

*Consumidores, usuarios y la
constitucionalización del Derecho Privado
en el Nuevo Código Civil y
Comercial de la Argentina*

*Consumer rights and Private Law
Constitutionalization in the New Argentine
Civil and Commercial Code*

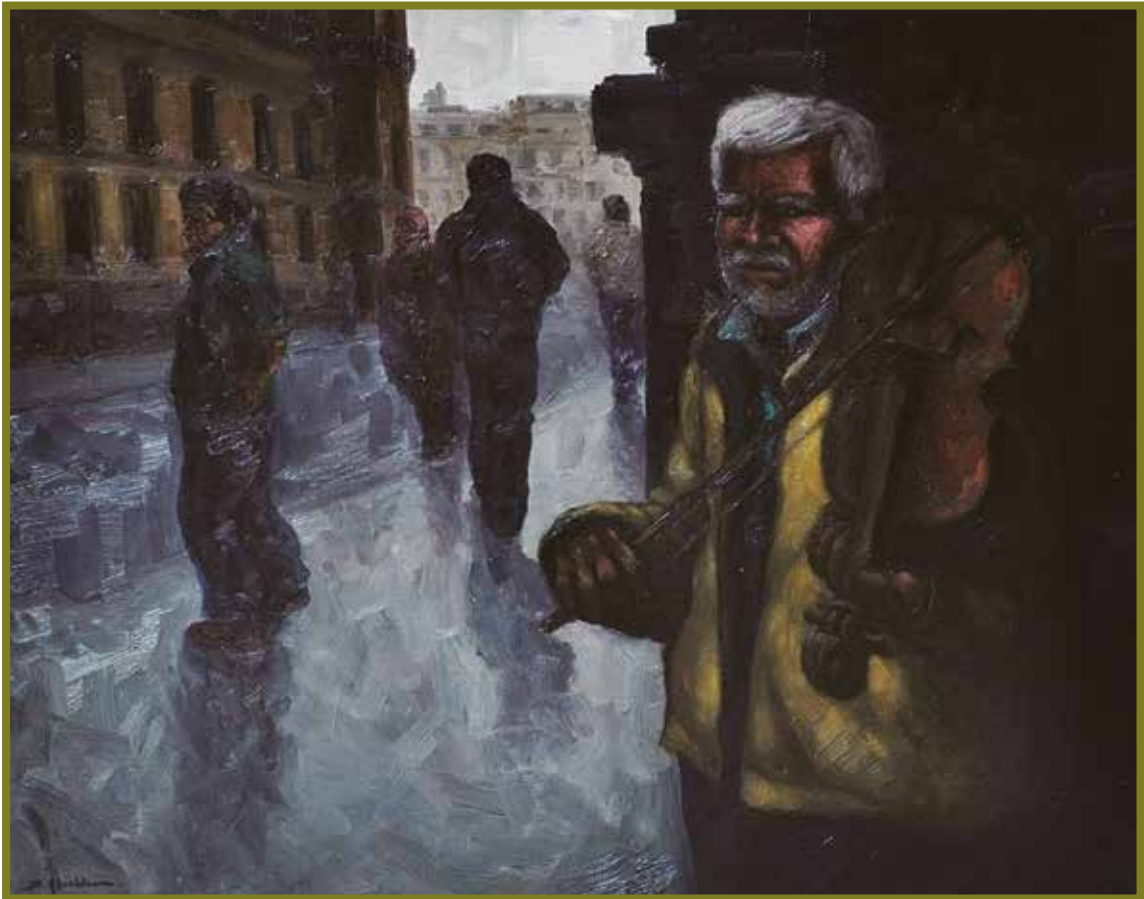
Carlos Eduardo Tambussi*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.936>

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (1991), Procurador Adjunto de Asuntos Patrimoniales y Fiscales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010-2012). Secretario del Juzgado Nro. 18, Secretaría 35 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (2013-actualidad). Profesor adjunto regular: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Cátedra: Dr. Agustín Gordillo. Asignatura: Derechos Humanos y Garantías. Profesor a cargo del curso “Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios”, del Ciclo Profesional Orientado en la Facultad de Derecho (UBA). Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre derechos de consumidores y usuarios. Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Autor de libros y de varios artículos de la especialidad. E-mail: cetambu@uolsinectis.com.ar

Lex





El violinista (81 cm x 100 cm). Diego Alcalde Taboada.

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial en la República Argentina se incorpora a la legislación general y en especial a la relativa a contratos de consumo el criterio de interpretación de las normas conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, con basamento primario en la dignidad humana y el principio de no discriminación, reflejando un fenómeno que la doctrina ha denominado “constitucionalización del Derecho Privado”. Esta impregnación de principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace irreversibles los niveles de protección alcanzados para consumidores y usuarios por las legislaciones domésticas, dada la vigencia del principio de no regresividad propio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras clave: *Código Civil, reforma, Constitución, derechos humanos, Derecho Privado, no regresividad.*

ABSTRACT

With the entry into force of the Civil and Commercial Code's reform and unification, the Argentine legislation included in its general rules and, specially the ones related to consumer contracts, an interpretation criteria in accordance with international treaties on human rights, primarily based on human dignity and non-discrimination. Legal philosophy has called this phenomenon “Private Law constitutionalisation”.. This impregnation of principles of International Law of the Human Rights makes irreversible the protection levels achieved by consumers and users under domestic legislations, due to the application of the principle of non-regression proper to the economic, social and cultural rights.

Key words: *Civil and Commercial Code, reform, Constitution, human rights, Private Law, non regression.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las notas salientes del Nuevo Código Civil y Comercial argentino sancionado por Ley 26.994 es la consagración de la pertenencia del derecho de usuarios y consumidores a los llamados derechos humanos, al incorporarse al cuerpo legislativo sistematizado y unificado criterios propios de estos valores, tanto desde el punto de vista terminológico-conceptual como de interpretación, que pasan a formar parte de las pautas de análisis del derecho de los consumidores y usuarios. A su vez, han devenido en aspectos de obligatorio seguimiento para los intérpretes, que con la irrupción de estos paradigmas tendrán que aplicar para el régimen tuitivo consumidor su consideración debida como derechos fundamentales.

Esta nueva formulación implica reconocer que el desarrollo de los derechos humanos ha alcanzado a la protección del débil en la relación de consumo, asumiendo la significación primera del derecho de consumidores y usuarios como vehículo de satisfacción de las necesidades humanas que hacen a la condición de dignidad, valor fundante y presupuesto de los derechos humanos.

A más de una concepción nueva del contrato que el Código recibe al contemplar las especies modernas y la fenomenología del contrato de consumo (que tiende a nivelar la situación de desequilibrio existente entre proveedor y consumidor), la plena vigencia del plexo normativo de derechos humanos en el marco de las relaciones de consumo (que exceden lo meramente contractual) es aplicable tanto frente al poder público cuando actúa como proveedor (derechos oponibles a la autoridad) como frente a las demás personas, respecto de las cuales el Estado tiene la obligación de garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos humanos.

A su vez, la incorporación de estos criterios que presentaremos en este trabajo, contribuye a vincular el Derecho Privado con la tutela de los derechos sociales, abrevando, como señalan los fundamentos del proyecto, en la “constitucionalización” de esa rama jurídica, a la vez que impone para consumidores y usuarios, en forma que entendemos definitiva, la armonía de las normas internas que lo tutelan con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante principios que están directamente dirigidos a la protección del consumidor y que

a la vez serán de cumplimiento exigible a los agentes económicos productores de bienes y servicios. Sin lugar a dudas, el efecto de la recepción de lineamientos de derechos humanos en el consumo conforma una tutela vigorosamente reforzada.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Los enunciados del proyecto luego convertido en ley explicaron que se propuso incluir en el Código unificado una serie de principios generales de tutela al consumidor que actúan como una “protección mínima”, sin que ello signifique obstáculo para que una ley especial establezca condiciones superiores, y a la inversa, ninguna podrá afectar esos mínimos de protección o “núcleo duro de tutela”.

En el campo de la interpretación, y siempre según los fundamentos de la Comisión de Juristas que elevara el proyecto al Poder Ejecutivo, se argumenta establecer un “diálogo de fuentes” de manera que “el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor”.¹

De esa manera se plasmó la pretensión de dar una base más “perenne”, a través del Código, con base en que si bien puede ser modificado, “es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial”, con arraigo en el fenómeno de la “constitucionalización del Derecho Privado”².

Esta construcción puede parecer *a priori* eufemística, dado que en cualquier orden jurídico constitucionalizado, todo el derecho de rango inferior debe estar en consonancia con la Carta Magna, revestida de suprallegalidad. Sin embargo, pese a ese punto de partida, la inclusión de criterios interpretativos provenientes del Derecho Público constitucional, con contenido social y protectorio dentro de un cuerpo codificado destinado a regular las relaciones privadas, constituye un componente indispensable para introducir elementos interpretativos que coadyuven a lograr en el intérprete una mirada social y protectoria en el significado y aplicación de las normas iusprivatistas.

A su vez, contribuye a desterrar el punto de vista esencialmente abstracto, individualista, de sujetos económica y contractualmente iguales, propio del Derecho Civil y Comercial decimonónico que reinó ideológicamente en muchos cuerpos normativos latinoamericanos.

¹ Conforme lo señalaron los fundamentos del proyecto de reforma.

² Derechos que, por su importancia, tienen un especial interés para la sociedad, de origen y sustento moral, ético y como hemos dicho *supra*, económico, en este caso con raigambre constitucional, y en tal carácter se incluyen a los derechos del consumidor como parte de los llamados “derechos civiles constitucionalizados”. Ricardo Luis Lorenzetti, *Consumidores* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009), 45.

La constitucionalización del Derecho Privado, tal como se la entiende, empieza a formularse a partir de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, y su consideración en las constituciones como directamente aplicables en el Derecho interno, formando un bloque protectorio junto al orden jurídico doméstico que tiene que estar acorde tanto a la norma superior nacional como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de fuente convencional estadual.

En el caso argentino, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se otorga jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales que pasaron a ocupar la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente, pasando entonces el sistema de derechos fundamentales a tener una pluralidad de fuentes de interpretación que se extiende a todo el Derecho interno, que debe verse desde entonces en consonancia con la norma constitucional y los principios de derechos humanos presentes en los tratados³. El Derecho Privado, entonces, debe estar de acuerdo con los valores que sustentan y sirven de interpretación a la plena vigencia de los derechos fundamentales, que también son interpretados por los tribunales supranacionales, que sientan precedentes de obligado seguimiento a la jurisdicción doméstica, por imperio mismo de la entrada en vigor de los tratados que los establecieron y crearon.

En otras palabras, el Derecho Privado y las convenciones particulares deben ser respetuosos de los derechos fundamentales y el Estado tiene la obligación de garantizar este cumplimiento, al ser responsable internacionalmente.

De este modo, "...la constitucionalización, entendida como sometimiento del orden jurídico a las normas fundamentales, abarca o comprende la integridad del mismo: las normas de fondo y las de forma; las contenidas en códigos y las volcadas en leyes. De donde, no es dable plantear que tales o cuales preceptos, por las razones que fueren, escapan a las consecuencias de esa mayor jerarquía..."⁴

La consagración en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina de la constitucionalización del Derecho Privado es una muestra del avance de este fenómeno, introduciendo una nueva óptica que se considera superadora, a través de la cual se analiza la realidad.⁵

³ Véase José Ignacio Martínez, "Nuevo Código Civil y Comercial, constitucionalización del Derecho Privado y control de convencionalidad de oficio: el juez argentino como primer garante de los derechos humanos", *LLBA* (diciembre 2015): 1213.

⁴ Jorge Mosset Iturraspe, "Otra muestra del Derecho Privado Constitucional: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales", *Suplemento de Concursos y Quiebras* (septiembre de 2004): 29 y ss.

⁵ Véase Ana Laura Mera Salguero, "Otro ejemplo del avance del fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado", *LLBA* (diciembre 2010): 1233

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO:

La impronta del título se verifica desde el mismo inicio del texto del Código:

Artículo 1º (parte pertinente).- 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 (...)

Esta primera norma reitera el axioma constitucional por el cual las leyes de la Nación deben estar en consonancia con los principios rectores de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y los tratados en general.

Así, se coloca al texto de la unificación en consonancia con los artículos 27, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Argentina, en el amplio contenido llamado “bloque de constitucionalidad federal”, reiterando que la base valorativa de todo el orden jurídico reside en esos ordenamientos, tratándose en consecuencia de un cuerpo codificado que debe respetar, tanto en su formulación como en su aplicación, principios contenidos en normas de jerarquía superior que de alguna manera juzgan —aprueban u objetan— los contenidos del ordenamiento jurídico inferior (resultante de la complementación de los derechos humanos con el Derecho interno).

Aunque no existan tratados que directamente se refieran a derechos de consumidores y usuarios, sostenemos su pertenencia al marco de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad de la familia humana, y en tanto que la medida de la satisfacción de las necesidades básicas hace a la posibilidad real de ejercicio de los demás derechos.

Ello así, en razón de que los derechos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos están comprendidos en la relación de consumo, y por ende se aplican a los consumidores, sirviendo todo el sistema de derechos humanos a hacer efectiva la protección del régimen tuitivo consumidor. Es decir que los derechos del consumidor cuentan con protección internacional en tanto la plena vigencia de los derechos fundamentales involucrados en la relación de consumo, y como resultado de un procedimiento de inferencia a partir de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los tratados internacionales, expandiendo así el catálogo de protección mediante una sinergia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho de consumidores y usuarios, tutelando el primero los derechos generales y proveyendo el segundo la protección específica.

A título ejemplificativo, la Declaración Universal de Derechos Humanos recepta los derechos protegidos en la relación de consumo en nuestro marco constitucional, cuya expresión

más notoria es su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La Carta de la OEA, en su artículo 34 refiere, entre las metas básicas para lograr el desarrollo integral, la estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social (inciso f).

Y el artículo 39 inciso b.i), entre las metas para lograr el desarrollo económico y social, incluye “mejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados, procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados y otras medidas destinadas a promover la expansión de los mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, suministros adecuados y seguros para los consumidores y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores”.

Por su parte, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refieren a la calidad de la vivienda (Nro. 4), productos alimenticios (Nro. 12), servicios educativos (Nro. 13), servicios médicos y productos medicinales (Nro. 14) y a la distribución del agua (Nro. 15).

IV. PRINCIPALES RECEPCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO RELATIVAS A CONSUMIDORES Y USUARIOS

a) Dice el Art. 1092 (parte pertinente): “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Adviértase que dentro del concepto de consumidor contenido en este artículo, el Nuevo Código prefiere denominarlo “persona humana”⁶ en lugar del consignado en la Ley de Defensa del Consumidor 24240, que lo denomina “persona física”.

Los precedentes jurisprudenciales ya se referían al consumidor bajo esta denominación:

Los derechos humanos corresponden —es evidente— a la persona humana, es decir, a la persona física. La Convención Americana de Derechos Humanos señala lo que debe entenderse bajo este último término (art. 1.2). No podría titularse, pues, la persona moral o colectiva, que no tiene derechos humanos, pero ello no obsta a que se reconozca que tras

⁶ Es la terminología y concepto que adopta el Nuevo Código en toda su formulación, conforme al Libro Primero, Parte General, Título I “Persona Humana”, Arts. 19 y siguientes.

la figura de una ficción jurídica de la persona colectiva se halle el individuo. Los derechos y deberes de aquellos repercuten o se trasladan, en definitiva, como derechos y deberes de quienes integran la persona colectiva o actúan en nombre, en representación o por encargo de esta (...) De ahí que no sea prudente rechazar sin más las pretensiones que se formulen a propósito de personas morales sin examinar previamente, para resolver lo que proceda, si la violación supuestamente cometida lo ha sido —analizada con realismo— a derechos de personas físicas. De lo contrario, se dejaría sin protección un espacio tal vez muy amplio de la vida y la actividad de los individuos.⁷

b) El trato equitativo y digno está consagrado en el Art. 1097:

Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Se incorpora el concepto de dignidad conforme a los tratados internacionales de derechos humanos⁸, incluso los que tienen jerarquía constitucional conforme el Art. 75 inciso 22 de la Carta Magna, en otra clara muestra de la condición del consumo como perteneciente a esa categoría. Los derechos humanos, como tales, importan un espacio de la voluntad propia preeminente sobre la voluntad de otros, como facultad de disponer, elegir un curso de acción, que merece protección frente a acciones de terceros que afecten dicho ámbito. En particular, la dignidad humana es el punto de referencia de todas las facultades que se vinculan con la dimensión moral de la persona, y es la génesis de la teoría de los derechos humanos.

La amplitud de los derechos protegidos en los tratados y sus criterios de interpretación permiten a los reclamos de consumo incorporar la protección internacional de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales que se encuentran involucrados en la relación de consumo, a la vez de enriquecer su fundamento normativo con el contenido de esos instrumentos, la rica jurisprudencia nacional y supranacional al respecto, y los estándares de aplicación, que son los mismos en ambos ordenamientos.

“Dignidad” se entiende como “cualidad de digno”, del latino *dignus*, que se traduce por “valioso”. La dignidad es un atributo exclusivo del ser humano como valor intrínseco y supremo que tiene cada persona independientemente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o forma de pensar. Es el fundamento de todos los demás

⁷ Sergio García Ramírez, *Derechos humanos y jurisdicción interamericana* (México: UNAM, 2002), 93.

⁸ Art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Arts. 1 y 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Arts. 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, y el Art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

valores y, en definitiva, de todos los derechos individuales. Es lo que liga al individuo a la familia humana,⁹ y es un principio material de interpretación de los derechos fundamentales, destinada también a servir de reacción frente a los abusos del mercado.

Por su parte, la “equidad” es definida como la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. También puede conceptualizársela como la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. Permite apartarse de la letra “dura” y abstracta de las normas legales para resolver un conflicto con real justeza en casos particulares, más allá de las previsiones generales de las leyes.

La expresión suprallegal de trato equitativo y digno se hace operativa a través de la obligación impuesta a los proveedores de garantizarlo a los consumidores y usuarios, mediante la abstención de conductas que los coloquen en situaciones vejatorias, vergonzantes o intimidatorias. Esto es de gran significación para la relación consumidor-derechos humanos, determina una vez más la pertenencia del derecho de consumidores y usuarios a ese plexo, e importa la recepción de la categoría de trato digno a nivel legislativo, recogiendo al fin la terminología constitucional del art. 42.

El cumplimiento de estas garantías debe verificarse en el caso concreto, encontrándose todo proveedor obligado a su observancia, el Estado a velar por su cumplimiento (y a respetarlo cuando actúe como proveedor), en forma extensiva a los aspectos anteriores, concomitantes y posteriores a la realización del acto de consumo, es decir, todos los presupuestos fácticos de todas y cada una de las etapas del “iter” de la relación de consumo, comprendiendo tanto el trato durante ese decurso, como los supuestos donde no hay contacto directo sino “exposición” (publicidad, ofertas a público indeterminado y otros).

Abarca, en consecuencia, tanto el trato cortés como la puesta y aplicación de recursos para una atención al cliente-consumidor en debida forma, evitando las esperas, propiciando la atención personalizada, proporcionando el asesoramiento e información debidos, entre otros aspectos que merecieron legislación específica toda vez que la formulación de la característica de la conducta es abierta, por lo que su verificación tendrá que ver con el criterio judicial o administrativo para su encuadre en el caso concreto.

A título ilustrativo, la doctrina ha señalado que “por ‘vergonzante’ cabe entender todo aquello que puede resultar deshonroso o humillante. Por ‘vejatorio’ a aquellas conductas del proveedor que importen maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos para el consumidor. Por último, ‘intimidatorio’ refiere a comportamientos que le infundan temor o miedo a aquel”.¹⁰

⁹ Miguel F. de Lorenzo, “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, *La Ley* (2011-E): 1258.

¹⁰ Maximiliano Vieira, “El trato digno y equitativo en el derecho del consumidor argentino”, *Doctrina Judicial*, 30 (julio de 2013): 1.

En caso de duda ante la calificación de vergonzante de una conducta, ha de estarse siempre al resguardo de la dignidad del consumidor por encima de la obtención de lucro a cualquier costo, cuando ese objetivo consista en sacrificar valores humanos fundamentales, alejándose de un comportamiento razonable y respetuoso. A modo de ejemplo, en el desenvolvimiento diario de los consumidores y como muy probable consecuencia de estudios de reducción de costos y optimización de beneficios, pero también de aventar reclamos y despejar temperamentos desesperados e inquietos de los consumidores, muchas empresas de distinto nivel han implementado que su modalidad de atención al cliente en materia de reclamos sea únicamente por vía telefónica, en desmedro de una atención personalizada acorde a lo que necesita el consumidor.¹¹

c) El principio de no discriminación está contemplado en el Art. 1098: “Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

La noción de los derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona, en la idea de que todo ser humano tiene derechos frente al Estado, por el solo hecho de serlo. Y concordantemente, el Estado tiene el deber de garantizarlos, respetarlos, y satisfacer su plena realización.

Estos derechos no dependen del reconocimiento estatal ni son concesiones del poder público, y todas las personas son titulares de los mismos, independientemente de cualquiera de sus características. Los derechos humanos y los de consumidores y usuarios tienen el mismo tratamiento legal con base en los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, desarrollo progresivo y protección del medio ambiente.

La dignidad es un atributo exclusivo del ser humano, un valor supremo independiente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o forma de pensar, por lo que el principio de no discriminación deriva insoslayablemente de la dignidad humana.

El principio de igualdad y no discriminación está presente en el Preámbulo de la Constitución Nacional y en los arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional. La Reforma de 1994, introdujo expresamente las nociones de igualdad real y acciones positivas (Art. 75 Inc. 23).

En los tratados internacionales es la idea rectora, y recibe contemplación expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 1, 2, 7), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y tratados sobre derechos especiales.

¹¹ Ver nuestra posición en Carlos Tambussi, “El humanismo olvidado”, *Microjuris*, MJ-7021-AR | MJD7021.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 23.054) contiene el principio de no discriminación, al señalar en su artículo 1º que:

Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La igualdad inclusiva encuadra hoy en el *principio de igualdad de oportunidades*, que es el ya no tan nuevo pero no menos vigente y fundamental paradigma del concepto constitucional de igualdad, que se reformara sustancialmente en 1994, a través de la incorporación de las medidas de acción positiva y la consagración constitucional de derechos protectorios, como el de consumidores y usuarios.

Su enlace y su relación antecedente-consecuente con los principios generales de los derechos humanos es la vigencia del principio de no discriminación, por cuyo imperio se garantiza la igualdad de trato entre los individuos, desde la base de considerar que todas las personas tienen iguales derechos e igual dignidad, y en esa inteligencia el ordenamiento jurídico debe garantizarles idénticas condiciones para su desarrollo y realización personal.

Sobre este punto de partida, será de cada uno lo que su esfuerzo y sus capacidades inmanentes hagan posible. El sostenimiento, mantenimiento o mera tolerancia de valores, procederes o estructuras discriminatorias es nefasto para la democracia, ya que mina la confianza en las virtudes de la sociedad y su organización, minusvaloriza sus instituciones y genera obviamente exclusión social.

El principio de no discriminación debe ser real y efectivo en la educación, en la sanidad, en las prestaciones y los servicios sociales, en la vivienda y, en general, en la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios.

Por último, el Código se ocupa en especial de repudiar la decisión de diferenciar precios o calidades respecto de consumidores extranjeros,¹² distinción que no es justificada en criterio legal o económico alguno y que resultaría violatoria del Art. 20 de la Carta Magna.

Su finalidad es la de castigar o evitar prácticas habituales de proveedores que, aprovechando la condición de algunos extranjeros (generalmente turistas que gozan de mayor poder adquisitivo y de menor información de los precios en el mercado interno), establecen precios más elevados en comparación con los que cobran a consumidores nacionales. Estas

¹² Trato discriminatorio que suele darse en servicios turísticos varios, con el alegado propósito de que el extranjero cuenta con una moneda sobrevaluada respecto a la nacional.

conductas, en muchos casos, implican un abuso y son contrarias al trato digno que exige la Constitución.

El Nuevo Código retoma este resguardo de la ley toda vez que el fundamento de su contemplación reside en que los beneficios y protecciones del derecho del consumo han sido consagrados para ser ejercidos por todas las personas físicas y jurídicas sin otras limitaciones que las que resultan de su propia formulación, y en el alcance de la jurisdicción, a lo que podemos agregar que la íntima pertenencia del Derecho del consumidor al gran esquema de los derechos humanos da como resultante la vigencia y aplicación del principio de no discriminación.

d) El principio de no regresividad dice que los principios de derechos humanos incorporados al Código Civil y Comercial unificado importan un progreso en la amplitud y extensión de los derechos protectorios que no puede retrotraerse, y que se extiende a todos los niveles de protección alcanzados por la legislación interna para las relaciones de consumo, con arraigo en la vigencia del principio de no regresividad.

Esta pauta tiene arraigo en el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,¹⁴ aplicable a los derechos de los consumidores como derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Constitucionalmente, a nivel local, este principio está inserto en el Preámbulo a través de aquella frase que señala “promover el bienestar general” e incluido en la llamada “cláusula para el progreso” (actual Art. 75 Inc. 18 y 19), que a su vez se complementa con las denominadas medidas de “acción positiva” contempladas en su inciso 23 en cuanto señala como atribución del Congreso de la Nación “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...”.

En su virtud, ha de respetarse la línea de avance gradual y progresivo (faz positiva) hacia la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, no resultando jurídicamente posible retrotraer sobre estándares protectorios alcanzados ni sobre recursos destinados (faz negativa).

¹³ Art. 26: “Desarrollo Progresivo: Los Estados parte 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”.

¹⁴ Art. 2.1 Parte Pertinente: “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El Estado entonces no puede retroceder en el camino hacia la plena efectividad en el ejercicio y goce de estos derechos ni en los casos concretos, ni en la formulación de las normas, aunque el progreso esté ligado a la idea de gradualidad, a medidas de avance a lo largo del tiempo dependiendo de los recursos, que no pueden disminuir con relación a presupuestos anteriores. La progresividad es el camino lo más expedito posible hacia la eficacia y efectividad, entendida como extensión en la tutela.

Es en su consecuencia que cualquier vuelta atrás, fáctica o normativa, en materia de tutela de los consumidores debe ser entendida como una clara afectación del principio sentado por la normativa supralegal antes mencionada, e incluso generadora de responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, ni un nuevo Código ni eventuales modificaciones de la ley especial, como ninguna normativa pueden anular o suspender niveles alcanzados de asignación de recursos o protección preexistentes, quedando solo permitidas aquellas que tengan el efecto de innovar en aumento de la extensión, aplicabilidad y realización de los derechos.

En materia de consumo, la violación de la no regresividad afecta el principio de aplicación de la norma más favorable al menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica pro consumidor, afectando derechos fundamentales. La aplicación de una nueva norma nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados Partes, Párr. 1 del Art. 2° del Pacto”, 5to. Período de Sesiones, 14/1290), estableció que

el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [...] [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...], que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

En otras palabras, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos obliga al Estado a no afectar el contenido mínimo al restringirlos.

Álvarez Larrondo¹⁵ cita las Directrices de Maastricht sobre violación a los derechos económicos, sociales y culturales (22-26/1/1997) que determinan que mediante acciones directas los Estados pueden violar estos derechos (Art. 14), cuando se anula o suspende cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social o cultural que esté vigente en ese momento.

Resultan por demás ilustrativas las palabras de la Dra. Mónica Pinto:¹⁶

Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos. Así, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes en los tratados se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La normativa del régimen tuitivo consumidor debe articularse con el cuerpo normativo emergente de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos conforme las pautas de interpretación en ellos contenida.

Esto importa en la práctica que los operadores jurídicos pueden ver afianzado con la reforma del Código lo que la jurisprudencia y doctrina venían sosteniendo en términos de extensión de las protecciones, contando con nuevos elementos para fundar los basamentos normativos de sus peticiones y reclamos en el amplio y profundo abanico de interpretación de los derechos humanos.

Lo dicho, más allá de que los tratados de derechos humanos no hagan referencia directa a las relaciones de consumo, dado que consagran derechos que como hemos dicho resultan comprendidos dentro de ese vínculo y, por ende, transmiten su estatus de derecho fundamental al marco del vínculo jurídico entre proveedor y consumidor.

En suma, por la apuntada “constitucionalización del Derecho Privado”, los derechos fundamentales son claramente aplicables a las relaciones entre particulares, y obligan a ajustar los contratos a los criterios constitucionales y convencionales, en combinación con las restantes normas de Derecho Privado, bajo el criterio de la norma que sea más favorable.

¹⁵ Federico Manuel Álvarez Larrondo, “El Nuevo Código Civil y Comercial. La inconstitucionalidad de la supresión del expuesto a la relación de consumo”, *Temas de Derecho Comercial*, 4 (abril de 2015): 47-57.

¹⁶ Mónica Pinto, “La pobreza como denegación de los derechos humanos”, *Encrucijadas*, 51 (2011).

Las normas de Derecho Privado contenidas en el Código y regidas bajo estos criterios interpretativos sirven para dar precisiones en el concreto, al respecto de la formulación de la protección necesaria en cada supuesto.

Siendo los derechos de usuarios y consumidores derechos humanos pertenecientes a la categoría de económicos, sociales y culturales, resulta a su respecto de plena aplicación el principio de desarrollo progresivo y su correlato de no regresividad, sostenido normativa y jurisprudencialmente por los órganos y tribunales supranacionales, y a la vez criterio de aplicación obligatoria por la judicatura doméstica, estando involucrada la responsabilidad internacional del Estado.

REFERENCIAS

- Álvarez Larrondo, Federico Manuel. “El Nuevo Código Civil y Comercial. La inconstitucionalidad de la supresión del expuesto a la relación de consumo”. *Temas de derecho comercial*, 4 (abril de 2015).
- De Lorenzo, Miguel F. “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”. *La Ley* (2011-E).
- García Ramírez, Sergio. *Derechos humanos y jurisdicción interamericana*. México: UNAM, 2002.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Martínez, José Ignacio. “Nuevo Código Civil y Comercial, constitucionalización del Derecho Privado y control de convencionalidad de oficio: el juez argentino como primer garante de los derechos humanos”. *LLBA* (diciembre 2015).
- Mera Salguero, Ana Laura. “Otro ejemplo del avance del fenómeno de constitucionalización del Derecho Privado”. *LLBA* (diciembre 2010).
- Mosset Iturraspe, Jorge. “Otra muestra del Derecho Privado Constitucional: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”. *Suplemento de Concursos y Quiebras* (septiembre de 2004).
- Pinto, Mónica. “La pobreza como denegación de los derechos humanos”. *Encrucijadas*, 51 (2011).
- Tambussi, Carlos Eduardo. “El humanismo olvidado”. *Microjuris*, MJ-7021-AR | MJD7021.
- Vieira, Maximiliano. “El trato digno y equitativo en el derecho del consumidor argentino”. *Doctrina Judicial*, 30 (julio de 2013).

Recibido: 27/02/2016

Aceptado: 17/05/2016