

**XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
10, 11 Y 12 DE SEPTIEMBRE DEL 2015
SAN SALVADOR DE JUJUY**

COMISION 4:

JURISDICCION DE PROTECCION

SUB-COMISION 3:

LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: AMPARO Y OTRAS VÍAS

PONENCIA:

“NUEVAS VÍAS DE ACCESO A LA JURISDICCION EN MISIONES LUEGO
DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACION A LOS
PRECEPTOS DE LOS ARTS. 1764, 1765 y 1766 DEL CCC”

Autor: María Jimena Rojas

Dirección Postal: Calle 1 – Casa 2 – Barrio Judiciales – CH.125 – Ciudad de
Posadas – Provincia de Misiones – CP. 3300

Teléfono: 0376 - 154576654

Correo Electrónico: mariajimenarojas@hotmail.com

SÍNTESIS: La presente ponencia tiene como eje de análisis el impacto del nuevo código civil y comercial en el ámbito del derecho procesal contencioso administrativo y civil y comercial ante la inclusión de los art. 1764, 1765 y 1766 del CCC, dando lugar a reevaluar el acceso a la jurisdicción en la provincia de Misiones una de las aristas integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental y garantía del ejercicio de los demás derechos, exigiendo un protagonismo del Poder Judicial.

**POSTULADO PARA EL CONCURSO “Premio Asociación Argentina de
Derecho Procesal y El Dial”**

“NUEVAS VÍAS DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN MISIONES LUEGO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACIÓN A LOS PRECEPTOS DE LOS ARTS. 1764, 1765 y 1766 DEL CCC”

1. Planteo de la situación.

Los tratados internacionales de derechos humanos han iniciado un camino hacia el reconocimiento positivo de dichos derechos. Efectivizar el cumplimiento de los mismo conlleva a un compromiso que significa tanto la relectura de los ordenamientos jurídicos, su análisis y en su caso la reformulación de los mismo, como también implica el análisis de la organización de las estructuras estatales a fin de garantizar la operatividad de los mismo.

Transcendental importancia ha tenido la reforma constitucional de 1994, al incorporar al texto de la Carta Magna con jerarquía constitucional los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22¹.

Por otro lado, en el marco de la organización federal de Estado argentino², art. 1 y 5 de la Constitución Nacional, cada uno de sus estados provinciales

¹ art. 72 inc. 22 CN: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño”

² “Argentina, conforme establece su Constitución (art. 1º), ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana federal. Ello implica la existencia en materia administrativa, de las administraciones nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en materia judicial, de la justicia nacional, que comprende tanto la justicia federal como la justicia nacional ordinaria, que tiene a su cargo el juzgamiento dentro de la Capital Federal de las cuestiones que versen sobre los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y Ley Nº 24.588) (1); de las justicias provinciales, y de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con una competencia reducida. En consecuencia, Argentina posee un doble orden jurisdiccional: el orden nacional, y el orden provincial o local (en esta última, a los fines de esta explicación, ubicamos a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Hutchinson, Tomas, *El sistema argentino de control judicial de la Administración* - Revista: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 7, no. 40 - Institución de origen: Facultad de

tiene autonomía en la regulación de sus administraciones internas, comportando una multiplicidad de sistemas. Por ello la determinación del alcance de los parámetros del SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) dentro de este sistema federal, y la tarea de compatibilizar los regímenes internos significa un punto importante en aras al cumplimiento por parte del estado argentino con dichos compromisos internacionales.

El principio a la tutela judicial efectiva, a raíz de su inclusión como parte de la constitución nacional, claramente tendrían influencia sobre la legislación de las provincias en cuanto a su derecho público local y la materia procedimental.

Por su parte el reciente Art. 1764 del nuevo CCC, establece respecto de la responsabilidad del Estado, la inaplicabilidad de las normas de dicho código en relación a la RE, y se enrola en la doctrina de que dicha materia es propia del derecho publico, ya sea nacional o local.

“Así, el CCC en cuando a la RE, como persona jurídica de derecho público, con actividad dentro del campo del derecho privado, ha dicho: “La RE se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (art. 1765). La vieja puja entre los iusprivatistas (Kemelmajer de Carlucci, Parella, Mosset Iturraspe, Ibarlucía, parcialmente Merterikian) se ve superada ahora por los partidarios del Derecho Publico que consideran que es una facultad no delegada por las provincias al Gobierno nacional (Sarmiento García, Rieriz, Altamira Gigena, Perrino, Cassagne) entre otros.”³

³ Correa, Jose Luis, “Modificaciones por la Ley de responsabilidad del Estado”, en Revista de derecho de Daños – 2014-3 – Responsabilidad del Estado I, Dirigido pro Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ra Edición – Santa Fe - Rubinzal Culzoni Editores, 2015. pag. 90/91.

La posición iuspublicista de la responsabilidad estatal, "...postula que no es correcto someter al Estado al régimen jurídico de la responsabilidad de los sujetos privados, normado por la legislación civil, pues la responsabilidad de los sujetos estatales "constituye una típica institución perteneciente al derecho publico, regida por principios propios, que son de naturaleza y fines, totalmente opuestos o en parte diferentes a los que imperan en el derecho privado..."⁴

De esta manera los efectos que producirán las prescripciones de los arts. 1764, 1765 y 1766 del CCC en el sistema procesal de la Provincia de Misiones relacionadas con los efectos de aquella, deberán ser atendidas, ya que tal como se expondrá tienen implicancia en la competencia tanto del fuero civil y comercial, como del contencioso administrativo, y por otro parte en las normas que reglamentan los procedimientos de dichos fueros y del amparo.

Todo ello, obviamente, debe desarrollarse bajo el prisma de la tutela judicial efectiva.

2. Las normas locales implicadas.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, es el tribunal de competencia originaria en lo contencioso administrativa -en virtud del art. 145 inc. 3 de la Constitución Provincial⁵-.

⁴ Correa, Jose Luis, "Modificaciones por la Ley de responsabilidad del Estado", en Revista de derecho de Daños – 2014-3 – Responsabilidad del Estado I, Dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ra Edición – Santa Fe - Rubinzal Culzoni Editores, 2015. pag 92/93

⁵ Constitución Provincial - Art. 145 inc. 3 al decir "...El Superior Tribunal de Justicia tiene en materia judicial las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que le confiere a la ley conforme a su función y jerarquía... 3. Conoce y resuelve originariamente en lo contencioso-administrativo de acuerdo a lo que establezca la ley de la materia, pudiendo mandar cumplir directamente su sentencia por las oficinas, funcionarios o empleados respectivos. Si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los sesenta días de notificada, incurre en responsabilidad por su incumplimiento..."

La materia propiamente dicha esta definida por la Ley I – Nº 95, y de manera genérica aquellas que por su naturaleza se resuelvan bajo los principios y normas del derecho administrativo.

En principio, la escisión de la RE del código de fondo que regula lo civil y comercial, aparentemente conllevaría a que la misma se excluya del fuero civil y comercial incluyéndola en el contencioso administrativo.

El Código de Procedimientos Contencioso Administrativo (Ley I – Nº95) establece con respecto a la competencia que:

ARTÍCULO 1.- Competencia originaria y exclusiva. Compete al Superior Tribunal de Justicia conocer y juzgar las causas contencioso-administrativas, de conformidad con las normas del presente Código.

ARTÍCULO 2.- Instancia única. Recursos. Las causas contencioso-administrativas se sustanciarán en instancia única y contra los fallos solo podrán interponerse los recursos que se determinan en este Código.

ARTÍCULO 3.- Improrrogabilidad de la competencia. La competencia contenciosa administrativa es improrrogable pudiendo comisionarse a otros tribunales la realización de diligencias o medidas ordenadas en las causas sometidas a conocimiento del Superior Tribunal de Justicia.

De la simple lectura, se desprende que la competencia contenciosa administrativa entonces, aun en los casos de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad del estado, tendrá las características de ser: 1) originaria y exclusiva; 2) de instancia única; 3) improrrogable.

Por otra parte, el artículo genérico referido a la materia contenciosa administrativa -art. 5⁶- no contempla cabalmente el supuesto de la

⁶ ARTÍCULO 5.- Materia contenciosa-administrativa. Principio general. Son acciones contencioso-administrativas las que se interpongan por violación de un derecho subjetivo o interés legítimo

responsabilidad del estado, aunque pueden ser utilidad, mas no comprendería el la responsabilidad de los funcionarios.

Teniendo especial consideración en este punto el art. 7⁷ que establece cual será la materia excluida de la competencia contencioso administrativa.

Por su lado, el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones, se establece que “ARTÍCULO 5.- Reglas Generales. La competencia se determina por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado...”

Luego y en referencia al proceso de amparo, tenemos que la competencia está también establecida por la Constitución de la Provincia de Misiones – art. 16 y 17⁸, y la ley que reglamenta su ejercicio, establece como limites a su procedencia aquellas cuestiones que sean materia contencioso administrativa - LEY XII - Nº 2, Art. 2 inc. g) y h)⁹ -.

establecido por Ley, Decreto, Reglamento, Resolución, Contrato, Acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo.

⁷ ARTÍCULO 7.- Materia excluida. No se comprende en la materia contenciosa administrativa:

- a) los juicios de expropiación;
- b) los juicios ejecutivos, de apremio, desalojos derivados de contratos de locación o de la aplicación de leyes de tierras fiscales o disposiciones relativas a inmuebles construidos mediante planes oficiales, interdictos, acciones posesorias y reales;
- c) las acciones fundadas jurídicamente en normas de derecho privado y que deban resolverse aplicándose exclusivamente en normas dicho derecho;
- d) la reparación de daños ocasionados por agentes, cosas o hechos del Estado cuando no se generen por incumplimiento o en relación a una vinculación especial de derecho público contractual o reglamentaria, establecida entre el Estado y el reclamante, y aquellos producidos al Estado por los particulares en los mismos casos.

⁸ Art. 16. - Frente a cualquier decisión o acto arbitrario de la autoridad en relación tanto a la persona como a los derechos de los habitantes de la Provincia, y ya se trate de una lesión jurídica consumada como de una amenaza inminente, proceden los recursos de habeas-corpus o de amparo a los fines de que cese el efecto de lo ya consumado o no se lleve a cabo lo amenazado.

Art. 17. - los recursos a que se refiere el artículo anterior podrán ser interpuestos por el interesado o cualquier persona, sin necesidad de observar formar procesales, ante cualquier juez letrado de primera instancia, sin distinción de fueros o circunscripciones.

⁹ ARTÍCULO 2.- La acción de amparo no será procedente cuando:

g) se tratare de materia contenciosa - administrativa comprendida en los Artículos 5 y 6 de la Ley I – Nº 95 (Antes Ley 3064); h) se tratare de materia de competencia originaria del Superior Tribunal de Justicia, conforme lo prescribe el Artículo 145 Inciso 1 de la Constitución de la Provincia.

3.- A modo de conclusión: El desafío es de los jueces.

Entiendo que estas normas provinciales deberán conjugarse entre ellas a los fines de garantizar el acceso a la justicia de los justiciables que persigan responsabilizar al estado contractual o extracontractualmente en el ámbito de la Provincia de Misiones y probablemente lleve a distintas interpretaciones por parte de los tribunales locales.

Lo cierto es que al poder judicial será el protagonista en esta nueva etapa, y tendrá en sus manos gran parte de la construcción de nuevas respuestas a estos nuevos desafíos, aunque siempre deberá, como se dijo antes, tener como mira la tutela judicial efectiva, como paradigma para su accionar, exigiendo una interpretación y actividad comprometida y actual de la Constitución de la Nacional y las normas Convencionales

Exigiendo esta etapa una interpretación de la constitución dinámica, la cual es pregonada por nuestra corte Suprema de Justicia de la Nación, como una constitución activa, *“la interpretación autentica de esta “debe ver en ella una creación viva, que en su elasticidad siga siendo un instrumento de gobierno, “Ferrer, 178:9), apta para regir situaciones distintas a las de la época de su sanción (“Kot SRL, Fallos 241:291). La interpretación dinámica resulta, pues, imperiosa (“Orquin”, Fallos 264:416; ver también Peralta, fallos 313:1513 donde la Corte Suprema, en su considerando 41, “despega” la interpretación de la constitución de la voluntad del constituyente).¹⁰”*

Por otro lado tal como se menciona anteriormente, la Corte Suprema ha establecido un amplio control de constitucionalidad y conveccionalidad de las

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro, Manual de Derecho Constitucional, 2da Edición actualizada y ampliada. 1r reimpresión – Editorial Astrea – Buenos Aires – Bogota 2014, pag. 31.

leyes en el caso “Rodríguez Pereyra”, poniéndose entonces dentro de una postura, a mi modo de ver activista, y llevando así a que aunque se intente limitar la actividad del juez, la cuestión federal será suficiente a los fines de la habilitación del control de la Corte Suprema de los fallos dictados por los tribunales provinciales, implicando ello una suerte de carta de interpretación de los tratados internacionales por encima de las cuestiones que eran exclusivamente de derecho publico local.

En definitiva, sumado a lo anterior, habrá que dar cabida dentro de ese ámbito descripto, a las nuevas formas de participación colectiva, que llevaran a un rol del juez excepcionalmente activo. *“Intervienen, debaten diseñan escenarios alternativos de resolución de conflictos, resuelven, contribuyen, compensan, premian, castigan, incentivan, subsidian. Construyen soluciones normativas que imponen como nuevas normas y criterios de resolución de conflictos futuros. Son estos nuevos escenarios de actuación los que han cambiado, operando y posibilitando al ejercicio de nuevas y mas importantes funciones en la sociedad.*

Baste una enumeración sucinta de las nuevas funciones del control judicial: nuevas instancias de acceso al derecho y al servicio de justicia, quiebra de las jurisdicciones nacionales, generación de nuevas formas de composición de intereses y de resolución arbitral de conflictos; importancia creciente de la doctrina judicial en función de la consolidación de los principios del common law, a impulsos de proceso de hidratación y “prestamos” culturales.¹¹

Dentro de este esquema entonces, las facultades de las provincias de dictar sus normas de derecho publico local y materia procesal, y la actividad de los

¹¹ Zuleta Puceiro, Enrique, ¿Quién custodia a los custodios?

jueces, se encontrarían pautadas por este Sistema Interamericano de derechos Humanos ello así en atención a que este derecho interno provincial debe ajustarse a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.¹²

La adecuación a ellas, a estas pautas, de las decisiones judiciales, harán que esta reforma tenga forma de tutela a los derechos fundamentales cuando se refieran a la RE, y se encuentren las vías pertinentes para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

-----FIN -----

Maria Jimena Rojas

¹² “En consecuencia, la crítica al sistema y sus desajustes, que se contraponen con la normativa constitucional, será enteramente aplicable a cada uno de los cuerpos normativos locales, en la medida en que participen de este pues de lo que se trata es de desentrañar el alcance interpretativo del derecho a la defensa en juicio, estudiado en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, y los derechos concordantes tales como el derecho a la igualdad ante la ley, la prohibición al Ejecutivo de arrogarse funciones judiciales y las funciones asignadas al poder judicial, todo con especial referencia a la supremacía constitucional, prevista en el art. 31 de la mismas.” Aberastury, Pedro. La justicia Administrativa – 1ra ed. Buenos Aires – Lexis Nexis Argentina, 2006, pag. 126