

## EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE LAS POSIBILIDADES ILIMITADAS O EL FIN DE LOS SISTEMAS

DR. JORGE W. PEYRANO

"El hecho capital del siglo XX es la aparición del concepto de posibilidad ilimitada. Este predicado de las ciencias y de la tecnología implica la noción de una moratoria del pasado —el pasado no es pertinente y tal vez esté muerto— y las ilimitadas alternativas accesibles en el presente".

J. G. BALLARD

Si algo caracteriza al Derecho procesal civil "clásico" es su apego a los sistemas<sup>1</sup>. Seguramente, impulsados por su deseo de defender el merecido rango científico —cuestionado por entonces<sup>2</sup>— que corresponde asignarle el Derecho procesal civil, los autores iniciales de la era del procesalismo se preocuparon, especialmente, por diseñar sistemas procesales que procuraban explicar todo a través de un entramado de conceptos y principios que servían de pie para nuevos desarrollos. Eso sí: éstos (los "descubrimientos") se debían necesariamente ajustar al sistema respectivo. Caso contrario, la novedad era faltamente tachada de "científica" y como tal descartable. Además, la aceptación de lo nuevo debía sedimentarse durante un lapso bastante extendido. Los apresuramientos no eran bien vistos. Eran tiempos más de reflexión que de acción. Paradigma de tal forma de ver las cosas, quizás sea el imponente edificio conceptual construido por CARNELUTTI a partir de su

<sup>1</sup> Utilizamos, obviamente, la palabra "sistema" con el sentido que le asigna la Real Academia Española, es decir, con el significado de "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí" (Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1992, 21 edición).

<sup>2</sup> CARLOS, Eduardo. "En torno a la fundamentación científica del Derecho Procesal Civil", en *Estudios de derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Bs. As., 1946, Ediar, págs. 103 y ss.

percepción de lo que es "litis"<sup>3</sup>. Lo que sigue, obviamente, no pretende ser una crítica adversa a tantos magníficos esfuerzos llevados a cabo por los referidos cultores de la ciencia procesal. Si, en cambio quiere ser un informe acerca de que estamos viviendo una realidad diferente que se refleja en institutos procesales distintos y que, a su vez, todo ello coadyuva para que se perciba el torso de un nuevo proceso civil al que denominamos de las "posibilidades ilimitadas".

Quizás, todo haya comenzado como consecuencia de la irrupción en nuestro medio de algunas características del postmodernismo procesal en boga<sup>4</sup>, cual es el desinterés generalizado por emprender estudios "totalizadores" del fenómeno procesal. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: "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"<sup>5</sup>. Demostración de dicho desinterés es que —excepción hecha del excelente aporte de LINO PALACIO<sup>6</sup>— hace ya largos años que no se saluda la aparición en Argentina de un "Tratado de Derecho Procesal Civil", contentándose nuestros autores con publicaciones de menos aliento y con análisis parciales de la cantera procesal.

Quien efectuare alguna suerte de memorabilia<sup>7</sup> de lo ocurrido en las dos últimas décadas en la materia comprobaría la multiplicidad de nuevos conceptos, principios, institutos e interpretaciones que han tomado carta de ciudadanía en el Derecho Procesal Civil argentino contemporáneo. Desfilan ante su vista, entre otros, los "descubrimientos" que a continuación se enumeran: Los principios generales "valor processum"<sup>8</sup> y el que proscribiera el abuso del derecho en el ámbito del proceso civil<sup>9</sup>, el mandato preventivo<sup>10</sup>

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y de Santiago Sentis Melendo, Bs. As., 1944, Editorial Utea.

<sup>4</sup> PEYRANO, Jorge W. "El Derecho procesal postmoderno", en *Procedimiento civil y comercial*, Rosario, 1991, Editorial Juris, Tomo 1, pág. 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>6</sup> PALACIO, Lino. *Derecho procesal civil*, Editorial Abeledo Perrot.

<sup>7</sup> En latín antiguo "memorabilia" significa lo digno de recordar o lo que queda por recordar.

<sup>8</sup> COSTANTINO, Juan. "El favor processum: ¿Un nuevo principio procesal?", en *Jurisprudencia Santafesina*, N° 4, págs. 23 y ss.

<sup>9</sup> PEYRANO, Jorge W. "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", en *E.D.*, Tomo 159, págs. 925 y ss.

<sup>10</sup> PEYRANO, Jorge W. "Escorzo del mandato preventivo", en *J.A.*, 1992, Tomo 1, pág. 188.

que motoriza procedimentalmente a la función judicial preventiva de daños, la doctrina de los propios actos en materia procesal civil<sup>11</sup>, la teoría de las pruebas leviores<sup>12</sup>, el valor probatorio de la conducta procesal de las partes<sup>13</sup>, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas<sup>14</sup>, la medida conminatoria<sup>15</sup>, la acción de nulidad de sentencia firme<sup>16</sup>, el llamado recurso indiferente<sup>17</sup>, la reposición "in extremis"<sup>18</sup>, la medida autosatisfactiva<sup>19</sup>, la llamada tutela anticipatoria<sup>20</sup>, la imposición procesal "clare loqui"<sup>21</sup>, la nulidad por vicios intrínsecos del acto procesal<sup>22</sup>, la medida cautelar innovativa<sup>23</sup>. Igualmente verificaría otras tres cosas: uná, que toda esa masa de novedades se plasmó en tan sólo una veintena de años; y otra, que, sorprendentemente, muchas de las recientemente ganadas herramientas procesales encontraron una rápida difusión y consecuente aplicación cotidiana. Buen ejemplo de esto último, lo representa la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que, inclusive, ha llegado a extender su campo de acción de un modo imprevisto

<sup>11</sup> PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. "La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil", en *J.A.*, 1985-IV, pág. 818.

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge W. "Aproximación a la teoría de las pruebas leviores", en *Estrategia Procesal Civil*, Santa Fe, 1982, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 93.

<sup>13</sup> KIEIMANOVICH, Jorge. "La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil", en *La Ley*, 1985 B, pág. 1022.

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en *E.D.*, Tomo 107, pág. 1005.

<sup>15</sup> PEYRANO, Jorge W., "La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso" en *J.A.*, 1987-IV, pág. 856.

<sup>16</sup> MORELLO, Augusto. "Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita", en *E.D.*, Tomo 36, pág. 288.

<sup>17</sup> FALCÓN, Enrique. "El recurso indiferente", en *La Ley*, 1975 B, pág. 1139.

<sup>18</sup> PEYRANO, Jorge W. "La reposición in extremis", en *J.A.*, 1992-III, pág. 661.

<sup>19</sup> PEYRANO, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", en *J.A.*, 1997-II, pág. 926.

<sup>20</sup> MORELLO, Augusto. *Anticipación de la tutela*, Bs. As., 1996, Editorial Platense, passim.

<sup>21</sup> PEYRANO, Jorge W. "Una imposición procesal a veces olvidada: el clare loqui", en *J.A.*, 1991-IV, pág. 577.

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W. "Nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal", en *J.A.*, 1987-II, pág. 750.

<sup>23</sup> PEYRANO, Jorge W. "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en *La Ley*, 1996-B, pág. 1027.

aun para sus propulsores iniciales<sup>24</sup>. Ciertamente es que la aceleración que caracteriza a esta época globalizada y lo impostergable de dar respuestas expeditas a necesidades antes no experimentadas, son circunstancias que se encuentran en las antípodas de los pretéritos "años lentos" durante cuyo curso escribían nuestros mayores, ellos mantenían polémicas inacabables, zanjadas únicamente después de agotar –y agotarse recíprocamente, los polemistas– el tema en cuestión. En la actualidad, ni los debates son encarnizados ni se hincan tan profundo el bisturí del análisis. En lo tocante a nuestra afirmación respecto de que ahora se sufren en el seno del proceso civil necesidades no experimentadas con anterioridad, debemos señalar que uno de los factores que ha influido con mayor trascendencia sobre la aparición de aquéllas es la "judicialización", quizá exagerada, a la que asistimos. Por supuesto que dicha "judicialización"<sup>25</sup> también trae derivaciones, pero ello es harina de otro costal.

La tercera comprobación que se produciría, ciertamente será la consistente en notar que varias de las novedades obtenidas merced al laboreo doctrinario y jurisprudencial no se ajustan a lo ya dado, a lo anterior, a "lo recibido"; vale decir que de alguna manera son figuras "transgresoras" que más que confirmar, desdibujan el sistema procesal prevaleciente respectivo. Pruebas al canto: el llamado mandato preventivo<sup>26</sup>, conculca, gravemente, el sacrosanto principio de congruencia<sup>27</sup> –tan caro al proceso civil– en tanto y en cuanto el juez, con su auxilio, puede mandar a hacer algo que no ha sido reclamado y también imponer conductas a quienes no han sido partes en la causa correspondiente, con el objeto de ejercitar la función jurisdiccional de daños<sup>28</sup>. Y qué decir de la medida autosatisfactiva<sup>29</sup> donde queda mal parado –por lo menos, temporalmente– el principio de contradicción<sup>30</sup> entendido a la usanza clásica.

<sup>24</sup> PEYRANO, Jorge W. *Medida cautelar innovativa*, Bs. As., 1981, Editorial Depalma.

<sup>25</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, Editorial Taurus, págs. 127 y ss.

<sup>26</sup> Cont. cita 10.

<sup>27</sup> PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Bs. As., 1978, Editorial Astrea, págs. 63 y ss.

<sup>28</sup> MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel. "Función preventiva del derecho de daños", en *J.A.*, 1988-III, pág. 116; y VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto. "Función de prevención de la responsabilidad por daños", en *Zeus*, 52, J-52.

<sup>29</sup> PEYRANO, Jorge W. "Régimen de las medidas autosatisfactivas", en *La Ley*, Boletín del 16 de febrero de 1998, pág. 2.

<sup>30</sup> ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., 1995, Editorial Astrea, págs. 137 y ss.

En verdad tantas son las herramientas procesales de fecha reciente, que bien se puede hablar de un derecho procesal civil "diferente". La dialéctica hegeliana sostiene que la acumulación cuantitativa provoca un salto de cualidad (v. gr. el agua cuando hierve demasiado se transforma en vapor y si se enfría en demasía, se vuelve nieve). Tan grande y variopinta es la acumulación cuantitativa de nuevos conceptos e institutos que se ha registrado en la materia, que nos parece legítimo hablar de que se ha concretado un "salto cualitativo" que ha dado nacimiento, insistimos, a un Derecho procesal civil "diferente", al que llamamos "de las posibilidades ilimitadas". Con el uso de dicha expresión, intentamos significar que el grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respetan estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un "a priori" constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales –frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido– a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico. Ya ni siquiera se ensaya, por ejemplo, bucear, como se hacía anteriormente, en la naturaleza jurídica de lo descubierto.

Pese a que tal estado de cosas, tiene sus "más y también sus "menos"<sup>31</sup> debemos poner de resalto que nos parece positivo que quien columbre alguna nueva estructura procesal en la maraña de textos legales o resoluciones judiciales, pueda proponerla a la comunidad jurídica sin sentirse constreñido por la duda acerca de si lo propuesto se ajusta "el sistema". Hasta no hace demasiado tiempo, los procesalistas no tenían posibilidades creativas<sup>32</sup> "ilimitadas" sino, por el contrario, acotadas por el previo embanderamiento en tal o cual sistema procesal. Hoy, en vez, no se está tan pendiente –y dependiente– de lo que se dijo "antes", importando más lo que se necesita "ahora". Con el debido respeto a otras opiniones, aplaudimos el cambio. Ojalá sea para bien.

<sup>31</sup> En el saldo, "en rojo" debe consignarse que el mencionado estado de cosas hace que se visualicen, repetidamente, quiebres abruptos de líneas jurisprudenciales, con el consiguiente opacamiento del valor procesal "Seguridad" (conf. PEYRANO, Jorge W. "La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil", en *Jurisprudencia Santafesina*, N° 25, págs. 35 y ss).

<sup>32</sup> Usamos la locución "creativo" para definir –con el educador inglés Howard Gardner– a quien con sus obras logra que en el futuro la gente haga las cosas de otra manera.

