

EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA PROCESAL CIVIL

Por JORGE W. PEYRANO

I- El pensamiento de Thomas Kuhn

El conocido físico e historiador de la ciencia Thomas Kuhn (Ohio 1922) es el autor de la obra “La estructura de las revoluciones científicas” (1), cuya primera edición data de 1962. Merced a la publicación de dicho libro se popularizó el término *paradigma* –que es equivalente a arquetipo- que se utiliza a partir de aquél con el significado de un conjunto de creencias, valores, experiencias y argumentos compartidos por la mayoría de una comunidad científica durante un tiempo histórico determinado. Ínterin transcurre dicho lapso acotado, prevalece un cierto paradigma que soluciona problemas y que permite la realización de proyectos sustentados en la adhesión a aquél; todo mediante el empleo de herramientas y teorías forjadas al calor del paradigma imperante.

Mientras no se generen enigmas o anomalías (interrogantes sin respuestas adecuadas), es decir, problemas que no pueden procesarse y resolverse con las herramientas teóricas y prácticas proporcionadas por el paradigma reinante, se está en un período de ciencia *normal*. Empero, cuando las anomalías se repiten y profundizan, surge una crisis que hace perder el consenso en la comunidad científica respectiva al paradigma de que se trate.

Producida la crisis, de manera paulatina, va apareciendo un nuevo paradigma en reemplazo del anterior, con su anejo distinto ideario. Las teorías que dan sustento al viejo paradigma, no son todas abandonadas al unísono porque el cambio es lento. Sin embargo, hay una época en la cual la comunidad científica nota que se ha operado una gran mutación, que ha dado nacimiento –¡por fin!- a un cambio de paradigma. Dicho cambio, importa para Kuhn una *revolución científica*. Aproximadamente, la secuela –aplicable tanto a las ciencias duras como a las sociales-sería la siguiente: ciencia normal, aparición de anomalías graves y repetidas que generan una crisis, revolución científica o cambio de paradigma. Kuhn destaca especialmente algunas notas de su tan difundida y aceptada tesis sobre la causalidad de las revoluciones científicas: a) el progreso de una ciencia finca en dejar de

lado, cuando la situación está madura, una estructura teórica que debe ser reemplazada por otra, a esto lo califica como *cambio de paradigma o revolución científica* ; b) la autoridad de una ciencia y el eventual cambio de paradigma depende del criterio de las comunidad de científicos activos; comunidad que, morosamente, va aceptando nuevos paradigmas, adoptando así un modo común de enfrentar los problemas, fijando cuáles son las teorías que deben ser aceptadas y procesando la información mediante un igual marco conceptual y lingüístico, c) el susodicho proceso siempre genera resistencias de los partidarios de mantener el *statu quo*.

Lo hasta aquí señalado constituye una prieta síntesis del pensamiento de Kuhn que deviene, creemos, aplicable a la ciencia del proceso civil argentino; insistiendo en que dicho esquema teórico fue concebido para explicar las revoluciones científicas acaecidas tanto en las ciencias duras como en las sociales.

II- Existencia de una crisis

Nos limitaremos a la Argentina, por más que la crisis procesal civil se da en variadas latitudes (2).

En nuestro país, todos, aún los que podrían considerarse seguidores del viejo régimen -o paradigma- creemos que el aparato judicial es ineficiente porque no proporciona respuestas adecuadas. Por doquier, se comprueban anomalías: amparos y juicios ejecutivos que se prolongan durante lustros, jueces (cada vez menos, afortunadamente) que prefieren sacrificar la verdad en el altar de la garantía del debido proceso entendido de manera sesgada; inexistencia en algunas provincias de herramientas aptas para solucionar urgencias puras y no meramente funcionales (3), la figura de un juez civil concebido casi como un fantoche –tan distinto del juez angloamericano- (4) carente de potestades conducentes a hacer realidad efectiva sus mandatos. Y no seguimos con la enumeración de anomalías porque no es menester, dado que son conocidas y denostadas por todos. La crisis está con nosotros.

III- El Derecho Procesal como parte del Derecho es una ciencia de problemas

Son conocidas las enseñanzas de Viehweg (5) para quien la ciencia jurídica es una ciencia de problemas (Tópica), constituyendo una técnica de pensamiento problemático irreductible al ingenuo esquema mental axiomático deductivo. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: “Porque, como es de todos sabido, esos casos de la vida acceden siempre al campo del Derecho en forma de problemas, es decir, de cuestiones debatidas para las cuales hay que hallar imperiosamente, entre las varias posibles la solución más razonable. De ahí que en nuestra ciencia la primacía corresponde al problema y todo se orienta hacia el problema. Por eso mismo, deberá reconocerse a la Tópica, que es una técnica del pensamiento de problemas” (6).

Obviamente, si los problemas que suscita la aplicación del Derecho Procesal Civil no encuentran soluciones adecuadas, estaremos frente a anomalías graves o repetidas, en el decir de Kuhn, con las concomitancias del caso: crisis y pronosticable cambio de paradigma.

IV- El activismo procesal

La corriente del pensamiento procesal civil nacional mencionada en el epígrafe, es, por mucho, la dominante en la comunidad científica argentina. Dicha corriente despuntó circa 1960 merced al impulso infatigable y principal del inolvidable Augusto Morello, secundado por discípulos y no discípulos pero igualmente admiradores de su obra.

Cada uno aportó en la medida de sus posibilidades a consolidar lo que hoy se denomina activismo procesal,(no decisionismo, como a veces errónea y despectivamente se lo denomina).

En otra ocasión, hemos consignado cuáles son las características más salientes del activismo procesal (7), pero lo que aquí nos interesa subrayar es su aptitud para la producción incesante de herramientas procesales útiles para jueces y abogados, abogados y jueces. Recordemos algunas, muchas de las cuales ya han tenido consagración legislativa: las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la tutela preventiva, el mandato preventivo, la flexibilización de la congruencia, el recurso indiferente, la reconducción de postulaciones, la reposición *in extremis*, el recurso *ad infinitum*, la medida cautelar innovativa, el indicio vehemente, el

valor probatorio de la conducta en juicio, la proscripción del abuso procesal, la medida conminatoria, la teoría de las pruebas leviores (8) y tantas otras creaciones que, exitosamente, han podido enfrentar las anomalías producidas por el paradigma en retirada.

Por supuesto que el surgimiento de tales herramientas – que venían a ser heraldos de un inevitable cambio de paradigma- han despertado resistencias, tal como lo augura Kuhn. El afamado educador inglés Howard Gardner afirma que “todo producto creativo genera resistencias, si ello no ocurriera no se está ante algo auténticamente creativo”. Quizás, al menos, los que no se muestran conformes con el activismo procesal, podrían admitir en él alguna dosis de creatividad razonable, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del autodenominado garantismo procesal civil (9), donde, lo confesamos, no advertimos la presencia de propuestas o herramientas que puedan ser consideradas como novedosas. Por lo demás, resulta poco serio y científico enjuiciar instituciones jurídicas a partir de aplicaciones equivocadas. Con el mismo criterio, podría enjuiciarse al amparo o a la pretensión meramente declarativa, tantas veces empleadas de manera desorbitada.

V-El cambio de paradigma se ha producido en un cierto sentido

La comunidad científica argentina en materia procesal civil ya se ha pronunciado en el sentido de que se ha producido un cambio de paradigma encarnado en el ideario de lo que se llama activismo procesal. Intentar conjurar todas las anomalías que presenta el aparato procesal judicial- nacional mediante la eficiencia omnímoda de una interpretación subjetiva del debido proceso está condenada al fracaso. O acaso el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional no existe desde antaño, y sin embargo las cosas cada día marchan por un derrotero peor ? Debemos señalar que, entre otras razones, la comunidad científica procesal argentina mayoritaria no acepta el paradigma defendido por el garantismo procesal civil porque el árbol se conoce por sus frutos. Y no se conocen los frutos del garantismo procesal civil por su absoluta prescindencia en generar nuevas herramientas procesales para hacer frente a un estado de cosas afligente. Antonio Gramsci escribió en sus “Cuadernos de la cárcel”

que “la crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo está muriendo y lo nuevo no puede nacer: en este interregno aparecen una gran variedad de síntomas mórbidos”. Quizás podría identificarse como un síntoma mórbido, en esta época de cambio de paradigma, a la circunstancia de que se sigan proponiendo fórmulas vacías y probadamente ineficientes.

La comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado –con sus más y sus menos, claro está- por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes (10); b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido (11), que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados (12) que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas- diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la prueba de informes (13), la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.

Conseguir que al menos se haga realidad plena lo apuntado ut supra, sería bastante. Y creemos que se va por el buen camino. Veamos. Son numerosísimas las reuniones científicas más serias dedicadas al estudio y difusión de las ideas activistas incluyendo en ellas a los congresos nacionales de Derecho Procesal cuyos temarios, desde hace décadas, dan buena prueba de ello. Son, en cambio, menguados los encuentros dedicados, aparentemente, nada más que a refutar las ideas activistas porque no incluyen aportes propios. Benedetto Croce decía, con cierta dosis de razón, que “hay autores que sólo escriben contra otros”.

Párrafo aparte merece la monumental bibliografía (14) existente en formato de libro destinada al estudio de las herramientas activistas desde una óptica favorable a su adopción; sumando ya centenares los trabajos, ensayos y comentarios con igual orientación publicados en las revistas jurídicas con mejor arbitraje. Y qué decir del uso de herramientas procesales activistas por los estrados judiciales de todo el país, aún en el caso de que fueran solamente de naturaleza pretoriana por no haber merecido todavía entronización legal?

VI. Colofón

Frente a la crisis del aparato procesal-judicial nacional que todos admitimos, la corriente garantista procesal civil se limita a proclamar las bondades del artículo 18 C.N., cual si fuera la panacea para todos los intrínquilis , avatares y cuestionamientos que se le plantean en la actualidad. Los operadores de dicho sistema, exigen soluciones concretas y por consiguiente herramientas definidas, y no meramente palabras grandilocuentes cuyos autores no han tomado conciencia de que ya se ha registrado un cambio de paradigma, por más que las resistencias sigan y que el anciano régimen todavía no haya sido abandonado del todo.

J.W.P.

-NOTAS-

(1)KUHN, THOMAS, “La estructura de las revoluciones científicas”, Buenos Aires 1996, Editorial Fondo de Cultura Económica.

(2)Vaya como ejemplo Inglaterra, donde, a partir del 26 de abril de 1999, rige la llamada reforma Woolf que viene a reconocer e intentar dar soluciones a una profunda crisis experimentada por el aparato procesal -judicial inglés.

(3)Se sabe que las medidas cautelares apuntan a remediar urgencias funcionales, es decir montadas en miras a asegurar la eficacia de otro proceso. Acontece que las urgencias puras, todavía en muchos distritos no poseen solución legal expresa. En cambio, ellas han sido objeto de regulación codificada por parte de las provincias de Corrientes, Chaco, Formosa, San Juan y Santiago del Estero; estados provinciales que han incorporado a la medida autosatisfactiva , tan denostada a veces y tan eficaz siempre. Puede consultarse sobre el distingo entre “urgencia funcional” y “urgencia pura”, nuestro trabajo “La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar” en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, página 155 y siguientes).

(4)PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires 1981, Editorial Depalma, página 109 y página 113: “Causa grima comprobar cuántas – y tan repetidas- veces los mandatos judiciales son ignorados por sus destinatarios, sean éstos las partes, terceros o funcionarios encargados de efectivizarlos. El citado es un lamentable

fenómeno que nos aqueja y que, en general, padece buena parte de los países enrolados en el llamado sistema de derecho procesal europeo occidental. Por lo contrario, las naciones procedimentalmente organizadas bajo el signo del *common law*, han sabido pergeñar un bien orquestado plexo de soluciones tendientes a preservar la imagen de eficacia que debe ofrecer la administración de justicia...Comenzamos por recordar que por *contempt power* se entiende la facultad de los tribunales norteamericanos de reprimir –sumaria y severamente,-las rebeldías y desacatos cometidos en detrimento del público prestigio que rodea la actividad de la judicatura estadounidense. Al pragmático espíritu norteamericano no le podía pasar desapercibido que el *contempt power* deviene indispensable para asegurar la autodefensa de los jueces y, también, para que éstos desempeñen su ministerio persuadidos de que sus mandatos serán cumplidos y que de no ser así el desobediente será pronta y duramente punido. En suma: el *contempt of court* apunta a preservar a los tribunales del deletéreo efecto erosivo sobre la jerarquía y la dignidad del Poder Judicial, que produce el no acatamiento de las providencias jurisdiccionales. El *contempt power* se halla tan íntimamente ligado al sentir estadounidense, que la doctrina –de manera pacífica- considera que es una atribución implícita de la potestad jurisdiccional y que el Poder Legislativo no puede cercenarlo”.

(5)VIEHWEG, T., “Tópica y jurisprudencia”, traducción de Luis Diez Picazo, *passim*.

(6)RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica”, Madrid 1968, Editorial Civitas, página 44

(7)En nuestro trabajo “Sobre el activismo judicial”- publicado en el libro “Activismo y garantismo procesal”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, página 11 y siguientes, subrayamos las siguientes notas: el activismo confía en los magistrados, el activismo es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales, dichas creaciones han tenido un fuerte eco legislativo, el activismo pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos, el activismo se preocupa por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir al sistema procesal respectivo, el activismo propone una lectura distinta de la Constitución Nacional y el

activismo se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución.

(8)PEYRANO, Jorge W., “El Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2003, Editorial Juris, tomo 2, página 219 y siguientes.

(9)El autodenominado garantismo procesal civil –porque al fin y al cabo cuál corriente de pensamiento procesal no va a defender las garantías constitucionales- se apoya en un equivocado trasplante al proceso civil del ideario de Luigi Ferrajoli, concebido por y para el proceso penal. Sobre el particular, puede consultarse el erudito estudio de Juan Monroy Gálvez titulado “Qué es el garantismo procesal civil”? publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal , año 2006, N° 9, página 7 y siguientes.

(10)Ibídem, página 19: “Desde una perspectiva metajurídica, por ejemplo, por qué es política o moralmente errado que un juez tenga tales poderes?. ¿Será para que las partes, que concurren al proceso en condiciones idénticas (económicas, sociales, raciales, sexuales), no soporten la “desigualdad” que produciría una posición activa del juez?. Una versión así de la realidad, arte de ilusionismo supremo ¿puede tener fundamento filosófico, político, jurídico o siquiera práctico? Desde una posición estática y neutra, podrá el juez asegurar la vigencia de los valores recogidos en la Constitución como propone Ferrajoli.?”

(11)Sobre el principio de colaboración de las partes durante la tramitación del proceso civil, deben tenerse en cuenta las reflexiones de Roberto Berizonce, en “Colaboración procesal, método contradictorio. Régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, en Revista del Derecho de Daños, Buenos Aires 2002, Editorial Rubinzal Culzoni, n° 5, página 121 y siguientes, y las de Eduardo Oteiza en “El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O *probare* o *soccombere* ¿Es posible plantear un dilema absoluto, en “Los hechos en el proceso civil”, obra colectiva dirigida por Augusto Morello, Buenos Aires 2003, Editorial La Ley, página 79 y siguientes.

(12)PEYRANO, Jorge W., “Acerca de los instrumentos operativos procesales” en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos

procesales” Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 163: “Los jueces, acuciados por su deseo y por su deber de hacer justicia en el caso concreto, no encuentran, muchas veces, respuestas adecuadas en los textos legales procesales que de ordinario padecen (debemos confesarlo) un cierto grado de retraso respecto de las urgencias y de las necesidades de la hora actual. Frente a todo ello, algunos magistrados, más audaces, se internan en los meandros, v.gr., de interpretaciones extensivas, pero posiblemente la mayoría (imbuidos de un comprensible respeto al legislador) acostumbran a optar por dejar de lado sus buenas intenciones ante la carencia de respaldo legal o, al menos, autoral o jurisprudencial. Ante una cierta dosis de sustento doctrinario y/o jurisprudencial, estamos persuadidos de que muchos buenos jueces preferirán echar mano a buenas ideas antes que consagrar injusticias. Sucede que lo especialmente grave se da cuando se registra una carencia absoluta de institutos y figuras procesales conocidos que sean capaces de dilucidar correctamente el supuesto no previsto por el codificador. Precisamente, lo que llamamos “instrumento operativo procesal” apunta a proporcionarle “argumentación” a magistrados preocupados que no hallan respuestas adecuadas en la letra de la ley de rito civil”

(13) Cabe historiar que durante mucho tiempo la prueba de informes fue un producto pretoriano, recién en 1940 el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe de ese entonces, fue el primero en incorporarla a un texto codificado.

(14) Bien se ha expresado que “enumerar es olvidar”, por lo que para no preterir a nadie nos circunscribiremos a citar unas pocas obras de Augusto Morello que son señeras en cuanto a la defensa de ideas activistas: “Nuevo horizonte del Derecho Procesal”, Santa Fe 2005, Editorial Rubinzal Culzoni; “Al final de una época”, la Plata 2001, Editorial Platense; “Avances procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni; “Tendencias dominantes en la litigación civil”, Santa Fe 2002, Editorial Rubinzal Culzoni; “Claves procesales”, Buenos Aires 2007, Editorial Lajouane.

ABSTRACT

Se ha producido un cambio de paradigma en materia procesal civil, ya que la mayoría de la comunidad científica y la generalidad de los estrados judiciales y de los operadores jurídicos han optado por adoptar, en todo o en parte, el ideario de lo que se ha dado en llamar *activismo procesal*. Si bien la crisis que se verifica en el aparato procesal-judicial nacional persiste y prosiguen las resistencias respecto del nuevo paradigma, se advierten signos múltiples de que el estado de cosas está mutando en pro de un mejor Servicio de Justicia.