

Los Derechos Humanos y los derechos del consumidor.

Entre el realismo mágico y el populismo jurídico.

Sumario de contenido: a) Las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor. b) Los derechos humanos (DDHH) y los derechos del consumidor: ¿similitud o identidad? c) La constitucionalización del Derecho Civil. d) Terminaciones.

a) Las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor.

i) Presentación preliminar. El art. 3 de la LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. Esta norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario.¹ El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 del CCyC².

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En lo esencial, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC³ que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

Entre los autores nacionales, Ricardo Lorenzetti fue uno de los primeros y más tenaces defensores de la regla contenida en el art. 3 de la LDC. Tiempo atrás, este jurista señalaba: *“Esta regla es correcta, porque la fuente constitucional confiere al Derechos de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales. Por ello no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior, o especial, como se ha notado en numerosos casos”*.⁴

ii) La Corte Suprema y su marcada posición contraria a los consumidores.

Pese a los elogios que nos mereció siempre ese pensamiento vanguardista que Lorenzetti tenía en sus días de estudioso, no podemos soslayar que este mismo autor, mientras se

¹Art. 3 LDC. *Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N.º 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.*

²Art. 1094 CCyC. *Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.*

³Art. 1061. *Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.*

⁴ Ricardo L. Lorenzetti. *Consumidores...*, pg. 49.

desempeñó como Ministro Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en el **Caso Flores v. Giménez** que, “...5) *Que también ha decidido esta Corte que no obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro (CSJ 1319/2008 (44-M) /CS1 "Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009 y "Buffoni" (Fallos:337:329)...*”⁵

Este antecedente del mes de junio de 2017, desgraciadamente, no es aislado, sino que viene a consolidar una doctrina que la CSJ había comenzado a diseñar en el **Caso Buffoni v. Castro** del año 2014. En los considerandos 9º y 12º de **Buffoni** la Corte, ya presidida por el Ministro Lorenzetti, estableció (hay que decirlo sin atenuantes) que el principio de interpretación favorable al consumidor y el principio de reparación integral de los daños sufridos por las víctimas ceden cuando el proveedor es una compañía aseguradora.⁶

Y, recientemente, todo ha empeorado porque la Corte ha cerrado el círculo de su doctrina, profundamente regresiva, llegando a la conclusión de que el contrato de seguro no es un contrato de consumo o, lo que es lo mismo, que a ese contrato se le aplican las reglas propias del contrato paritario que, como todos saben, son antagónicas con las reglas que rigen las relaciones de consumo.

Así, el Máximo Tribunal de la República, en el caso **Díaz, Graciela v. Evangelista, Jorge** (12-06-2018) sostuvo sin tapujos que

“Considerando 11)... Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea

⁵ Flores, Lorena Romina el Giménez, Mareelino Osvaldo s/ daños y perjuicios, CSJ, 6-06-2017, 678/2013 (49-F) /CSI.

⁶ Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 9: Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).

Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 12: Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther cl Vallejos, Hugo Manuel y otros si daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de2009

invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252)”⁷ (Del Voto del Ministro Rosenkratz).

En pocas palabras, para la CSJ el contrato de seguros es un acuerdo de voluntades paritario (art. 957 del CCyC) y que, por lo tanto, se rige por la absoluta libertad contractual, el efecto relativo de los contratos (art. 959 CCyC) y permanece libre de toda intervención judicial (art. 960 CCyC).

Así, de esta forma contundente, atrasamos 150 años de un plumazo que partió de la pluma del Ministro Rosenkratz. El resultado final de esta doctrina, por más que para nosotros era previsible y lo fuimos anticipando desde la aparición de la sentencia en el caso Buffoni, es igualmente bochornoso.⁸

Empero, más grave aún que este pensamiento (esperamos que provisorio) de la CSJ es el que surge de comprobar que, en muchos aspectos, el propio Código Civil y Comercial tiene una inocultable tendencia a categorizar al contrato de seguros como uno paritario y fuera del alcance de las normas protectorias propias del derecho del consumidor.

Esa predisposición se vio en forma patente cuando la Comisión Redactora del Código que, dicho sea de paso, dos de sus tres miembros son Ministros de la actual Corte Suprema de la Nación⁹, se refirió al tercero expuesto a una relación de consumo, dejando bien en claro que la figura del tercero expuesto no alcanzaba a las víctimas de accidentes de tránsito que pretendieran reclamar en forma directa contra la aseguradora del agente dañador.¹⁰

Sin embargo, y más allá de estos penosos vaivenes de la Corte Suprema y de nuestro todavía inmaduro sistema republicano, vamos a concentrarnos en el art. 3 de la LDC y en el art. 1094 de CCyC en tanto postulan una innovadora regla que resulta ser rupturista

⁷ Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 12/06/2018, La Ley, 27/06/2018, La Ley, 2018-C, 473, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

⁸ Ver: Shina, Fernando, *El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico*, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77; y Shina, Fernando, *Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial*, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, DC2431.

⁹ Pocas cosas nos resultan más atrasadas y contrarias al régimen republicano que la identidad entre las personas que redactan las leyes y las que, finalmente, deben interpretarlas para declararlas fieles o infieles a la Constitución Nacional. Nuestro subdesarrollo, lamentablemente, es sistémico y abarca todos los estamentos de la sociedad. Nos llevará décadas revertir esta penosa situación de debilidad institucional.

¹⁰ *En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable. (Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 318).*

de la teoría general en materia de interpretación de los actos jurídicos.

b) Los derechos humanos (DDHH) y los derechos del consumidor: ¿similitud o identidad?

i) Presentación. Al analizar el art. 1º de la LDC, habíamos señalado que los derechos del consumidor integraban no solamente la privilegiada familia de los derechos constitucionales, sino que también debían ser considerados como integrantes de los Derechos Humanos fundamentales. Hay, como acertadamente dice José Sahián, *“una semejanza conceptual y una simbiosis retórica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos...”*¹¹.

Con este autor coincidimos al pensar los derechos del consumidor como entrelazados con los derechos humanos porque ambos comparten la trama común del hombre; empero, al igual que Sahián, pensamos que los DDHH y los derechos del consumidor no tienen la misma sustancia teórica ni el mismo peso histórico, mucho menos en la historia de nuestro país.¹²

Lamentablemente, parte de la doctrina los identifica y confunde la similitud que hay entre los derechos humanos y los derechos del consumidor con una identidad que no les corresponde. Esa equivalencia, quizás forzada para vindicar un argumento, termina banalizando a los derechos humanos.

Para nosotros, los derechos humanos tienen más cercanía con la pobreza extrema que, hoy mismo, afecta a casi mil millones de personas en todo el mundo (datos de Naciones Unidas)¹³ que con una cláusula abusiva insertada en un contrato de adhesión o con los defectos de un teléfono celular.

Dicho esto, ahora sí veamos la importancia que en los hechos tiene esta vinculación simbiótica que existe entre los derechos del consumidor y los derechos humanos.

En primer lugar, habrá que considerar que el art. 75, inc. 22º de la CN incluye en su cuerpo a los tratados internacionales sobre derechos humanos; más aún: les confiere jerarquía constitucional, estableciendo que ellos son derechos y garantías complementarios

¹¹ Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

¹² *Anticipando nuestra postulación de un pensamiento favorable hacia una aproximación teórica y normativa de los derechos de los consumidores y los derechos humanos, no podemos dejar de advertir la dificultad que entraña la tipificación, como derechos humanos, de muchos de los valores que procuran tutelarse en el derecho de los consumidores. No podemos desconocer que una exagerada amplitud de los derechos humanos podría, en vez de fortalecerlos, debilitarlos. La admisión imprudente de nuevos derechos, con esa categoría, podría crear un clima perjudicial en términos de valor y vigencia de los derechos humanos existentes. Por lo tanto, la proclamación de nuevos derechos humanos, sólo puede justificarse cuando la necesidad sea suficientemente importante y cuando la probabilidad de aceptación por parte de la comunidad internacional sea intensa.* (Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

¹³ <https://www.un.org/development/desa/es/news/social/international-day-address-poverty.html>, fecha de captura, 18-07-2018.

de los expresamente designados en la CN.¹⁴

Roberto Gargarella sostiene que la Argentina se encuentra entre los países que abrazaron la *causa constitucional de los Derechos Humanos*, permitiendo que los tratados internacionales tengan, dentro de nuestro ordenamiento estatus legal o supralegal.¹⁵

En síntesis, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal.¹⁶ Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.

El acto de consumo, por supuesto, está ligado a la dignidad de la persona, pero dentro del contexto en el que se desarrolla una sociedad con aspiraciones burguesas. En esta afirmación, vale aclararlo, no hay la menor intención despectiva; solamente se intenta describir cómo se articulan los DDHH y los derechos del consumidor en una sociedad de consumo moderna.

El consumo masivo de bienes y servicios describe una puja entre protagonistas dominados por la opulencia, la codicia y el confort. Los tratados internacionales de Derechos Humanos no tienen nada que ver con esta tensión social que se da en las sociedades de consumo; los DDHH describen un déficit humanitario que es incomparable con la tragedia

¹⁴ Art. 75 CN: *Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, **tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.***

¹⁵ *En segundo lugar, las nuevas Constituciones abrazaron de modo muy decisivo un compromiso con los derechos humanos. La causa constitucional de los derechos humanos es de enorme importancia porque expresa la reconciliación de partes significativas de la intelectualidad latinoamericana con las "listas de derechos" que habían despreciado durante décadas -muchas veces, por razones ideológicas vinculadas con resabios del viejo marxismo. Fundamentalmente, luego de la crudelísima oleada de dictaduras que azolaron a la región en los años 70, comenzó a reconocerse en los ámbitos más diversos la necesidad de dar una protección amplia y efectiva a derechos humanos básicos... En la actualidad, otorgan estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos: Argentina art. 75 inc. 22; Bolivia art. 256; Brasil art.5; Colombia art.93; Costa Rica art.7; Ecuador art. 417; El Salvador art. 144; Guatemala art. 46; Honduras art.18; Paraguay art. 141; Perú art. 56; República Dominicana art.74; Venezuela art.23. (Dulitzky 1998; Rossi & Filippini 2010). Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.*

¹⁶ *Inmediatamente después de la recuperación de la democracia...el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso Nacional los proyectos de aprobación de la mayoría de los tratados internacionales ... El Congreso trató la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica) ...La ley resultante, la 23.054, fue promulgada ... (Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, Tº 5, p. 84*

pequeño-burguesa de las modernas sociedades de consumo.

ii) La Constitución convencionalizada. La inclusión en nuestro ordenamiento de estos tratados y convenciones internacionales llevaron a que autores como Néstor Sagües comiencen a pensar que nuestra CN es una *Constitución 'convencionalizada'*.

La noción de Constitución convencionalizada alude a un texto que es permanentemente reformulado y actualizado por las modificaciones que a su vez tienen los tratados y convenciones que están incluidos en nuestra propia constitución: *“Lo dicho conduce a encontrar un nuevo diseño de la Constitución, que pasa a ser, de la ‘Constitución Nacional’, a la ‘Constitución convencionalizada’... vale decir conformada, adaptada, complementada e integrada, es móvil, desde el momento en que su contenido material... fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH, que generalmente está ampliando los cupos de derechos de la CADH... Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial”*.¹⁷

Waldo Sobrino también se ocupa de este tema y llega a la interesante conclusión –que compartimos– que los tratados internacionales no solo *convencionalizan* la Constitución al quedar incluidos en ella, sino que por su jerarquía constitucional actúan modificando a las demás leyes ordinarias de nuestro ordenamiento. En otras palabras, Sobrino postula que los tratados y convenciones internacionales incluidos en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22º) tienen preeminencia sobre, por ejemplo, la ley de seguros, la ley de defensa del consumidor, el Código Civil y Comercial, y otras leyes, especiales o generales, del sistema legal. *“En primer lugar, es dable destacar el carácter suprallegal que tienen estos Convenios, con relación a las leyes; de manera tal que, en caso de contradicción entre la normativa interna y alguno de estos Tratados, es que estos tendrán prelación jerárquica normativa constitucional”*.¹⁸

Estamos de acuerdo, al menos parcialmente, con la idea que propone nuestro entrañable amigo y tratadista; pero, sin embargo, no vemos cómo esos tratados enumerados en la Constitución Nacional podrán modificar o derogar o, de cualquier modo, restringir los enunciados contenidos en la Ley de Seguros (nº 17.418) ni cómo esas mismas convenciones internacionales podrían amplificar los amparos contenidos en la ley de defensa del consumidor (nº 24.240). No existen vasos comunicantes que permitan, de modo natural y espontáneo, aplicar las convencionales internacionales sobre derechos humanos para resolver cuestiones relacionadas con un contrato de seguro automotor.

En sentido similar, aunque más moderado, Pablo Manili sostiene que, *La reforma constitucional de 1994 introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción*

¹⁷ Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, Tº 5, p. 44.

¹⁸ Sobrino, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial...Tº I*, p.23.

*constitucional del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos. Ello ha aparejado cambios en la jerarquía de las normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno*¹⁹

En la misma línea, María Gabriela Ábalos postula con buenos argumentos que, “... luego de la reforma constitucional de 1994, por encima de las leyes del Congreso se encuentran los tratados internacionales incluidos los de integración, y con jerarquía constitucional los de derechos humanos enumerados en el inc. 22 segunda parte del art. 75 y los que se han incorporado con posterioridad. Lo expuesto trae consigo un debate interesante en relación con la interpretación de la jerarquía de los tratados y su vinculación con la Constitución Nacional, en torno a la supremacía y el control de constitucionalidad que ha sido objeto de otro trabajo”²⁰

Veamos el siguiente razonamiento. Si admitimos que los derechos del consumidor tienen una vinculación genérica con los DDHH, que a su vez son amparados por tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 de la CN), resulta razonable pensar que las leyes cuyo objetivo sea la protección de los usuarios y la tutela efectiva de sus derechos tienen preeminencia sobre otras leyes. Dicho con otras palabras: debido al contenido, fuertemente constitucional, pensamos que cualquier puja normativa con la ley de defensa del consumidor (Ley 24.240) debe ser resuelta en favor de la LDC. Ello, desde luego, incluye a los conflictos normativos tan habituales entre la Ley 24.240 y la ley de seguros. Pero, según pensamos, la preeminencia de la Ley 24.240 no está dada por su parentesco con los derechos humanos, sino por su propia proximidad a la CN que, en art. 42 les concede privilegio constitucional a los derechos del consumidor. En otro trabajo analizamos esta cuestión más extensamente.²¹

Además, esta vinculación indirecta que sí reconocemos entre los DDHH y los derechos del consumidor no es suficiente para albergar optimismos excesivos porque, en los hechos, no se verifica un mejoramiento en la interpretación que los magistrados hacen cuando ambas leyes entran en conflicto.

¹⁹ Manili, Pablo L, *El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte a veinte años de la reforma constitucional*, en: SJA 20/08/2014, 20/08/2014, 110, Cita Online: AP/DOC/1104/2014.

²⁰ Ábalos, María Gabriela, *Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad*, en: RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 21, Cita Online: AR/DOC/2303/2016.

²¹ *Lo primero que hay que analizar cuando nos toca examinar una confrontación normativa es la cercanía que cada texto legal tiene con la Constitución Nacional. Un ejemplo actual y repetido se da cuando la ley de defensa del consumidor (nº 24.240) choca con la ley de seguros (nº 17.418). Esa puja, pensamos, debe ser resuelta en favor de la ley de los consumidores. En otro trabajo dijimos: Pero debe quedar en claro que, en caso de colisión verdadera, la preeminencia le corresponde a la ley 24.240. En primer lugar, porque es la solución expresamente prevista en el art. 3 de la LDC... En segundo lugar, conforme lo dispone el art. 42 de la Const. nacional, las relaciones de consumo tienen un privilegio constitucional del que no gozan otras actividades. Las leyes que regulan derechos constitucionales, en principio, prevalecen sobre aquellas que regulan derechos ordinarios. La cercanía de la ley de defensa de los consumidores con la Constitución Nacional es lo que determina su mayor jerarquía; y la condición de orden público prescripta en el art. 65 LDC, enfatiza ese rango privilegiado dentro del ordenamiento. Cuando dos normas concursan, y solo una de ellas es de orden público y tiene por objeto derechos constitucionales, no es dudoso determinar que triunfará en el enfrentamiento. (Shina, Fernando, *La ley de defensa del consumidor v. la ley de seguros. El insustancial diálogo de fuentes y los empates jerárquicos. La solución constitucional*, Buenos Aires, Diario DPI, nº 115, 2 de mayo de 2017).*

A decir verdad, la existencia de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos no resulta un verdadero obstáculo para que los usuarios y consumidores argentinos pierdan derechos a manos de reformas legislativas e interpretaciones, más bien sombrías, de la propia Corte Suprema de la Nación (Ver lo dicho antes sobre los casos **Buffoni, Flores** y, más recientemente, **Díaz**).

Es que, por más que esforcemos al máximo la imaginación, los tratados de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22 de la CN no contienen normas que incidan directamente sobre el derecho de los consumidores. En este punto, volvemos a coincidir con Sahián cuando señala que, *“En el marco del derecho de los derechos humanos, la protección de los consumidores, autónomamente considerados, no goza de un expreso esquema de garantía normativa o convencional definida, ni en el complejo de tratados que compone el sistema de defensa americano o internacional, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*²². Tampoco la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han expedido en fallos que directamente aludan a los derechos del consumidor.²³

En síntesis: no creemos que el art. 75, inc. 22 del CN implique un mejoramiento de los derechos del consumidor argentino, ni que de esa norma partan directivas hermenéuticas claras en favor de los derechos de los usuarios.

iii) El realismo mágico y el populismo jurídico. El problema de las relaciones de consumo, como ocurre con la mayoría de los problemas sociales, tiene raíces macroeconómicas que poco o nada tienen que ver con la Constitución Nacional. Evitemos los atajos metafóricos: Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azorada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.

Se equivocan, a nuestro modo de ver estas cuestiones, quienes suponen que los problemas del consumo se arreglan recitando principios constitucionales o agregando leyes que no pueden cambiar la realidad macroeconómica de nuestro empobrecido país.

En muchos casos el jurista, particularmente el latinoamericano, vive fascinado por una especie de *‘realismo mágico’* que lo lleva a pensar que los derechos sociales dependen de una norma jurídica que los declare antes que de un contexto político, social y económico que favorezca su desarrollo.

Roberto Gargarella resume esta idea con mayor lucidez cuando sostiene que,

²² Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

²³ Cabe insistir que no se registra jurisprudencia directa de la Corte IDH ni del TEDH direccionada a la protección explícita de los derechos de los consumidores así considerados. La apuntada ausencia de labor pretoriana, en pos de la tutela “consumerista” —en los máximos organismos americano y europeo de resguardo de los derechos humanos— es forzosa consecuencia de la aludida falta de convenciones expresas sobre derechos de los consumidores. (Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

*“Por un lado, la historia del constitucionalismo latinoamericano nos habla de una obcecación, por parte de los reformistas locales, por favorecer cambios sociales a través de la introducción de nuevos derechos. Más precisamente, los constituyentes han demostrado una notable obsesión por la incorporación de más derechos, que no ha ido de la mano de una similar obsesión por mejorar -o cambiar, de modo acorde- la organización del poder (volveré luego sobre el punto). Tal cuestión nos llama la atención sobre un problema más vasto, cual es que los constituyentes no han acompañado su pulsión recurrente por escribir más derechos en las Constituciones, con una correlativa preocupación por las condiciones de posibilidad (materiales, políticas, legales) de los mismos derechos que afirmaron en los textos”.*²⁴

Este populismo jurídico está a mitad de camino entre la buena fe de los principios, la ingenuidad del jurista, y el cinismo del político siempre dispuesto a falsear lo real. Hace décadas que estamos enredados en la candidez de un progresismo teórico alentado por impostores que se turnan.

Veamos. El art 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos postula, entre otros derechos universales el de toda persona, acceder *“a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...”*²⁵

Esta norma, estrictamente vinculada a los DDHH e incluida en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 75, inc. 22 de la CN, obviamente no es suficiente para solucionar el problema de vivienda que sufre nuestra población en cada rincón del país. Se estima que en Argentina: *“Más de dos millones de familias habitan viviendas deficitarias y otro 1.3 millones atraviesan situaciones de hacinamiento. Las condiciones deficitarias alcanzan así al 28% de los hogares. Al mismo tiempo, año tras año, el saldo entre la cantidad de nuevas familias y las nuevas viviendas construidas viene siendo negativo. Si bien en los últimos años PROCRE.AR generó cierta dinámica diferente a la de la década 2001/10, no es menos cierto que a partir de 2011 la producción privada se fue contrayendo año a año. Faltarían 3 millones de viviendas para satisfacer las necesidades habitacionales de la población”.*²⁶

Informes recientes de organismos internacionales (ONU) indican que en los últimos años (2016 y 2017), la pobreza en Latinoamérica tuvo un incremento y actualmente alrededor de 186 millones de personas viven por debajo de la línea de pobreza; esto significa

²⁴ Gargarella, Roberto, *Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano*, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

²⁵ Artículo 25. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

²⁶ Diario Infobae, 5 de junio de 2015, <https://www.infobae.com/2015/06/05/1733496-informe-deficit-habitacional-la-argentina/>, fecha de captura: 22-07-2018.

que el 30% de la población latinoamericana es pobre.²⁷

No estamos frente a dilema jurídico, sino frente a una inmoralidad política que involucra a todos los sectores de la sociedad.

iv) El principio pro homine. La causa constitucional de los Derechos humanos, utilizando la acertada y original expresión de Roberto Gargarella²⁸, pone en escena a otro principio general sustantivo que, a nuestro modo de ver, será el gran articulador de la renovada constitucionalización del derecho privado. Nos referimos, al principio *pro homine* que fija una clara regla hermenéutica en favor de los derechos humanos.

Como iremos viendo a medida que avancemos en los tópicos siguientes, los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla 'pro homine'. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.

Para Manili, *"El principio pro homine puede ser definido, entonces, como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones... La Corte IDH, en igual sentido, ha señalado que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...."*²⁹

La regla *pro homine* favorece los derechos de la persona (usuarios y consumidores) y repele las limitaciones que a esos derechos les pudieran oponer otras normas, especiales o generales, del ordenamiento jurídico. Esto, para nosotros, implica que la norma favorable al consumidor debe prevalecer sobre otras leyes que, por no tener el anclaje en los DDHH que sí tiene la LDC, tienen menor jerarquía. Y también prevalece el criterio de interpretación que siempre será favorable a la persona. Como bien dice Néstor Sagües: *"Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado y prácticamente aceptado hoy en día propone la primacía del 'mejor derecho' en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado en una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencias de interpretaciones"*.³⁰

Lo que el jurista sugiere, y nosotros compartimos de medio a medio, es que la regla *pro homine* pasa por encima de la discusión doctrinaria acerca de la inclusión, los

²⁷ Fuente, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/aumenta-la-pobreza-en-america-latina-revela-comision-economica-para-america-latina-y-caribe/>, fecha de captura: 22-07-2018

²⁸ Gargarella, Roberto, *Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano*, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

²⁹ Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, Tº 5, p. 92 y 93-

³⁰ Sagües, Néstor P., en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 5, p. 38.

alcances y los efectos que los tratados internacionales DDHH tienen en nuestro sistema legal. Es una regla autónoma que no requiere apoyos normativos exteriores porque ha sido incorporado en nuestro sistema legal (arts. 1 y 2 del CCyC) como otro de los principios generales del Derecho que, a partir de su inclusión en el Título Preliminar del Código difumina sus efectos hacia todo el ordenamiento jurídico; es decir, es una regla que se aplica indistintamente a las relaciones de familia, las obligaciones en general, los contratos de consumo, los contratos paritarios y para todos los actos y negocios jurídicos que se concreten, cualquiera sea su naturaleza.

Además de lo dicho, debe señalarse que el principio *pro homine* tiene una doble función jerárquica en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad en cuanto determina que en caso de eventuales colisiones normativas será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, la regla *pro homine* determina una jerarquía interpretativa. Así, en caso de dudas o inconsistencias o incertidumbres, siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

La jerarquía interpretativa implica que la ley favorable al consumidor o, en su caso, a la víctima de un siniestro debe de aplicarse aún cuando el conflicto normativo ocurra entre normas nacionales. Ello se da, por ejemplo, ante el eventual (pero bastante repetido) enfrentamiento de la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros (Ley 17.418). Por aplicación de la regla que estamos examinando, debe aplicarse el criterio más favorable a la víctima. Como bien dice Pablo Manili: *“Frente a este principio, toda pretensión de primacía se torna estéril. Por lo tanto, cualquier diferencia entre normas de la Constitución y normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deberá ser solucionada por aplicación del principio ‘pro homine’, según el cual, ante una pluralidad de normas que protegen derechos humanos, hay que aplicar aquella que sea más específica a ese fin, más favorable para la víctima y más beneficiosa para el sistema de derechos”*.³¹

Pues bien; no parece una tarea compleja para el juzgador determinar, qué norma es más favorable a la víctima y más cercana al sistema de los derechos humanos. Es lamentable el hecho que sea la CSJ (Ver casos Buffoni, Flores y Díaz) omita esta regla que, luego de la reforma del Código Civil y Comercial, se ha constituido como un principio general de nuestro Derecho.

Finalmente, es oportuno señalar que la regla *‘pro homine’* tiene, además de autonomía propia en nuestro ordenamiento normativo, jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 25.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o

³¹ Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 5, p. 95.

libertades.³²

v) La progresividad y la no regresividad de los derechos humanos. Como antes dijimos, no hay identidad entre los DDHH y los derechos del consumidor, pero sí mantienen una vinculación que permite que algunos de los principios que rigen para los DDHH sean aprovechados por los derechos consumeriles.

A nuestro ver, las reglas de *progresividad* y de *no regresividad* son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.

Pablo Manili, nos ofrece otra descripción muy acertada de estas reglas complementarias que determinan que una vez que un derecho humano fue decretado por un juez, o legislado por una normativa no puede retrocederse en su aplicación.³³ *“Es decir que una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aunque luego denuncie ese tratado...”*³⁴

Es importante señalar que por más que el Estado denuncie el tratado o modifique una ley que tenga por objeto la protección de derechos humanos, la regla de la progresividad de los derechos humanos y la que establece la prohibición de retroceder impiden que una nueva ley, o un nuevo criterio jurisprudencial, aplacen derechos humanos ya reconocidos. Como bien señala Manili, citando al filósofo Pedro Nikken *Desde un punto de vista filosófico*, Nikken ha sostenido: *‘La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.’*³⁵ Sin perjuicio de lo dicho, algunos autores sostienen que la prohibición es relativa y no absoluta, siendo admisible que en algunos casos se deje sin efecto el derecho anteriormente establecido.³⁶

³² Artículo 29. *Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella ;b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, yd) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

³³ *Este principio ha sido definido como la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana una vez que el Estado así lo ha hecho en un instrumento internacional.* (Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 5, p. 90).

³⁴ Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 5, p. 90.

³⁵ Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 5, p. 90.

³⁶ *A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales. Cualquier medida regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada rigurosamente. Pero aún bajo un estricto escrutinio, no todo retroceso es necesaria y objetivamente ilegítimo, ya que pueden mediar causales políticas o legislativas de justificación de la reforma, en principio, restrictiva.* (Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

La regla de progresividad implica que los derechos que gradualmente se fueron ganando no pueden retroceder sin que exista un motivo que justifique el retroceso: *“Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de “no regresividad” o “prohibición de retroceso”, en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de derechos humanos. Es una garantía de carácter sustantivo que tiende a proteger el contenido de los derechos y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.”*³⁷

Algunos autores nacionales prestigiosos, como es el caso de Osvaldo Gozaíni, entienden que la regla de progresividad ha instalado en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo sistema de interpretación del Derecho en el cual la primacía estará dada por el beneficio a la persona y la satisfacción de sus derechos; esto significa, a nuestro modo de ver, que la progresividad del derecho es una noción complementaria de la regla ‘pro homine’.³⁸

Veamos un ejemplo de progresividad y no regresividad. Para ello, analicemos, a la luz de estos principios, la sempiterna disputa sobre la prescripción en materia de seguros.

Siguiendo la pureza de las reglas que examinamos, si ya estaba aceptado legal y jurisprudencialmente que los Derechos del consumidor prescribían a los 3 años, por más que el art. 50 de la LDC haya sido modificado por la Ley 26.994, ello no implica que luego de la modificación, y ante el silencio de la norma reformada, se vaya a aplicar el 58 de Ley de Seguros (Ley 17.418) que establece un plazo de prescripción menor (un año). La regla de la progresividad impide el retroceso que empeore el derecho de los usuarios y, por tanto, deberá aplicarse el término de prescripción establecido en el art. 2560 del CCyC que es de 5 años u otro mayor o igual al de tres años.

En este punto sí estamos completamente de acuerdo con Sobrino cuando sostiene que, *“Por un lado, señalamos que la pretendida reducción del plazo de prescripción, es derechamente ilegal, dado que conculca expresamente el art. 75, inciso 22 de la Carta Magna. Ello es así, por una sencilla aplicación del control de convencionalidad), dado que violaría en forma evidente el principio de no regresión... Tratando de ser lo más sintéticos posible, es que partimos de los fundamentos del propio Código Civil y Comercial, donde se señala que se fija “...un plazo de prescripción genérico...”, de forma tal que se regula*

³⁷ Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

³⁸ *La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del Derecho dando lugar a una regla preferente: pro homine, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de respetar los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y garantizar su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 2, p. 385)

"...intentando una unificación..." de los términos de prescripción".³⁹

La interpretación de las situaciones dudosas en favor del consumidor (art. 3 de la LDC y 1094 del CCyC), sumada a la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos del consumidor (art. 26 de la CADH) determina que, luego de modificar el art. 50 de la LDC, sea aplicable el art. 2560 que establece un plazo de prescripción genérico de 5 años.⁴⁰

En un fallo reciente, dictado por un tribunal de alzada de la provincia de Mendoza se resolvió utilizando los principios que estamos examinando. En esa ocasión se dijo: *"La acción para reclamar los daños derivados del incumplimiento del contrato de seguro prescribe a los tres años por aplicación del art. 2561 del Código Civil y Comercial, pues si antes de la modificación del art. 50 de la ley 24.240, la jurisprudencia de la Corte local —Provincia de Mendoza— entendía que se aplicaba el plazo trienal de la ley consumeril, cabe mantener la misma solución aplicando aquella norma, pues sostener lo contrario implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y contraría el principio pro homine y pro consumidor"*.⁴¹

Antes de terminar, es preciso volver a aclarar que la aplicación de la regla de progresividad de los derechos humanos que compartimos con entusiasmo, pero sin dogmatismos, requiere una cierta identidad entre los DDHH y los derechos básicos del consumidor. Sin embargo, esa identidad no es admitida en forma pacífica en la doctrina.

Son muchos los autores que con buenos argumentos que señalan que no es posible ni conveniente confundir a los derechos humanos con los derechos de los consumidores. Ambas disciplinas tratan cuestiones distintas, por más que el acto de consumo sea una tarea humana básica que, en muchos casos, está relacionada con el acceso a bienes y servicios indispensables para la realización de una vida digna.

Empero, ello no permite concluir que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos se refieran, directamente, a las relaciones de consumo. Sostener esa identidad entre los derechos humanos y los del consumo implicaría, según pensamos, una banalización de los DDHH.

No es bueno confundir una herida humanitaria con la tensión, típicamente

³⁹ Sobrino, Waldo Augusto, 3 de Julio de 2017, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF170276.

⁴⁰ Asimismo, es del caso señalar que esta construcción, que alude a la progresividad de los derechos humanos complementada con la prohibición de regresividad, tiene apoyo normativo en el art. 26 de la CADH.

Artículo 26. Desarrollo progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

⁴¹ GONZALEZ, Encarnación Rosaura vs. PARANA Seguros S.A. s/ daños y perjuicios, Cámara 2a de Apelac. Civ. Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 13/04/2018, LA LEY 02/07/2018, 02/07/2018, 9, Cita Online: AR/JUR/18309/2018.

burguesa, que se dirime en las sociedades de consumo modernas. Los tratados internacionales constitucionalizados apuntan, sin dudas, a superar escenarios desgarradores desde el punto de vista humano mientras que los derechos del consumidor buscan equilibrar las relaciones entre proveedores codiciosos y consumidores más o menos acomodados.

José Sahián señala con precisión que, *“Ahora bien, Sozzo no admite lisa y llanamente que los derechos de los consumidores contengan una naturaleza que los instituya conceptualmente como una especie de derechos humanos, sino que, a partir de la consagración de una serie de normas de diferente rango que se funden en la idea de dignidad y la proliferación de sentencias judiciales que se apoyan en el derecho del consumidor al trato digno, aproximan el derecho del consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos (de segunda generación, especialmente)”*.⁴²

c. La constitucionalización del Derecho Civil.

i) Presentación. Por alguna razón que ignoramos, al salir de la universidad, dejamos de pensar al derecho en términos de dilemas o conflictos constitucionales para dirigir nuestro pensamiento crítico hacia cuestiones más mundanas como las relaciones laborales, o las de consumo, o la responsabilidad objetiva, y, sobre todo, las estrategias procesales y los caprichosos plazos de un procedimiento.

Estamos acostumbrados a este divorcio entre el conflicto constitucional y la cotidianeidad del operador jurídico. El profesional de la abogacía, categoría que también incluye a los magistrados y funcionarios del poder judicial, no tiene el hábito de vincular el Derecho privado con el Derecho público.

En muchos sentidos nuestros juristas, magistrados y abogados reposan - exageradamente a nuestro ver - sobre la forma procesal evitando la profundidad sustantiva del derecho. Se olvidan, en algunos casos por simple olvido y en otros por grave ignorancia, que la equidad está en el derecho sustantivo y no en el rito procesal. Sin embargo, es preciso recordar que la regla procesal siempre será operativa y subordinada a los principios esenciales del Derecho.

Ahora bien, cuando el exceso de *procesalismo* lo comete el abogado, la cuestión puede ser vista como una adecuada estrategia procesal útil para los intereses que defiende. De hecho, en eso consiste el trabajo abogadil. Empero, si quien cae en el exceso ritual es el juez el resultado es desastroso para el servicio de administración de justicia que la Constitución Nacional puso en sus manos.

Los magistrados, a nuestro modo de ver esta delicada cuestión, tienen que pensar en términos de equidad y no como articuladores técnicos de un código de formas. El debido proceso, al que muchos operadores se adhieren en forma más frenética que racional,

⁴² Sahián, José, *Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

no puede convertirse en la excusa para justificar una sentencia indebida. Como bien dice Mabel De los Santos, el debido proceso está más relacionado con las decisiones justas que con la rigidez de las formas.⁴³

Lorenzetti, a nuestro ver acertadamente, advierte que, *“La Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional”*.⁴⁴

Esa tendencia, sin embargo, debe ser revertida porque el Derecho, desde cualquier ángulo que se lo examine, es un entramado normativo que comienza en la Constitución Nacional.

Para Mabel de los Santos, con criterio que compartimos: *“En la presentación del Código Civil y Comercial de la Nación se destacó que el texto consagraba una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Se señaló allí que, por primera vez, se establecía en la ley sustancial una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema. Como se verá, la constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”*.⁴⁵

La idea que se percibe en el Código Civil y Comercial es la que destaca la citada autora: la comunidad de principios que vinculan a la Constitución con el Derecho privado.

ii) La evolución del Código Civil y Comercial. Es innegable que el Código vigente desde agosto de 2015 inaugura una etapa en donde la frontera entre el Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.

Nuevamente coincidimos con Lorenzetti cuando señala que, *“La mayoría de*

⁴³ Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos. (De los Santos, Mabel, *El debido proceso ante los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, La Ley 2012-B, 1062).

⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamento constitucional de la reparación de los daños*, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

⁴⁵ De los Santos, Mabel Alicia, *Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017.

los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.⁴⁶

Esta reflexión nos vuelve a la idea que fuimos repitiendo a lo largo de este breve ensayo: los derechos que tutelan a partes débiles de las partes fuertes están vinculados con los Derechos humanos y, por lo tanto, se benefician con el régimen protectorio supralegal que vimos en el antecedente.

El art. 1 del CCyC, al establecer las fuentes del derecho, inaugura lo que Gargarella denominó ‘la causa constitucional de los derechos humanos’ y con ello subordina a toda la legislación local al régimen protectorio supralegal. Veamos la norma y prestemos atención a su detallada lectura:

Art.1 CCyC- Fuentes y aplicación. *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

El art. 1 dispone, en última instancia, que el derecho privado tiene como fuente directa a la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. El tema tiene cierta trascendencia porque, como vimos antes, los tratados internacionales tienen primacía sobre las leyes ordinarias del sistema legal nacional.⁴⁷ Esto significa, como bien dice Lorenzetti que, “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero, además,

⁴⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

⁴⁷ En este punto conviene aclarar nuevamente que la primacía no deviene del simple hecho de tratarse de un acuerdo internacional, porque no todos los tratados en los que el Estado Argentino es parte alcanzan esa jerarquía supralegal en nuestro ordenamiento. Únicamente logran ese escalafón, como bien señala Gozaíni, los acuerdos internacionales que versan sobre Derechos Humanos: *Obsérvese que no decimos supremacía de las normas constitucionales sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las normas fundamentales sobre derechos humanos.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, en Sabsay – Manili, *Constitución de la Nación Argentina...*, Tº 2, p. 387).

cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".⁴⁸

Hay un ida y vuelta permanente entre el Código Civil y Comercial y la Constitución Nacional. Pareciera que ambos bloques legales establecieran los mismos principios sin importarles que la reiteración es superflua porque, ciertamente, no tiene rigor lógico la remisión de un Código de fondo hacia una Constitución porque la remisión está implícita; más aún, ella es una condición que subordina la misma existencia del código remitente. Dicho de otro modo: sería imposible la existencia de un Código que no estuviera lógicamente vinculado con la Constitución Nacional.⁴⁹

Sin perjuicio de lo dicho, que hace a la estructura lógica de un sistema normativo jerárquico, pensamos que la repetición tiene fuerza doctrinaria porque nos acostumbra a pensar en un derecho privado más cercano a la Constitución Nacional y en una constricción más próxima al negocio jurídico que diariamente concretan las personas. En ese sentido, es colorida y acertada la reflexión de Sobrino cuando dice: *"El art. 1° del Código Civil y Comercial, es casi como un oxímoron que, de manera innecesariamente imprescindible, dentro del título de "Fuentes y Aplicación" determina que la interpretación debe realizarse conforme a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales"*.⁵⁰

En sentido similar, Lidia Garrido sostiene que, *"Al elegir abordar la temática del derecho de los contratos desde la visión de la perspectiva constitucional, abarcando con ello los derechos humanos, ya estamos evidenciando la toma de posición frente al tema de reconocer la existencia de vasos comunicantes entre las disposiciones del derecho civil y comercial y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna"*.⁵¹

El art. 2 del CCyC cierra el círculo de la *'causa constitucional de los derechos humanos'* al establecer una regla hermenéutica que no deja margen para incertidumbres⁵²:

Art 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus

⁴⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

⁴⁹ En sentido similar, Juan Formaro sostiene que, *La referencia a la Constitución Nacional es innecesaria. La supremacía constitucional está claramente establecida en el art. 31 de la CN y aunque no figurara en el Código Civil la cláusula 'conforme a la Constitución Nacional', es obvio que las leyes para ser válidas en el ordenamiento jurídico argentino deben ser conformes a la norma suprema.* (Bueres, Alberto J, (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T1 A, p. 46).

⁵⁰ Sobrino, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial...Tº I*, p.19.

⁵¹ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *La perspectiva constitucional de los contratos*, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018.

⁵² *El art. 2° incorpora entre los elementos a tener en cuenta en la interpretación del derecho, lo dispuesto por los tratados de derechos humanos. La referencia es coincidente con lo establecido con el art. 1° y con la ubicación que la reforma constitucional de 1994 reconoció a estos tratados en el ordenamiento jurídico argentino, incorporando algunos de ellos con rango constitucional (art. 75, inc. 22).* (Rubio Ferreira, Delia en Bueres, Alberto J, (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, ... T1 A, p. 51

finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La norma postula que los jueces al dictar sentencia deberán hacer un control de constitucionalidad y al mismo tiempo un control de convencionalidad para evitar colisiones con los tratados que gocen de la supremacía constitucional establecida en el art. 75, inc. 22 de la CN. Como bien dice Daniel Sabsay: *“En convergencia con el control de constitucionalidad de normas... los jueces deben efectuar el control de convencionalidad a la luz de las modalidades de protección consagradas en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha convención. Como hemos visto en el primer acápite, esa evolución da comienzo con el caso "Ekmekdjian" en 1992, para luego confirmarse en otras decisiones de la Corte y en particular con la reforma constitucional”*.⁵³

A modo de conclusión podemos afirmar que esta constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento. Esto determina que cualquier conflicto legal entre normas internas del ordenamiento jurídico deberá ser resuelto en favor de la que conceda más y mejores derechos para la persona (pro homine).

Esta situación puede darse en casos muy diversos pero, muy frecuentemente, se repiten conflictos normativos entre la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros.

Nosotros pensamos que a partir de la constitucionalización del derecho privado propuesta en el Código Civil y Comercial vigente, esa discusión quedó absolutamente zanjada en favor de los derechos del consumidor. Y nuevamente acierta Sobrino cuando señala que, *“Pero, con el dictado de la Ley 26.994 queda claro, que en el ámbito de los Consumidores existe una columna vertebral integrada de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales; la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, que conforman un sistema legal protectorio de los consumidores... Así, entonces, para que no exista ningún tipo de duda, es que en los “Fundamentos” se señala que ninguna ley especial (como podría sostenerse respecto de la Ley de Seguros)... puede derogar esos pisos mínimos sin afectar el sistema”*.⁵⁴

Ahora solo resta aguardar que la Corte Suprema de la Nación y los tribunales de menor grado, pero mayor injerencia concreta en estos temas, tomen debida nota del

⁵³ Sabsay, Daniel, El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad, LA LEY 28/03/2013, 28/03/2013, 1 - LA LEY2013-B, 944, Cita Online: AR/DOC/1197/2013.

⁵⁴ Sobrino, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial...Tº I*, p. 10 y 11.

cambio. Es momento de dejar de proclamar cambios emblemáticos y principios progresistas para empezar a ejercerlos sin excusas ni atenuantes. Es hora, como sostiene Mabel De los Santos, de que los jueces abandonen la pasividad de los árbitros y asuman un rol más protagónico en los asuntos que resuelven.⁵⁵

d. Terminaciones. La extensión y densidad de los tópicos desarrollados en este capítulo aconsejan concluirlo resaltando las conclusiones más destacadas.

1. El art. 3 de la LDC y el 1094 del CCyC establecen una de las reglas más importantes para esta rama del derecho. Se trata del principio 'in dubio pro consumidor' que establece que las situaciones dudosas serán resueltas aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario.

2. Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En particular, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

3. Entre los derechos del consumidor y los derechos humanos existe una relación de parentesco y similitud que, sin embargo, no debe confundirse con identidad. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal. Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.

4. El problema de las relaciones de consumo tiene raíces macroeconómicas que superan las cuestiones jurídicas y los dilemas constitucionales. Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azorada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.

5. El principio *pro homine* es aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, debe elegirse la que ofrezca una mayor protección a la persona humana.

6. Los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla 'pro homine'. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica

⁵⁵ Esa nueva manera de concebir el derecho genera una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución y los tratados internacionales, otras leyes aplicables, jurisprudencia, usos y costumbre, de modo que quien aplica la ley debe interpretar el conjunto normativo y explicitar fundadamente cómo llega a la solución del caso en análisis. También, en cuanto al rol del juez, se deja definitivamente de lado el modelo de juez árbitro, propio del sistema adversarial, y se lo sustituye por el denominado activismo judicial. (De los Santos, Mabel Alicia, *Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017).

expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.

7. El principio *pro homine* tiene una doble función en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad legal que determina que, en caso de eventuales colisiones normativas, será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, establece una jerarquía interpretativa porque en caso de dudas o inconsistencias siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

8. La regla '*pro homine*' tiene jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 25.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o libertades.

9. Las reglas de *progresividad* y de *no regresividad* son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.

10. Es innegable que el Código Civil y Comercial ha inaugurado una etapa en donde la frontera entre el Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.

11. La constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento.

12. Esto determina que cualquier conflicto legal entre una norma que regula sobre esos derechos humanos con otra norma, general o especial, deberá ser resuelto en favor de la norma que conceda más y mejores derechos a la persona afectada.