

ACERCA DE LOS “ISMOS” EN MATERIA PROCESAL CIVIL

POR JORGE W. PEYRANO

I-Introducción

El sufijo “ismo” es propuesto y empleado para identificar realidades distintas, pero de algún modo relacionadas entre sí. Así, por ejemplo, para denotar un movimiento artístico de vanguardia (1), una corriente de pensamiento innovadora; y también para significar adhesiones a tendencias (v.gr. activismo procesal, tal como se verá más abajo) doctrinas, partidos, religiones, etc. o simplemente disposiciones de ánimo o actitudes (v.gr., *canibalismo procesal*, según se observará *infra*).

Los profundos cambios sufridos por el proceso civil nacional en las últimas décadas (2) y los remezones consiguientes, explican la aparición – no siempre bienvenida- de plurales corrientes del pensamiento procesal que son acreedoras a que se les endilgue algún “ismo”. Las líneas que siguen, examinarán, sumariamente, algunas de ellas con la intención principal y acotada de dar noticia sobre sus perfiles.

II- El populismo procesal

Dice bien Marcos Aguinis que “El populismo simula ser revolucionario y lo simula muy bien. De ese modo atrapa la pasión de jóvenes, intelectuales y gente solidaria, que cae bajo sus embotantes malabarismos ideológicos”. Y es que la primera nota identificatoria de dicha corriente es que simula ser revolucionaria cuando en realidad mira hacia el pasado y más bien propende a mantener el estado de cosas imperante. Lo grave es que su prédica –pletórica de invocaciones a la libertad- suele ser un cebo tentador para atraer a los más idealistas. Algunos desprevenidos (la mayoría de ellos bienintencionados) se han dejado convencer acerca de las ventajas de la situación imperante que, entre otras cosas condenables, ha legitimado una suerte de inversión de los roles tradicionales que va contra el sentido común: en materia penal, se diseña una sociedad indefensa donde el protegido debe ser el delincuente y el permanente olvidado, la víctima; en materia civil se exagera la “debilidad” del deudor (vituperado por el viejo y sabio Derecho Romano) y se “demoniza” la figura del acreedor como si, fatalmente, siempre éste fuera un mercader de Venecia, una multinacional “sin corazón” o una entidad

financiera que practicara la usura (3). Además, es *estéril* porque por considerar defendible el aparato procesal que se encuentra en operaciones y poco recomendables las innovaciones que se vienen proponiendo para modernizarlo, no proporciona instituciones o herramientas procesales novedosas y ni tan siquiera suma interpretaciones más progresistas a las ya conocidas (4). Asimismo, es *grandilocuente* porque lo seducen las *grandes palabras*, pero sucede que las vacía de contenido. Así, suele utilizar la expresión “debido proceso” limitándose a la parte exógena o formal de dicha garantía con olvido de que el norte debe ser un proceso justo y con olvido, también, de la posición del acreedor que igualmente posee un derecho constitucional a obtener la percepción de su crédito pronta y expeditamente (5).

Puede considerarse que, en alguna medida, el populismo procesal está encarnado en lo que se denomina “garantismo procesal”, del que nos ocuparemos enseguida.

III. El garantismo procesal

Para justificar el uso de dicha denominación, se ha manifestado que: “*El garantismo procesal* es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución, y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales. La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y razón* y quiere significar que por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica” (6). Descartados los buenos propósitos de sus cultores y la calidad científica de sus mentores, creemos que olvidan que el juez del proceso civil no es un árbitro deportivo únicamente interesado en que los jugadores observen las reglas del juego, sin poder agregar ni modificar nada de lo que hicieren o dejaran de hacer aquéllos. El resultado de dicha preterición es el *minimalismo procesal* del que hablaremos más luego. A ello se suma una lectura de la Constitución Nacional que no es, pensamos, la correcta (7)

porque ésta privilegia, ante todo, que el proceso civil se corone con una sentencia justa (8).

Para conocer, más detalladamente, las singularidades del garantismo procesal es suficiente con invertir las correspondientes al activismo procesal, del que también daremos cuenta más adelante.

IV. El *minimalismo procesal*

Íntimamente enraizado en el garantismo procesal –del cual es una derivación- representa una posición que priva de toda iniciativa al juez civil sea de índole probatoria (v.gr., el dictado de medidas para mejor proveer) o de otra laya (v.gr., reconducción del trámite, rechazo *in limine* de una pretensión, etc.).

Esta corriente emparentada con el neutralismo -ya superado- del procedimentalismo francés, es denominada así por asemejarse a lo que se interpreta, en general, por *minimalismo*; línea de pensamiento –especialmente fuerte en Pintura, Arquitectura y Decoración- que pregona la necesidad de construir realidades reducidas a lo esencial y desprovistas de elementos sobrantes. Su divisa de fe –cuyo autor fuera Mies Van Der Rohe- es “Menos es más”. Ella también podría caracterizar adecuadamente al *minimalismo procesal* que proclama la conveniencia de reducir al mínimo el quehacer judicial; limitándolo prácticamente a la función de declarar el Derecho en oportunidad de emitir la sentencia de mérito y a procurar que durante la tramitación del proceso las partes y sus letrados observen formalmente las conductas programadas por el legislador, sin modificar ni incorporar nada de su cosecha. Cappelletti, denostó, sin tapujos, dicha toma de posición, expresando que “Son demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo... Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound respecto del procedimiento civil americano al que le imputa haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro, que asegura que se observen las reglas del juego” (9).

La vuelta al pasado que involucra el minimalismo procesal en lo tocante a la función judicial, implica un retorno del juez –fantoche que ya era objeto de escarnio a comienzos del siglo XX. Dicha manifestación de un liberalismo procesal exacerbado, determina que los jueces deban ser “fugitivos de la realidad” por obligarlos a cerrar los ojos ante la comprobación de que, fatalmente, su pasividad redundará en un pronunciamiento que no distribuirá el pan de la Justicia.

V- El activismo procesal

El activismo procesal – fórmula que se cree fue enunciada por vez primera por la Suprema Corte de Justicia de E.E.U.U. ,circa 1992- se particulariza por las prendas que a continuación se enumeran: el activismo procesal confía en los magistrados; el activismo procesal es creativo y le ha aportado numerosos nuevos institutos y herramientas procesales; las ideas activistas han tenido un buen eco legislativo; el activismo procesal pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos; el activismo procesal se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo; el activismo procesal propone una lectura distinta de la Constitución Nacional; el activismo procesal se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución (10).

Se trata de una corriente del pensamiento procesal prevaleciente en la actualidad en la Argentina y en los cenáculos científicos foráneos de mayor trascendencia.

Las últimas reformas procesales civiles provinciales (Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Río Negro, San Juan y Santiago del Estero), han incorporado buena parte del ideario activista.

Parte de la premisa de privilegiar a ultranza el proceso justo o, mejor, el proceso con resultado justo, en la medida en que la Justicia humana – siempre deficitaria y fragmentaria- puede lograrlo.

VI-El eficientismo procesal

Se singulariza este “*ismo*” por ponderar muy especialmente a la finalidad del proceso civil en general y a las finalidades de las instituciones y herramientas procesales de que se sirve (11). Asimismo, se preocupa por

analizar y mejorar el rendimiento del Servicio de Justicia, y para ello reclama la ayuda de ciencias auxiliares (12). Por añadidura, se caracteriza por abrirse –con la prudencia del caso- a experiencias foráneas y a aceptar el trasplante (con los ajustes que correspondieren) de instituciones procesales probadas en otros países de cuño análogo al nuestro (13). Vaya un ejemplo: todo lo que se incorporó a nuestra praxis después de conocidas las enseñanzas de Mauro Cappelletti ,vertidas en su “Acceso a la Justicia” (14)

El efficientismo procesal, en suma, viene a representar un cuarto estadio de los conocimientos procesales (los otros son la práctica forense, el procedimentalismo y el procesalismo) que ha venido a insuflar aires nuevos al tradicional ámbito del procesalismo clásico. Sus ideas armonizan y complementan a las ideas activistas, generándose así una sinergia que reputamos muy beneficiosa.

VII- El existencialismo procesal

Alguna vez, señaló el maestro bonaerense Pedro Bertolino (15) que las ideas que hoy se rotulan como activistas o efficientistas “se preocupan más por la existencia que por la esencia de las instituciones procesales”, y tenía razón. Sin darnos cuenta cabalmente, quien esto suscribe –y muchos otros- nos interesamos en mayor medida “por conocer el proceso y su circunstancia y no tan sólo por indagar sobre el proceso “cómo debería ser”. Dicho de otro modo: nos resulta más atractivo bucear en el *proceso-real* que en el *proceso-virtual* o programa, según el elegante decir de Barrios de Ángelis” (16).

Cabe acotar que resulta difícil consignar caracteres definidos al existencialismo. Las diversas manifestaciones existencialistas provienen, por derivación inmediata o por condicionamiento problemático, de la especulación teológico-filosófica del pensador danés Soren Kierkegaard. De todos modos, debe admitirse que las primigenias ideas de Kierkegaard encontraron un feraz y extenso desarrollo en Jaspers, Heidegger, Sartre y Unamuno. Ciertamente es que los mencionados pensadores no siempre coinciden entre sí, pero al menos concuerdan en algo: esta nueva filosofía centra su problemática en el hombre concreto. El punto de partida no va a ser el *cogito*, sino el *sum*, en que el propio *ego* consiste. El *sum* se encuentra implantado en una situación que le es impuesta. Esta situación, única para

cada hombre, es irrenunciable e incambiable. También a nosotros –y no estamos solos- nos convoca y entusiasma el proceso concreto, la necesidad de diseñar un Derecho procesal de excepción llegado el caso (17) y la conveniencia de estar atentos permanentemente a las circunstancias reinantes que puedan legitimar ajustes en los mecanismos procesales predispuestos (18)

Hacer Justicia en serio reclama como presupuesto insoslayable recuperar el interés por el proceso y por su circunstancia o *situación*, como preferirían decir los pensadores existencialistas. Concebimos al *existencialismo procesal* como una visión dinámica del fenómeno procesal, que viene a posibilitar la mejoría y el cambio en el funcionamiento del Servicio de Justicia.

VIII- Colofón

Si bien nunca nos agradaron demasiado los “ismos” (19), constituyen una realidad insoslayable que merece atención.

En la mayoría de los casos (no todos), esconden alguna suerte de exceso de entusiasmo en la defensa de una posición asumida. No resulta absolutamente inconveniente dicha potenciación, en tanto no melle la necesaria objetividad que debe presidir todo debate mantenido en el ámbito científico.

En verdad, si algo aqueja a la Argentina en general y al mundo procesal nativo en particular, es su bipolaridad maniquea propia de una lógica binaria resumida en la dicotomía “amigo-enemigo” tan usada por Carl Schmitt. El referido autor alemán-adscrito a la escuela del Realismo Político- encontraba en dicha antinomia la piedra angular de su pensamiento; sosteniendo que “enemigo es simplemente el otro que está en contra de mi posición”, no interesando la moralidad o acierto del “enemigo”. Algo de éso quizás ocurra a quienes militan en las filas antagónicas del activismo y del garantismo procesal, hasta el punto que, quizás, ambos bandos incurran en una suerte de “*canibalismo procesal*” del que diéramos cuenta en otra oportunidad (20)

Hoy, como ayer, somos de la idea que “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” (21).

Y para el final, una admisión. Creemos, sinceramente, que el estado agonal del proceso civil argentino demuestra que todavía no está consolidado el nuevo modelo y que su ideario y las numerosas herramientas procesales generadas deben decantarse y probarse en la criba de la experiencia y la praxis. Confiamos en ellas y en su veredicto.

J.W.P.

- NOTAS -

- (1) Conf. “Diccionario de uso del español”, por María Moliner, Madrid 2007, Editorial Gredos, tomo 1, página 1691.
- (2) 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.
- (3) PEYRANO, Jorge W., “Acerca del populismo procesal”, en “Nuevas apostillas procesales”, Santa Fe, 2003, Editorial Panamericana, página 248.
- (4) Ibídem, página 249.
- (5) Ibídem, página 250.
- (6) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal” en “Activismo y garantismo procesal”, obra colectiva publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009, página 145.
- (7) PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial” en la obra colectiva citada en la nota anterior, página 17: “Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo... Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio”
- (8) Todavía resuenan las palabras de Germán Bidart Campos cuando enseñaba que “el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley o contra la ley porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley”.
- (9) CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1972, Editorial Ejea, página 79 y siguientes.
- (10) PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, página 12 y siguientes.

(11)PEYRANO, Jorge W., “El cuarto estadio de los conocimientos procesales: El eficientismo procesal”, en “Procedimiento Civil y Comercial.Conflictos Procesales”, Rosario 2003, Editorial Juris, tomo 2, página 183.

(12)Ibídem, página 181.

(13)Ibídem, página 181.

(14)CAPPELLETTI, Mauro y Garth, BRYANTH, “El acceso a la Justicia”, traducción de Samuel Amaral, Edición del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires 1983, passim.

(15)Conf. la recensión de “El proceso atípico”, por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires 1983, Editorial Universidad, redactada por Pedro Bertolino y publicada en Jurisprudencia Argentina, Boletín del 8 de febrero de 1984.

(16)PEYRANO, Jorge W., “El proceso atípico”, Buenos Aires 1985, Editorial Universidad, Parte tercera, página 155.

(17)PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, página 19. Un Derecho Procesal de excepción es 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.

(18)La doctrina de las cargas probatorias dinámicas es una buena muestra de un Derecho Procesal de excepción. Conf. Cargas probatorias dinámicas, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Procesal Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, passim.

(19)PEYRANO, Jorge W., “El populismo procesal”, página 252.

(20)PEYRANO, Jorge W., “El proceso atípico. Parte tercera”, página 187: “Y, qué quiere significarse cuando se habla del canibalismo procesal? Pues a la tendencia que se registra en muchos compatriotas comprometidos en el quehacer intelectual, a devorarse unos a otros como si fueran presa de un deseo contestatario irrepresible, que apunta no a la “crítica constructiva”, sino más bien a la demolición de lo construido solamente porque viene a quebrar la línea del horizonte o, quizás porque pretenden la destrucción de toda obra ajena solamente por éso, es decir, por ajena”

(21)PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, página 19.