

APROVECHAMIENTO DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO
POR EL DERECHO PROCESAL CIVIL ACTUAL

Por JORGE W. PEYRANO

I- Introducción

Sucedan que categorías descubiertas y exploradas por el pensamiento contemporáneo, resultan ser útiles para dar respuestas a interrogantes suscitados en el proceso civil de hogaño; y no sólo ayudan para proporcionar respuestas o despejar dudas, sino también para explicar estados de cosas y hasta la aparición de herramientas procesales en particular. Se trata de aportes –lo aclaramos desde el vamos- efectuados por el discurso filosófico general y no por la Filosofía del Derecho, por más que ésta, indudablemente, no puede permanecer indiferente respecto de varias de las categorías y descubrimientos que mencionaremos en las líneas que siguen. El concepto de “populismo”, por ejemplo, con su elemento clave “la situación populista” (1), es aprovechable por el discurso iusfilosófico para analizar ciertas realidades desde una perspectiva diferente y enriquecida, por más que no se compartan las conclusiones de la referida corriente de pensamiento.

A continuación, examinaremos, sumariamente, algunos ejemplos de categorías filosóficas, que pueden y deben ser aprovechadas (y lo han sido) para mejor interpretar la realidad del proceso civil argentino (2)

II. El posmodernismo en materia procesal civil

El posmodernismo - importante vertiente del pensamiento contemporáneo , cuyos principales exponentes son Vátimo (3) y Baudrillard (4)- se caracteriza, entre otras cosas, por descreer de las ideas rígidas y excluyentes y por la renuencia a aceptar explicaciones totalizadoras y rigurosamente racionales. Además, no expresa demasiada simpatía por un pensamiento implacablemente sistemático sujeto a reglas que posean la virtud de tornar predecible todo acontecimiento relacionado con el sistema respectivo. Dicha despreocupación hacia lo sistemático, explica su afición por lo particular o excepcional (5) como complemento insoslayable de un “sistema” entendido al modo posmodernista. Igualmente,

identificadorio del posmodernismo es su predilección por la performatividad (6), vale decir, por la eficiencia y el pragmatismo.

Muchas de las susodichas notas propias de la reflexión posmodernista son también singularizadoras del procesalismo civil actual. Veamos.

Por de pronto, cabe anotar que el pensamiento procesal civil hoy dominante, tampoco se encuentra partidario de ideas rígidas y excluyentes. Buena muestra de ello es la amplia y frecuente flexibilización de principios que se da en el seno del proceso civil nativo (7).

Además, se advierte una tendencia a procurar armonizar las posiciones antagónicas – vg. activismo y garantismo procesal- que hoy se disputan la preeminencia ideológica en el campo procesal civil (8)

En otra oportunidad, dimos cuenta, refiriéndonos al procesalismo argentino, que “Típicamente *postmoderno* sería, igualmente, el vigente desinterés doctrinal por emprender estudios *totalizadores* vinculados con el examen de los *pilares procesales* (las nociones de acción, jurisdicción y proceso); y el paralelo empeño por analizar problemáticas más concretas” (9)

Y qué decir, de la aparición y difusión en Argentina de una suerte de Derecho Procesal Civil de excepción (las medidas autosatisfactivas, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, etc.) que consagra soluciones particulares para situaciones excepcionales; constituyendo así una válvula de escape para el sistema respectivo pensado por y para los casos corrientes (10). Casi diríamos que el mencionado Derecho Procesal Civil de excepción es un salvador del sistema, máxime en momentos en los cuales se registra una creciente resistencia hacia el pensamiento sistemático (11).

Hay más signos posmodernistas en el proceso civil de hoy: resulta palmario el interés por el tema del rendimiento del proceso civil y del Servicio de Justicia, y también por lo que debe hacerse para mejorarlos. Ello reclama, entre otras contribuciones, la colaboración de ciencias auxiliares (12) como la Estadística, la Sociología y la de una disciplina en ciernes que podría denominarse gestión procesal y judicial. Se puede dudar de que lo apuntado revela una bienvenida inclinación hacia el pragmatismo?

III. La contribución del estructuralismo

El pensamiento estructuralista –cuyo principal exponente es Lévi Strauss- se caracteriza por sostener que toda sociedad puede ser entendida como un sistema de signos. Éstos pueden consistir en fenómenos o actividades de las más diversas. Parte de un concepto de lo que debe entenderse por estructura, conforme al cual ésta posee elementos solidariamente interrelacionados de modo tal que cualquier modificación de uno de ellos importaría un cambio en los restantes.

El filósofo francés Deleuze, claramente enrolado en el estructuralismo, es el creador del concepto de “línea de fuga”, explicado pormenorizadamente en su obra “ El anti-Edipo” que escribiera en colaboración con Guattari. Memoremos que abrir una línea de fuga es zafar de las codificaciones y ejercer lo inédito. Todo acontecimiento que pueda ser una línea de fuga cuestiona la fortaleza del orden establecido. La creación siempre se produce sobre una línea de fuga que es una huída por la cual se abandona lo que debía ser en pos de algo diferente. Tal huída no constituye una renuncia a la acción porque es un movimiento absolutamente activo. Y es cierto porque la aparición de una “línea de fuga” conlleva algo nuevo y creativo, diferente a lo que existía hasta entonces. Dicha noción es aprovechable para justificar –filosóficamente, al menos- la rebelión contra el orden establecido que implicó que –a partir de 1997- se incorporara al imaginario procesal civil nativo la llamada tutela anticipada construida merced a un bienvenido funcionamiento anómalo de la medida innovativa (13). Hasta entonces, resultaba inconcebible conceder, todo o parte de lo reclamado por el demandante, antes de la emisión de la sentencia de mérito. Sin embargo, apareció como “línea de fuga” del referido dogma el precedente “Camacho Acosta” (14) donde existió la necesidad de generar, pretorianamente, una nueva herramienta (la tutela anticipada), que es una tutela coincidente (15) porque la necesidad del justiciable (de obtener precautoriamente una prótesis bioeléctrica para su antebrazo seccionado dado que la demora impediría colocarla en el futuro), legitimó el abandono de la ortodoxia en el referido caso, otorgándose precautoriamente lo que era materia de la sentencia de fondo.

He aquí cómo, un concepto filosófico –“la línea de fuga”- puede servir de explicación acerca de la aparición de una herramienta procesal nueva , diferente y que involucraba un alzamiento contra el orden establecido hasta entonces.

IV. La noción de “cambio de paradigma” y su utilización para explicar la revolución procesal operada durante los últimos años en Argentina

Thomás Kuhn, en su obra dedicada al estudio de las revoluciones científicas (16), se explaya sobre el término “paradigma”, hoy ampliamente popularizado aun mediante el habla cotidiana. Se trata 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.(17)

Más adelante, y cuando ya se han registrado significativas mutaciones en el viejo paradigma reinante, se concreta el “cambio de paradigma” correspondiente con su cohorte de nuevas teorías, soluciones y herramientas. De todo ello, toda nota la comunidad científica respectiva que, tácita o expresamente, declara que se ha producido un “cambio de paradigma”.

La comunidad científica correspondiente al proceso civil nativo asiste a un claro cambio de paradigmas que marca notorias diferencias respecto del anterior que presentaba los siguientes signos: a) presencia de un juez pasivo e inerte, en cualquier caso. Los magistrados debían ser “convidados de piedra” al banquete del litigio. Hasta hace algunos años, debían permanecer “ciegos, sordos y mudos”. El principio dispositivo crudamente entendido, convalidaba tan prescindente actitud Hoy las cosas no es que estén cambiando, han cambiado. La mentalidad judicial mayoritaria es hoy distinta y ya nadie se rasga las vestiduras porque se haya despachado una prueba oficiosa o “medida para mejor proveer” (18); b) La

creencia –tan propia de un liberalismo procesal exacerbado- de que el juicio civil es una suerte de confrontación casi militar y que quien litiga mejor o es más astuto o inescrupuloso (tenga o no, razón) debe ser el vencedor. Tan bélica concepción, hace oídos sordos a todo aquello que suene a principio de moralidad, buena fe procesal o melindres por el estilo; c) la idea de que el órgano judicial se encuentra inhabilitado –llegado el caso y cuando ello resulte insoslayable- para generar herramientas procesales o construcciones jurídicas en general; privilegiándose, en cambio, el *dura lex sed lex* decimonónico (19)

Todo lo señalado, resulta refutado por las soluciones dominantes a la fecha las cuales registran un creciente número de ejercicio de facultades judiciales para mejor proveer (20), un palmario progreso de la idea moral en el seno del proceso civil (21) y el éxito y difusión de múltiples ingenios pretorianos (22) nacidos al calor de la necesidad de distribuir el pan de la Justicia frente a situaciones particulares.

No pueden cerrarse los ojos – tampoco lo ha hecho la comunidad científica procesal- ante una realidad que llama a la puerta todos los días, mediante una incesante producción de precedentes judiciales y de bibliografía que en un sentido aplastantemente mayoritario ha votado, y vota, por el cambio.

V. El racionalismo populista y los reclamos contra sistemas insatisfactorios en general y el procesal en particular

No hablaremos aquí del populismo procesal (desgraciada corriente) que, entre otros males, propicia una “dictadura del pasado” que mira exclusivamente hacia atrás; propugnando así la figura del juez – fantoche típica del siglo XIX y despreciando todas aquellas novedosas herramientas procesales que surgieran en los últimos treinta años.(23)

Cabe anotar que el populismo –*rectius* la “razón populista” (24), es decir el racionalismo populista- está muy en boga últimamente para justificar, desde el punto de vista de la Politología y de la Filosofía, fenómenos de masas.

Se sabe que el populismo –al que se intenta quitar el matiz peyorativo que posee- es una corriente de pensamiento multclasista, por lo que no es de izquierda ni de derecha (25).

Entre otros rasgos (26) se identifica por incluir como concepto clave el ya citado de “situación populista”. Ésta se presenta cuando se producen demandas diferentes provenientes de una masa social que al no ser satisfechas por el sistema institucional, generan “el surgimiento de un abismo cada vez mayor que separa al sistema institucional” (27) de los demandantes; abismo que puede determinar la aparición de un líder mesiánico al que la masa le asigne la facultad de satisfacer sus reclamos. Además, el populismo considera “que entender la realidad social consistente en entender no lo que es sino lo que impide ser”; vale decir que se singularizaría por creer que los males que se le achacan al sistema institucional respectivo tienen nombres y apellidos.

Indudablemente que en el campo del proceso civil argentino, forman legión los reclamos contra un diseño procedimental anquilosado y moroso. Y no sólo reclaman las conclusiones de los certámenes científicos, las Academias y la doctrina autoral más reconocida, sino que suman sus voces condenatorias los *consumidores* del sistema procesal. Dichas voces críticas han dejado de ser “demandas democráticas”, vale decir aisladas según la terminología de Laclau (28). Es que hoy ya se registran “demandas populares”(29) articuladas (provenientes de Colegios de Abogados y de Asociaciones de Magistrados, por ejemplo) que establecen una clara y peligrosa fractura entre el sistema institucional vigente y los demandantes, que pueden llegar a redundar en la adopción de algunas soluciones desesperadas y equivocadas. No será en materia procesal la elección de un líder mesiánico, pero puede traducirse, vg. en el dictado de normas apresuradas y deficitarias. Y no se crea que exageramos: la llamada ley Blumberg de reforma penal de 2004 y la sanción de algunas recientes modificaciones procesales civiles en el orden nacional cuyos autores intelectuales se desconocen y se atribuyen a ignotos asesores legislativos, son una buena muestra de cambios legislativos desafortunados. Por añadidura, en algunas de las demandas formalizadas contra el sistema procesal nacional encontramos que tienen asimismo como destinatario al activismo procesal, al asignarle el rol de chivo expiatorio a la concepción de un órgano jurisdiccional con mayor número de potestades que las reconocidas durante el siglo XIX. Para demostrar el error de la identificación del activismo procesal como fuente de todos los males que aquejan al proceso civil argentino es suficiente con recordar que en su

época el proceso civil construido sobre, digamos, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 (crudamente positivista o garantista), también era severamente enjuiciado.

VI- Conclusiones

Hemos reseñado, muy brevemente, algunas corrientes del pensamiento contemporáneo que pueden ser aprovechadas para mejor comprender lo que ha ocurrido y está ocurriendo en el ámbito del proceso civil argentino: la aparición creciente de nuevas herramientas procesales, el abandono de ideas seculares, el interés por soluciones foráneas debidamente ajustadas a nuestro medio, la mayor preocupación por la eficiencia y el pragmatismo procesal, la flexibilización de los idearios procesales.

Que el proceso civil, entonces, abrevie en las aguas del pensamiento contemporáneo en pos de más explicaciones para entender lo que le acontece.

J.W.P

- N O T A S -

- (1) Más adelante y en el cuerpo del presente trabajo, proporcionamos noticia acerca de dicho concepto.
- (2) La vez primera que nos internamos en este terreno fue en ocasión de dar a la estampa “El Derecho Procesal Posmoderno”, publicado en “Procedimiento Civil y Comercial”, Rosario 1991, Editorial Juris, tomo 1, página 1 y siguientes.
- (3) VÁTIMO, Gianni, “El fin de la modernidad”, Barcelona 1986, Editorial Gerisa.
- (4) BAUDRILLARD, J., “Cultura y simulacro”, Barcelona 1987, Editorial Kairós.
- (5) El posmodernismo acepta lo particular como inevitable integrante de un sistema”, conf. de Esther Díaz, “¿Qué es la posmodernidad?” en “¿Posmodernidad?” obra colectiva, Buenos Aires 1988, Editorial Biblos, página 37
- (6) CULLEN, Carlos, “Ética y posmodernidad”, en “¿Posmodernidad?” página 172.
- (7) ARAZI, Roland, “Flexibilización de los principios procesales”, en número extraordinario conmemorativo del Bicentenario de la Revista de Derecho Procesal, Santa Fe 2010, Editorial Rubinzal Culzoni, página 109 y siguientes; Mabel DE LOS SANTOS, “La flexibilización de la congruencia”, en “Cuestiones procesales modernas”, Suplemento especial de La Ley de octubre de 2005, página 80 y siguientes.
- (8) PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en “Activismo y garantismo procesal”, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009, página// 19: “El activismo judicial prevalece en el panorama doctrinario procesal contemporáneo. Como fuere, resulta inconveniente la “demonización” de cualquiera de las corrientes en las que se divide el pensamiento jurídico procesal actual. Seguramente, algo habrá de rescatable y aun de elogiabile en lo sostenido por una de ellas que pueda llegar a morigerar o, inclusive, a modificar el entramado

de la restante. Las posturas crudamente maniqueas son acientíficas y conspiran contra el progreso de la disciplina respectiva”.

- (9) Conf. trabajo citado en nota 2, página 7.
- (10) PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, página 19: “Si nos convocaran para destacar un aspecto positivo del activismo judicial, diríamos que se trata de una doctrina que posibilita en mayor medida que otras, la consagración de un “Derecho procesal” de excepción”, es decir, un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente, las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa) que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes.
- (11) MORELLO, Augusto, “Procesalistas inolvidables”, Buenos Aires 2001, Editorial Hamurabi, página 70: “En la teoría se ha ido perdiendo el amor al sistema”.
- (12) PEYRANO, Jorge W., “Eficiencia del Servicio de Justicia”, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Selección de Doctrina y Jurisprudencia procesal relevante”, obra colectiva, Rosario 2004, Editorial Juris, tomo 3 A, página 1 y siguientes.
- (13) PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa” en “Medida innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, página 19 y siguientes.
- (14) Vide el precedente citado y su comentario salido de la pluma de Roland Arazi, en Revista de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, nº 1 página 385 y siguientes.
- (15) PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, página 31: “ Cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito se genera una tutela “coincidente” en el sentido de que la prestación reclamada concuerda (en todo o en parte) con la que se reclama para que forme parte de la sentencia de mérito”.

- (16) KUHN, Thomas, “La estructura de las revoluciones científicas”, Buenos Aires 1996, Editorial Fondo de Cultura Económica.
- (17) PEYRANO, Jorge W., “El cambio de paradigmas en el campo del Derecho Procesal Civil” en La Ley, 2009-E, página 785 y siguientes.
- (18) PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 97.
- (19) PEYRANO, Jorge W., “Acerca de los instrumentos operativos procesales”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales”, página 169: “Los instrumentos operativos procesales cumplen diversas funciones. En primer lugar satisfacen necesidades procedimentales perentorias, todavía no cubiertas, por la obra legislativa. Además, funcionan como una suerte de “banco de pruebas” para establecer si realmente se está ante un instrumento operativo acreedor a ascender de rango y así transformarse en letra de la ley. Pero lo que más nos interesa resaltar es que pueden otorgar respaldo a decisiones judiciales innovadoras huérfanas de texto legal expreso”.
- (20) PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba” Barcelona 2007, Editorial Bosch, página 123.
- (21) PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires 1978, Editorial Astrea, página 171 : “Bien puede calificarse al principio de moralidad, también conocido como de probidad, de lealtad o de buena fe procesal, como *ave fenix* del proceso. En efecto, estamos presenciando su resurrección de las cenizas. Más aún: hoy contemplamos el avance incontenible de la idea moral en calidad de rectora del proceso; lo que se traduce, a veces, en una verdadera “inflación” legislativa, tendiente a asegurar la eticidad del debate judicial, fenómeno que no siempre produce los dividendos apetecidos. El predominio de la corriente ideológica liberal, que tuvo su auge en el siglo XIX, había conspirado para hacer que el proceso fuera una contienda en la que solía triunfar el más hábil o el más astuto”
- (22) Puede consultarse un inventario no exhaustivo de ellos, en “El Derecho Procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los

sistemas”, de nuestra autoría, en Jurisprudencia Argentina 1998-1, página 835.

- (23) PEYRANO, Jorge W., “Acerca del populismo procesal”, en “Nuevas Apostillas procesales” Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, página 247 y siguientes.
- (24) LACLAU, Ernesto, “La razón populista”, Buenos Aires 2009, Editorial Fondo de Cultura Económica.
- (25) *Ibídem*, página 15.
- (26) *Ibídem*, página 15.
- (27) *Ibídem*, página 99.
- (28) *Ibídem*, página 99.
- (29) *Ibídem*, página 99.

Abstract

Categorías descubiertas y exploradas por el pensamiento contemporáneo son aprovechables para mejor explicar el estado de cosas del proceso civil actual y la aparición de nuevas herramientas procesales