

EL DERECHO PROCESAL Y EL IMPACTO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL NACIONAL, DESDE LA VISIÓN DEL MAESTRO ROLAND ARAZI”

ELENA DI NUBILA

Abogada-Especialista en Derecho Procesal- Doctorando de la Carrera de Doctorado de Derecho (UNNE)- Profesora Titular de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Carrera Abogacía-Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas. UCP.

Alumnos Comisión Única de Derecho Procesal Civil y Comercial II, Sede Central, UCP, Yanina Rizzo, Dulce Suarez Dansey, Carina Meza, Cristal Romano

E-mail: dinubila_cen@ucp.edu.ar

PALABRAS CLAVES

- Proceso
- Reforma
- Civil
- Comercial

I. INTRODUCCIÓN

La presente producción de Cátedra tiene como finalidad reflejar el impacto que produjera en los alumnos cursantes de la Asignatura Derecho Procesal Civil y Comercial II, durante el Segundo Cua-



trimestre del Año 2015, la Conferencia del Dr. Roland Arazi, prestigioso procesalista, autor de numerosa doctrina sobre la materia, sobre el tema "Normas Procesales en el Código Civil y Comercial", que se llevara a cabo el día 30 de Noviembre de ese año, en el Salón Amarillo de la Casa de Gobierno de la Provincia de Corrientes, organizada por el Centro de Estudios Procesales "Dr. Jose Virgilio Acosta", en el marco de las Jornadas de Actualización del Código Civil y Comercial.

La participación en dicho evento académico se gestionó como una Visita fuera de la Institución, por ante las autoridades de la UCP que autorizaron su realización, y su proyección en la labor docente y en el aprendizaje de los alumnos cursantes del conocimiento disciplinar, ameritó la puesta en marcha de este trabajo, a los fines de reflejar el impacto correspondiente. Por ello es que en consonancia con la estrategia pedagógica diseñada, a través de la actividad de gestión implementada, se diseñaron los siguientes objetivos o logros:

OBJETIVO GENERAL: Analizar en profundidad los aciertos y desaciertos del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir de la disertación magistral del Dr. Roland Arazi, en relación a los institutos del Derecho Procesal creados pretorianamente y receptados en la normativa de fondo, que fueran objeto de aprendizaje en el cursado de la disciplina a lo largo del Cuatrimestre.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Que los alumnos identifiquen los institutos del Derecho Procesal aprendidos en los contenidos programáticos, que fueran transmitidos en el dictado de la asignatura en el transcurso del Cuatrimestre y que fueran receptados en el Nuevo Código Civil y Comercial.
- b) Que los alumnos puedan establecer la diferencia de regulación de los institutos del derecho procesal asimilados, a partir de la visión del derecho material o de fondo, en relación a los casos concretos regulados y a la articulación que pueda hacerse con los conocimientos aprendidos en los Talleres de Actualización de la Reforma Civil a la que asistían.
- c) Que los alumnos accedan al conocimiento de la opinión crítica

del Profesor Roland Arazi y puedan generar una postura propia.

El Profesor Roland Arazi es autor de copiosa bibliografía utilizada como básica y específica por la Cátedra, citada en correspondencia en la programación utilizada, y disponible en la Biblioteca de UCP, siendo actualmente uno de los más prestigiosos doctrinarios que posee el Derecho Procesal, por esa razón fue elegida su disertación como punto de partida para la presente producción de Cátedra.

II. MATERIALES Y MÉTODOS EMPLEADOS:

El abordaje de los datos se hizo utilizando dos corpus de análisis, el primero consistente en el corpus normativo, formado por el Código Civil y Comercial de la Nación y Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y de las Provincias de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones. El segundo corpus estuvo integrado por la doctrina y jurisprudencia relativa al tema abordado. El tratamiento de los datos se hizo a través del empleo del método de observación específica y el dogmático, a través de la interpretación de los textos legales que hiciera el Conferencista Profesor Arazi y el análisis del discurso jurídico que empleará, de la manera que se especificará a continuación.

Luego de la Conferencia Magistral del Dr. Arazi, con las anotaciones realizadas por los alumnos y grabaciones realizadas, se procesó dicho material desgrabándolo y con posterioridad en las clases correspondientes a los días 02 y 04 de noviembre, se procedió a revisar nuevamente los institutos procesales receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación, que fueran objeto de estudio en las unidades programáticas ya estudiadas y a las cuales se hace referencia seguidamente (uno, tres y ocho), a partir de la transcripción textual del articulado respectivo en el pizarrón y la lectura oral de los Códigos respectivos, con una puesta en común que permitió la evaluación de lo aprendido, generar posturas críticas personales y reflexiones jurídicas en relación a los aciertos remarcados por el Conferencista y la articulación con los conocimientos aprendidos

en los Talleres de Actualización de la Reforma Civil que realizaban. En relación al fallo "Carrizo", que fuera objeto de análisis por el disertante para destacar el acierto de la inclusión de la "tutela preventiva", si bien se volvió a realizar un comentario y examen no se pudo conseguir una impresión del mismo atento al escaso tiempo disponible, y a que resulto dificultoso su acceso, pues es de la Corte Suprema Justicia de la Nación y de antigua data, por lo que carecíamos de referencias (a pesar de haber consultado al conferencista en tal sentido) para su búsqueda en Biblioteca de Poder Judicial, por ejemplo.

III- DESARROLLO- INSTITUTOS PROCESALES RECEPTADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Seguidamente se realizará un análisis de los institutos procesales receptados en el nuevo Código Civil y Comercial, a partir de su inclusión en el articulado respectivo y sus proyecciones desde el Derecho Procesal, habiéndose seleccionado aquellos que han sido objeto de transmisión y posterior revisión en clase, luego de la Conferencia.

A) DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Esta doctrina fue objeto de enseñanza y aprendizaje al inicio del cursado de la asignatura, en el mes de Agosto, por estar incluida en la Unidad I, titulada: "Teoría General de la Prueba", como uno de los conceptos fundamentales en materia de prueba. Su análisis se realizará a partir de la transcripción textual de los artículos del Código Civil y Comercial, que la hacen objeto de recepción por la legislación de fondo, luego de haber sido por mucho años, solamente una creación doctrinaria del Dr. Jorge Peyrano, acogida favorablemente por la jurisprudencia local y nacional y receptada aisladamente por alguna legislación procesal, como por ejemplo el Código Procesal de la Provincia de Corrientes, en su artículo 377.

ARTICULO 710 Código Civil y Comercial: Principios relativos a la prueba. "Los procesos de familia se rigen por los principios de

libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar."

ARTICULO 1735 Código Civil y Comercial. Facultades Judiciales. "No obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa."

La inclusión de la doctrina en este articulado en materia de procesos de familia y daños, es un gran acierto a criterio del Dr. Arazi, pero respecto de las facultades judiciales acordadas al juez para aplicar las cargas probatorias dinámicas, desde su opinión crítica personal, considero que esas facultades tienen limitaciones confusas y generan dos dudas: a) La primera se relaciona con el interrogante ¿Qué sería lo "pertinente" avisarle a las partes o aplicar la carga dinámica? b) La segunda, se relaciona con el momento u oportunidad procesal de la carga probatoria. "Durante el proceso dice textualmente la norma, ¿en qué etapa concreta del proceso debería ejercitarse? A criterio del mismo el momento procesal oportuno podría ser el día de la celebración de la audiencia preliminar, acto procesal que provoca la apertura de la etapa de prueba, y en razón de la intermediación del juez con las partes y la plataforma fáctica del proceso, permitiría que el mismo en uso de facultades instructoras determine la aplicación de esta doctrina.

B) TUTELA PREVENTIVA

El mayor acierto de la nueva normativa es la recepción de la tutela preventiva a partir de las disposiciones del artículo 1710 y siguientes que autoriza al juez, aun de oficio a prevenir el daño, haciendo hincapié en su prevención, aun cuando no sea el obligado directo y esté en condiciones de hacerlo. Esta era una tendencia ya vigente con anterioridad en el Derecho Brasileiro, siendo el Profesor Marinoni, un digno expositor de ella.

Según las consideraciones vertidas por el Dr. Arazi, es fantástica la regulación que ha sido realizada en el artículo 1710 y sptes. del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cambia la óptica de la función jurisdiccional diametralmente. El juez no está para reparar el daño una vez que se ocasionó, sino que tiene la posibilidad de prevenirlo y existen aspectos de este articulado en los que valen la pena detenerse. Uno de ellos es que el juez puede otorgar una tutela para prevenir el daño antes de que ocurra, incluso de oficio y otra que extiende la posibilidad de ser sujeto pasivo de esta tutela preventiva, no sólo a quien tiene el deber de solucionar el tema que produce el peligro, sino el que tiene la posibilidad de prevenir ese peligro y eso es muy importante, porque sino después es él, responsable directo, pudiendo repetirse contra el mismo, pero mientras tanto lo que hay que proteger es el peligro.

El caso más paradigmático en esta problemática, es el caso "Carrizo" de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que es muy interesante porque se trata de un señor que cruza un paso nivel sin barrera, sin señal luminosa ni sonora, y cruza el tren. Luego se comprueba en el proceso, que este señor conducía con un alto grado de alcohol en sangre, que conocía que existía en ese lugar un paso a nivel sin barrera y había antes que él una fila de autos esperando que pase el tren, pero se coloca en doble fila e igual cruza ¿Cuál sería la solución en este caso, qué es lo que hizo la Cámara de Apelaciones y revocó la Corte Suprema de Justicia de la Prov. De Bs. As.? El tribunal de segunda instancia resolvió de manera simple, alegando la culpa concurrente, porque el conductor tenía exceso de alcohol en sangre y conducía a exceso de velocidad.

Pero el Dr. De Lazzari, que fue el Ministro que votó en primer término al analizar la causalidad, dice que fue tan temeraria la conducta, ya que ese lugar no tenía obligación de tener barrera, por tratarse de una calle secundaria, pero si debía tener una señal luminosa y sonora. Concluye entonces el Dr. De Lazzari, que es culpa exclusiva de la víctima, porque con una graduación en sangre de 2,5, a 100

km. por hora y pasando en doble fila, corría igual peligro de muerte y rechaza la demanda, pero impone al concesionario del ferrocarril la carga de colocar una señal luminosa, sonora, la denominada "Cruz de San Andrés", a una distancia que pueda ser visualizada y la eliminación de unos arbustos que impedían la llegada del tren.

¿Cuál fue la actitud del concesionario? La de negar su responsabilidad, de conformidad con los términos del pliego de la concesión oportunamente realizada y desplazarla hacia el concedente. Entonces la discusión se centró en sobre quien recaía la responsabilidad de la ejecución de las medidas ordenadas por el tribunal interviniente.

El Código Civil y Comercial actualmente vigente elimina toda duda al respecto, al regular expresamente que quien está en condiciones de prevenir la producción del daño, debe hacerlo, y en este caso concreto el concesionario tendría que cumplir y luego reclamar al concedente. Podemos decir de la regulación actual que es "extraordinaria", pues la prevención del daño recae en quien está en mejores condiciones de prevenirlo aun cuando no sea el obligado directo a tomar esa medida de prevención, pero está en condiciones de hacerlo, por ser quien ejerce la actividad riesgosa.

C) DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La regulación del Código fue interesante revisarla con los alumnos, luego de la Conferencia, para comparar y establecer las diferencias con el aprendizaje realizado en ocasión del dictado de la Unidad Programática N° 3, titulada "Prueba de declaración de Partes", entre lo regulado por los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional y locales (Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones) y su actual enfoque legal.

Artículo 711. Código Civil y Comercial

Testigos: "Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración e personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declara-

ración por motivos fundados”.

En opinión del disertante, Profesor Arazi, la redacción actual del artículo no discrimina los grados de parentesco de las personas que pueden prestar declaración testimonial.

Tampoco responde al interrogante de si la edad requerida debe ser de trece o catorce años (13 o 14) y conflictúa expresamente con las actuales disposiciones del artículo 426 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación vigente, que establece: “Toda persona mayor de catorce (14) años podrá ser ofrecida como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas en la ley”... y las previsiones del artículo 427 de esa norma procesal que dice textualmente: “No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviera separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firma”.

Desde la visión del Dr. Arazi, debe estarse a favor del principio de amplitud de la prueba y los menores de 13 (trece) años, pueden declarar en los procesos de familia igual que los testigos excluidos.

D) TRANSACCIÓN

Se examinó este instituto que fuera aprendido al transmitirse la Unidad programática N° 8, titulada “Modos anormales de terminación del proceso”, a partir de su regulación actual en el Código de fondo y la opinión crítica del Profesor Arazi, en relación a su implementación práctica.

El artículo 1641 del Código Civil dice textualmente: “La transacción es un contrato por el cual las partes para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”.

En el Código anterior la transacción era una forma de extinción de las obligaciones y en el nuevo Código se la regula como un Contrato. Cabe aclarar que desde la regulación que tiene el instituto en el Derecho Procesal es uno de los modos anormales de terminación del proceso y se contempla como una de las excepciones previas de carácter perentorio, en las disposiciones del artículo 347 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 1642 al prever los efectos de cosa juzgada para el instituto y su carácter restrictivo, repite el artículo 850 del anterior Código vigente, que fuera duramente criticado por el Profesor Morello en 1963.

Asimismo ¿qué ocurre si se dejan obligaciones pendientes. A criterio del Dr. Arazi, por aplicación de la cosa juzgada positiva, se puede ejecutar lo que queda de la transacción, aplicándose por analogía lo del allanamiento. Existirían en consecuencia dos caminos: a) si tiene forma de un título ejecutivo se le reclama por la vía ejecutiva b) o se la puede reclamar por la vía contractual.

CONCLUSIONES

Se puede concluir, a modo de balance final, luego de la enunciación sucinta y meramente descriptiva de los institutos procesales receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación, que es jurisprudencia reiterada tanto de la CSJN como de los STJ locales, (arts. 75 inciso 12, 121 y sges. CN), respecto de las facultades reservadas de las provincias que dictan sus propias normas procesales, el Congreso Nacional está habilitado para normas de esta naturaleza, cuando ellas tengan por finalidad asegurar la vigencia de la ley sustancial, de manera excepcional y para asegurar el requisito citado.

El Código Civil y Comercial, actualmente vigente, se ocupa quizá en exceso de temas procesales, siendo justo reconocer que en la mayoría de los casos (no en todos) con acierto. Pero se advierte que, algunas de esas normas en su aplicación a nivel provincial conflictuarán con la legislación procesal vigente y podrán ser dejadas de lado a pesar de estar formalmente incluidas en la legislación de fondo, circunstancia que amerita la necesidad urgente de una adecuación y reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, referente fundamental a seguir por las provincias, necesidad ésta ya remarcada por el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en el mes de Setiembre de este año, en Jujuy.

Asimismo luego de la compulsión de la breve reseña concretada,

CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

creemos que luego de la disertación del Dr. Arazi, tanto docente como alumnos, hemos podido tener una visión más completa del accionar preventivo de los jueces, a partir de la nueva regulación del Código vigente, que no es únicamente signo de mayor cultura jurídica, sino también una expresión de que en la hora actual, la justicia da a cada uno lo suyo pero asimismo también puede impedir que se pierda lo propio.

Vale recordar el pensamiento en este sentido del Maestro Morello: "Los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad", consideramos en consecuencia que hemos visualizado mejor los vastos territorios de la jurisdicción preventiva, justificando el fortalecimiento del rol de los jueces y los actuales desafíos de la administración de justicia, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, habiéndose cumplido en grado óptimo los objetivos general y específicos planteados originariamente, por el impacto que tuviera en los alumnos y docentes la estrategia de enseñanza- aprendizaje implementada.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA Y ESPECÍFICA EXISTENTE EN BIBLIOTECA DE UCP UTILIZADA:

- Arazi, Roland, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Segunda Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2004, Tomos I y II. (Bibliografía básica).

- Arazi, Roland, "La Prueba en el Proceso Civil", Tercera Edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2008.

- Arazi, Roland y Jorge Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Primera Edición, Rubinzal Culzoni, Editores, Sta. Fe 2003.

- Rivera Cesar y Medina Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación", Comentado y Anotado, Editorial La Ley, Bs. As., 2014, Tomos II y III.