surjan de, o en relación con, más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento". Es decir ambas normas permiten que cualquiera de las partes en una misma acción formule demandas contra las demás con fundamento en cualquier contrato involucrado. Aquí no es predominante el carácter de actor o demandado, sino el de parte.

[3] Briseño Sierra, H.; Derecho Procesal, Cárdenas Editores; México; 1969; T. II; pág. 206.

[4] Alvarado Velloso, A.; Sistema procesal. Garantía de Libertad; T. I; Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 2009; págs. 307-333.

[5] Calvino, G. "La diferencia conceptual entre proceso y procedimiento: piedra angular para construir el garantismo procesal", 22/12/2012. Este autor define al proceso como: "[U]na serie dinámica de actos con jurídicos procedimentales que incluyen un significado procesal que son recibidos por la otra parte a través de una autoridad que los proyecta. Con este esquema queda asegurado el ejercicio del derecho fundamental de defensa en juicio de [los] contrincantes en igualdad de condiciones jurídicas, ante un tercero imparcial que dictará resolución sobre el litigio (...) se observa que el proceso es un medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos, que debe aplicarse siempre que estos se encuentren en litigio (...) es el método que se necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión acorde al derecho".

[6] Calvino, G.; Carga de la Prueba, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 6. El autor afirma que: "El procedimiento en sí excede al proceso, y es por ello que encontramos procedimientos procesales y meros procedimientos (v.gr. el que se desarrolla en una dependencia administrativa, donde la resolución es dictada por un funcionario que no reviste calidad de tercero imparcial)".

[7] Calvino, G., Carga de la Prueba, pág. 5.

[8] SEN, A. en *The Idea Of Justice* (The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 2009) presenta la noción de justicia desde dos perspectivas diferentes. Explica que existen al menos dos ideas de justicia: una basada en la perfección de las instituciones, a la que denomina institucionalismo trascendental, y otra que se focaliza en el individuo, sus posibilidades y realizaciones. La distinción entre activistas y garantistas podría explicarse a partir de la distinción que realiza Amartya Sen, respecto de la idea de justicia.

[9] Biscardi, A.; "Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extraordinem", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, 1990, I. A partir de Justiniano, el derecho romano preveía una investigación y enjuiciamiento de oficio para determinados delitos, sin necesidad de acusador particular. Entre los procesos incoados de oficio, por ejemplo, el praefectus vigelum, responsable de la extinción de incendios, podía el oficio presentar el caso ante el praefectus urbi (equivalente al jefe de la policía) para que lo investigara. En materia de derecho civil aunque con carácter excepcional, la inquisitio, práctica que posteriormente heredaron los tribunales civiles en Italia sin diferencias. Sintetizando, para los delitos graves el proceso era oficioso aunque no inquisitivo, estando encaminado a la búsqueda de la veritas delicti.

[10] Alvarado Velloso, A., Debido Proceso versus Pruebas de Oficio, págs. 159, 161 y ss.

[11] Calvino, G., "El proceso oral. Propuesta para una nueva justicia civil", La Ley 02/06/2017 y La Ley Online AR/DOC/1241/2017.

- [12] Muet, T. A., *Fundamental of Trial Techniques*, Little Brown and Company (Canada); Boston; 1980; págs. 177 y ss. id. Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation Fourth*, 2004; págs. 71 y ss.
- [13] Calvino, G., *El proceso oral adversarial. Propuestas para una nueva justicia civil*, pág. 5.
- [14] Alvarado Velloso, A.; *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*; intercontinental editorial/editorial juris; pág. 110.
- [15] En la Ciudad de Buenos Aires, el antecedente del CPr. lo encontramos en la Ley N° 14.237 de 1953 en cuya exposición de motivos de expresa que: “Si el proceso se considera como un instrumento de carácter social, puesto en manos del Estado para restablecer el equilibrio entre los individuos, se hace necesario asegurar al juez, en cierta medida, el comando efectivo del juicio y conferirle poderes de disponer todas las medidas tendientes a la investigación de la verdad, como asimismo, de todas aquellas que hagan efectiva la probidad de las conductas de los litigantes. La intervención del juez durante el proceso sin coartar, como hemos dicho, la libertad de las partes, incidirá directamente en el fallo, ya que la sentencia que ponga fin a la lites no ha de ser solamente el juicio lógico, frío, reflexivo, podríamos decir, sin alma del que juzga, sino la expresión humana de la aplicación de la ley (...)”. Ninguna descripción del sistema inquisitivo podría ser más perfecta que esta.
- [16] Peyrano, J. W./Chiappini J. O., “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED 107:1005.
- [17] Los defensores de esta teoría sostienen que habría sido aplicada por la CSJN en los fallos “Perón” de 1957 y “Pinheiro” 10/12/1997 Fallos 320:1715.
- [18] Calvino, G. *Carga de la Prueba*, ed Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 170/217. Id. Barbeiro, SERGIO JOSÉ (2010). *Cargas probatorias dinámicas: ¿Qué debe probar el que no debe probar?*, en *Cargas probatorias dinámicas*; Buenos Aires. Rubinzal Calzoni Editores, págs.101-102.
- [19] Peyrano, J. W., *Las Cargas Probatorias Dinámicas*, Hoy; publicado en http://fae.proc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosa_rio_34.pdf, citas omitidas.
- [20] Calvino, G. *Carga de la Prueba*; págs. 191/194 y sus citas a pie de página. Id. Trujillo Cabrera, J.; *La Carga Dinámica de la Prueba, Conceptos Fundamentales y Aplicación Práctica*, T. I; ed. Leyer, Bogotá, 2006, pág. 45.
- [21] Trujillo Cabrera, *La Carga dinámica de la prueba*, pág. 26; autor partidario de la teoría, sostiene que: “... esta regla de juicio le otorga al juez mayor discrecionalidad y elasticidad para decidir en justicia la trama litigiosa... ”.
- [22] Por ejemplo el CPr. 333 que establece: “Con la demanda, reconvención y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intentaren valerse ... ” y 334 que dispone: “Cuando en el responde de la demanda o de la reconvención se alegaren hechos no invocados en la demanda o contrademanda, los demandantes o reconvinientes según el caso podrán ofrecer prueba y agregar la documental referente a esos hechos, dentro de los 5 días de notificada la providencia respectiva. En tales casos se dará traslado de los documentos a la otra parte, quien deberá cumplir la carga que prevé el art. 356 inc. 1”.
- [23] Peyrano, J. W., *Las Cargas Probatorias Dinámicas*, Hoy. El autor afirma: “[M]erece ser destacada la atención que despierta en la actualidad la flexibilización de la congruencia en sede civil. Sobre el punto se ha expresado, con razón, que “el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación”. No puede

extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia debe ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso. En consonancia con el posmodernismo procesal dominante al que le repugnan las ideas absolutas, la flexibilización de muchos dogmas procesales hoy es moneda corriente. Algunos autores han sido sacados de su “zona de confort”, acostumbrados como estaban a manejarse con un canon que no admitía tercerías”.

[24] Calvino, G., “Iura Novit Curia”, LL online AR/DOC/1950/2007, DJ 2007-II. 595. El autor explica que “más allá de divergencias entre los autores su origen.

[25] Se ha dicho que: “... la atribución del iura novit curia, por ser propia y privativa de la función jurisdiccional, lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulen las partes y encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi...”. CNCom, Sala F, in re “Depianti, María Florencia c/Select Automotores S.A.” del 05/12/2017.

[26] “Si bien ha quedado acreditado que por la errónea inclusión de la accionante en la base de datos de información de riesgos crediticios, perdió la posibilidad de realizar una transacción comercial -en el orden de los u\$s 200.000-, según constancias de las que surge la existencia de un interés, por parte de un empresario extranjero, en la inversión del proyecto que se vio imposibilitado de concretar por no haber recibido la financiación pretendida, lo que crea cierta convicción a los fines de indemnizar el daño sufrido; sin embargo, tal “interés de inversión” no puede ser incluido como daño emergente ni como lucro cesante, sino que encuadraría en la noción de “perdida de la chance”, por lo que cabe recalificar el perjuicio, conforme la regla iura novit curia (CPr. 163-6°; Fallos 308:778; 308:541). CNCom, Sala A, in re “Urre Lauquen SA c/Lloyds Bank (BLSA) LTD.” del 12/09/2006.

[27] “[C]abe admitir el reclamo de indemnización, toda vez que no se encuentra discutido que la extinción del contrato de concesión fue dispuesta unilateralmente y en forma intempestiva por la concedente, sin el otorgamiento del plazo de preaviso para que el concesionario reacomodare su situación al nuevo contexto negociar que habría de presentársele, independizada de la concedente; más, dadas las características del contrato en cuestión, no procede indemnización por lucro cesante, sino la correspondiente a la falta de preaviso, por aplicación del principio contenido en el aforismo iura novit curia (CPr. 163-6°). CNCom, Sala A in re “Tommasi Automotores SA c/Ciadea SA” del 14/12/2017. El Tribunal modificó la imputación jurídica de lucro cesante a falta de preaviso.

[28] Cabe aclarar que la causa, es uno de los elementos de la pretensión que se desglosa en hecho e imputación jurídica. De ambos el que interesa con relación al principio bajo análisis es el segundo.

[29] Las Bases incluyen la “[d]irección judicial del proceso y de la actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria...”; y puntualizan que: “Promovido el proceso, el juez tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible, respetando la igualdad de las partes. Se opta por la dirección del proceso por parte del juez, con límites razonables que partan de la premisa de la apertura del proceso a instancia de parte. Tales deberes funcionales se ejercerán sin mengua de la correspondencia entre las peticiones de las partes y el alcance de la decisión. Obviamente, la medida de la actividad oficiosa que se emprenda dependerá del juicio de que se trate y de las calidades y necesidades de los sujetos involucrados. La dirección del proceso comprende, en esta visión, el impulso procesal de oficio una vez incoada la pretensión y establecidos los hechos alegados y controvertidos, salvo casos excepcionales que requieran otra solución”.

[30] El texto del C.N. 33 dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que

enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

[31] “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de los derechos y obligaciones en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

[32] “Toda persona tiene derecho a condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

[33] “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

[34] La norma refiere a ciertas garantías mínimas que el sistema de enjuiciamiento debe proporcionar a los justiciables en condiciones de igualdad.

[35] C.N. 120 y Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 27.148:4 in fine. Además, el art. 1 de la ley dispone que es el órgano: “[E]ncargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”.

[36] Ley N° 27.148:2. Esta norma dispone además que el MPF “podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de: c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos. d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente. e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas. f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales. g) Casos en que una norma especial lo determine”.

[37] Ley N° 27148: 31. Específicamente, faculta al MPF para: [P]eticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los

derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional”.