



“UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL”

“FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES”

“MAESTRÍA EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”

PRIMER COHORTE

SANTA FE - AGOSTO 2024

Tutora: Mariana Martínez Bellinzona

Codirector: Sergio Barocelli

Autora: Laura Lucia Lomónaco

Contacto: 3404-648737/ lauralomonaco3@gmail.com

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

Estas palabras están dedicadas a aquellas personas que no tuvimos la oportunidad de realizar un posgrado en el exterior:

Agradezco profundamente a la Universidad Nacional del Litoral, y a los Directores del Posgrado en Argumentación Jurídica quienes me han dado la posibilidad de conocer personalmente a los grandes pensadores en la iusfilosofía como Manuel Atienza, Michele Taruffo, Laura Clérico, entre otros. Quienes vinieron a Santa Fe. A demás, en tiempos de la presencialidad, haber forjado una amistad con la que es mi directora de tesis hoy”.- Al Dr. Barocelli, que a través de su pasión por el Derecho me enseñó el valor de las normas principialistas del Derecho del Consumidor. Gracias totales.

Contenido

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO	2
INTRODUCCIÓN	6
Justificación de la problemática.....	10
TITULO I.....	12
“ PRINCIPIOS JUSFILOSÓFICOS: LA ARGUMENTACION JURÍDICA ”	12
CAPITULO I.....	12
CONSIDERACIONES PRELIMINARES:.....	12
La argumentación en el Estado de Derecho Legal y la transición al Estado Constitucional.	12
Interpretación en el Estado legal de Derecho	14
La evolución de la interpretación: “ Surgimiento del Estado de Derecho Constitucional”	16
Interpretación en el Estado Constitucional de Derecho	19
Discusión iusteórica entre positivismo e iusnaturalismo	20
Concepto de Regla y principios	21
¿Cómo distinguir entre una regla y un principio?	25
Los Principios rectores subyacentes en el Derecho de los consumidores	29
6. La Interpretación Pro consumidor “ <i>in dubio pro consumidor</i> ”.....	38
El argumento de los Derechos Fundamentales como principio protectorio.	41
6.1 Argumento gramatical de los Derechos Fundamentales.	44
Argumento de la importancia cultura jurídica moderna:	44
Argumento conceptual según Doctrina:.....	45
Argumento del consumidor como sujeto Vulnerable y la asimetría estructural	45

Argumento de la característica de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales:	50
CAPITULO II.....	51
Análisis de los principios protectorios del consumidor a partir caso: “ Olivera Fuentes c/ Peru, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ..	51
Existencia de la relación de consumo como condición necesaria.....	52
Supervisión del Estado	52
La empresa como proveedor de servicios:	53
Una mirada desde el principio de la discriminación interseccional.....	54
Discriminación negativa.....	57
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “CASO OLIVERA FUENTES VS. PERÚ”	57
Información del caso	57
La Denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor	58
Respuesta del Supermercado	59
Consideraciones de la Corte.....	61
Consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación .	61
El argumento del principio de igualdad al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	67
Aplicación de los estándares al caso concreto.....	71
BREVE RESEÑA DEL FALLO BUZOS MISKITO Vs. HONDURAS.....	71
Estándar de prueba aplicado al caso en sede administrativa y judicial CIDH caso Olivera Fuentes vs Perú.	74
CONSIDERACIONES DE LA PRUEBA SEGÚN LOS ARGUMENTOS DE TARUFFO.....	76
El Derecho Humano a la Jurisdicción	78
El valor de la Verdad:.....	79
La Verdad para Taruffo.....	81

El valor social de la verdad	82
Capitulo III.....	86
Los tratados de Derechos Humanos y la injerencia en la relación de consumo.	86
Análisis de las facultades de la CIDH en el ámbito de la CADH.....	89
Conclusiones sobre este tema de Rabbi Baldi	102
CONCLUSIÓN:	106
BIBLIOGRAFÍA	107
IUSFILOSÓFICA:	107
Civil y Comercial	108
ANEXO JURISPRUDENCIA.....	110

INTRODUCCIÓN

Cabría preguntarse, si en los nuevos paradigmas, al que nos enfrentamos actualmente, los operadores del Derecho¹, se encuentra impulsado por la idea de Justicia. Si todos nosotros entendemos lo mismo sobre justicia y Derecho.

Y es que en el ámbito del derecho, predicar la existencia de un nuevo paradigma implica señalar que ha surgido “un nuevo modelo jurídico” que requiere de la reestructuración de sus principios fundantes y de los criterios de interpretación².

En relación a ello, también cuestionarse, como influyen en el ordenamiento jurídico, el cual se encuentra compuesto por reglas y principios, las normas morales. Y si estas normas morales afectan el ordenamiento jurídico existente y producen consecuencias jurídicas y, obligar a los destinatarios de estas a ceñirse a la verdad³.

Si los principios fundamentales de la Carta Magna, introducidos por los Tratados Internacionales, tales como: la no discriminación, la igualdad entre las partes, principio de respeto de la dignidad de la persona humana⁴, tienen impacto en los derechos de naturaleza económica, como lo es el Derecho Consumeril. Si estos principios protectorios, del mencionado Derecho, son el fundamento ético y filosófico. Siendo estos las bases de este Derecho. Los cuales tienen como fin la protección y promoción de los derechos de los consumidores. Y si en los hechos son tomados en cuenta a la hora de la resolución de conflictos, o son una buena expresión del deseo.

Asimismo en el Estado constitucional de derecho, la justicia constitucional está llamada a reducir la brecha entre el derecho común y las normas constitucionales y de derechos humanos.⁵ Esta función está especialmente justificada en contextos donde las relaciones consumeril exista una desigualdad estructural. Desigualdad que se manifiesta

¹Esta cuestión, no atañe a los operadores del Derecho sino también a todos los jueces, fiscales, defensores y/o persona que se entienda a sí misma como persona justa, preocupada por una sociedad más equitativa y humanizada.-

² Barocelli, Sergio. “Regulación y principios especiales del derecho del consumidor” Capítulo II.-

³ Verdad entendida como virtud moral que influye en la conducta humana.

⁴ Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio.-

⁴ Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio.-

⁵ CLERICO, Laura, “Derechos Y Proporcionalidad: Violaciones Por Acción, Por Insuficiencia Y Por Regresión Miradas Locales, Interamericanas Y Comparadas”, año 2018, Pag 13.

cuando la empresa ejerce su posición dominante ante el consumidor. En donde coloca al consumidor en una situación de vulnerabilidad. Ante esto, los principios protectorios tienen por fin, equilibrar esa desigualdad.

Además que, específicamente la Ley de Defensa al consumidor, es de orden público, lo que obliga al juzgador al deber de protección del más débil, sacándolo de su zona de confort. Debiendo dar razones, para el caso que decida apartarse de la misma. Mas aun, existiendo una relación de consumo, protegida por el estado, la inobservancia de los principios protectores, hace al Estado responsable internacionalmente.

Sin soslayar el hecho que, el consumo, se produce, hasta casi sin tener conciencia del mismo. Por dar un ejemplo, el hecho natural de dormir, se sigue consumiendo, como el consumo de luz, gas y otros servicios. Ya que en la sociedad actual, el Derecho al consumo se ha convertido en un aspecto fundamental de la vida cotidiana.

Lo que quiero demostrar es la relevancia del significado de considerar al Derecho del consumidor como un derecho fundamental⁶. Aquí radica su importancia. Ya que, no solo se encuentra protegido por la Constitución, hecho este, que no es poco, si no por los tratados.

Desde la perspectiva de los Derechos fundamentales, adquiere relevancia la protección de del más débil. Es así que, en la relación de consumo, impone al juzgador el deber de interpretar las reglas conforme los principios protectorios y a favor del consumidor. Todo ello con el fin de evitar el estado de vulnerabilidad de los antes dichos. Como así también, restablecer el equilibrio entre las partes en la relación de consumo.- Por lo que esta cara del argumento, garantiza una convivencia justa y equitativa.

Ahora bien, también es cierto que, estos derechos tienen contenido económico. De alguna manera, todos los derechos lo tienen. Pero darle categoría de derecho fundamental, al derecho del consumidor es muy importante, pues apunta al desarrollo de la persona.- Este tópico tiene relevancia en la dignidad de la persona humana⁷, dándole sentido a la protección del consumidor dado su naturaleza de debilidad que cabe observar y proteger.- Claro está, tal vez nunca nos enfrentemos a un caso difícil⁸ y trágico, como diría Atienza. Ya que, al tener

6 La idea de derechos fundamentales es el resultado de un proceso en la cultura jurídica moderna, que tiene repercusiones en los procesos de producción, en la aplicación del derecho.-

7 Persona humana entendida como un fin en si mismo.-

8 Cuando me refiero , que en esta Tesina no nos enfrentaremos a un caso difícil, donde se encuentran en conflicto el concepto de persona humana, la concepción, o el caso difícil que desarrolla Manuel Atienza en

estos derechos contenido económico, no hay riesgo como lo hay en los conflictos del valor vida. Pero sí, estos derechos, tienden a mejorar la calidad de vida. Ya que de eso se trata, respetar la dignidad de la persona humana. También, es importante señalar que el derecho al consumo, no es un derecho absoluto, y debe equilibrarse con otros intereses importantes.

Es por ello que, en esta tesis, analizaremos la justificación de los principios filosóficos y su injerencia en el derecho del consumidor. Argumentaremos la relevancia de los principios filosóficos subyacentes, abordando el vínculo entre estos y el mencionado derecho.

Es decir, desarrollar argumentos iusfilosófico válido, que justifiquen la problemática de la protección del Consumidor⁹ desde los principios del Derecho que iluminan el Derecho al Consumo¹⁰.

Desde esta perspectiva, justifica el análisis terminológico de los conceptos: En general, las terminologías utilizadas son: “Derecho del Consumidor” o “Derecho del consumo”, las que se diferencian según en qué se pone el énfasis de la protección. En el primero se destaca la persona del consumidor, como sujeto débil del mercado que requiere de un resguardo especial; mientras que en el segundo, la cuestión se centra en el acto de consumo, y no en el sujeto, en aras a la objetivación de la materia.

Asimismo, el “Derecho del Consumidor” pone el acento en la tutela de la vulnerabilidad de la persona humana en la sociedad de consumo; esto es, la protección de los débiles jurídicos en el mercado y el respeto de su dignidad como esencia de los derechos humanos. Y es que el Derecho del Consumidor regula el mercado porque protege al consumidor y se impone a los proveedores como sistema de orden público y no viceversa, ya que la protección pura y simple del mercado no siempre significa una tutela efectiva del consumidor.

Y resaltar que, no es el mercado el que es “vulnerable”, es el consumidor; y, si se pretende mitigar esa vulnerabilidad, lo hace en favor del consumidor y no del mercado, ni tampoco del consumo. Éste existe para el consumidor, y no a la inversa. El hombre antecede al mercado.¹¹

“Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad” (Revista IUS ET VERITAS, N° 53, Diciembre 2016 / ISSN 1995-2

9 Poniendo énfasis en la protección de la persona, como sujeto débil del mercado que requiere de un resguardo especial.

10 Derecho al consumo entendido como derecho que surge el acto de consumo.

11 Barocelli, Sebastián. Capítulo I. La relación de consumo como categoría jurídica que responde al contexto histórico de la “sociedad de consumo” Punto 5. ¿Derecho del Consumidor o Derecho del Consumo?

Para poner en análisis lo antes dicho, examinaremos el fallo “*Olivera Fuentes c/ Perú*”; fallo reciente de la Corte Interamericana de Derechos humanos, cuyo núcleo duro radica, por un lado, en responsabilizar internacionalmente a un Estado por actos de discriminación al consumidor por una empresa no gubernamental. Orientado por el principio tuitivo de la debida diligencia.- Y por el otro, la importancia del antecedente jurisprudencial, en donde el principio rector es el principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, expondré el tema de la Verdad según Taruffo. Cualidad que es recogida en las reglas de la prueba en el Derecho al Consumo. Las cuales como se demostrara es la base de la relaciones de consumo.- También hay que destacar que dentro de las relaciones de consumo, encontramos normas con contenido moral, donde faltar a la verdad, no se hace sin consecuencias jurídicas. Facultad que se le da al consumidor de rescindir un contrato, sin que tener que pagar nada por ello.

La última parte del trabajo estará dedicada a la importancia de la suscripción de los tratados internacionales, que con la reforma de la constitución pasaron a ser parte de la misma. Con el fin de asegurar una adecuada armonización entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno, garantizando así la protección de los derechos fundamentales establecidos tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales suscritos por Argentina.

Es importante destacar que, en la realidad , las normas son creadas a efectos de reglar situaciones jurídicas y se modifican a fin de atender a las necesidades de la sociedad. Teniendo en mente que, el bien jurídico protegido de las normas es siempre la persona humana y la sociedad, en el marco en que se encuentra. Ya que estos son los destinatario de ellas. Y en interés de estos, es que se crean las mismas. De tal manera que el fundamento que da sentido a la concepción del Derecho, es la persona humana y su comunidad; que son los que definen el significado y la referencia de los derechos.

En resumen, resulta fundamental, a la hora de la correcta interpretación del derecho, el equilibrio entre las reglas y como norte los principios fundamentales. De estas dos variables, dependerá la justicia Cuyo objeto principal es una sociedad más justa, ordena y en paz

JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Todos los componentes de la sociedad, incluso los consumidores, necesitamos de los recursos económicos, para el pleno desenvolvimiento de la personalidad, pero a su vez todos, en fin al mismo sistema nos resulta imperioso el resguardo. Ya que el consumo es una necesidad humana básica y el acceso a los bienes y servicios es esencial para la supervivencia y el bienestar de las personas.

Ciuro Caldani¹², en una visión integradora,(protección del consumidor) dice: “ No se trata de un enfrentamiento con el sistema económico, que muy posiblemente termine en derrota, sino de aprovechar todas las posibilidades para hacerlo mas justo, y en definitiva mas humano,(reconocimiento del valor humanidad, que es el deber ser cabal de nuestro ser). Los modelos del pensamiento jurídico, de este tiempo son herederos en gran medida de la época en que no se conocían las ciencias sociales y humanas , pero urge poner a los juristas en condiciones de integrar las enseñanzas economía, sociología, psicología, antropología en su saber y obrar” Sobre todo porque hace a la dignidad de la persona humana.

Estas normas del Derecho del Consumidor han surgido en tiempos recientes como una herramienta al servicio de la sociedad. Su objetivo es proteger al consumidor desde el Orden Público. La Ley de Defensa al Consumidor, al ser de Orden Público¹³, obliga al Estado a establecer espacios en los Ministerios para la defensa de los consumidores, tanto a nivel administrativo como judicial. Además, se impone la facultad de aplicar la ley de oficio a la judicatura. El Legislador tiene la responsabilidad de crear leyes que respeten los principios protectores del consumidor.

La reforma de nuestra constitución en 1994 tuvo un impacto significativo en la consagración de nuevos derechos y garantías. Es innegable que el artículo 42 otorgó jerarquía constitucional a los derechos de los usuarios y consumidores, especialmente cuando se encuentran involucrados en una relación de intercambio de bienes o servicios, es decir, en una relación de consumo. Esta medida refuerza la protección y resguardo de los derechos del consumidor dentro del marco legal, asegurando así una mayor equidad y justicia en las transacciones comerciales.

12 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “ Debilidad del consumidor en la sociedad de Consumo”. Pág. 33

13 Artículo 65 de la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario N° 24.240 : “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial...”

No debemos olvidar que, así también que, la manda obliga a una protección de la salud, seguridad e intereses económicos así como constriñe a un suministro de información apropiada y fidedigna que permita la libertad de elección bajo un trato decente y ecuánime. Este principio protectorio, tiene una gran connotación ética y moral, donde la base de las relaciones jurídicas consumeril, encuentra su núcleo duro en decir la verdad, alejándose de la mentira. Ya que la verdad es proteger al consumidor. Que no es nada menos que la buena fe en dichas relaciones.- Este argumento se desarrollara más adelante, donde expondré según los fundamentos de Taruffo.

No conforme con ello, exige que las declaraciones no se mantengan en un postulado teorizante sino que conmina a las autoridades a propender a la defensa de tales atributos del consumo, a la educación para ello, a la defensa de la competencia, al control de los monopolios, a la calidad de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores quienes protejan la defensa de dichos derechos.

Por tanto identificada la relación de consumo, entran en mecanismo los principios protectores, como método de solución de conflictos. En donde, estos principios ya no quedan como meras expectativas moral o ética, sino que deben integrar la solución del caso y serán los principios rectores los que favorezcan al consumidor como persona humana , la protección de la integridad Físico psíquica, con el fin de cubrir los derechos esenciales que hacen a la dignidad como tal.

En definitiva, desde la perspectiva de una visión integradora, relacionada a la protección del consumidor, no se trata de enfrentarse al sistema económico, sino de aprovechar todas las posibilidades para hacerlo más justo y humano. Es necesario que los juristas integren los conocimientos de economía, sociología, psicología y antropología en su saber y obrar para garantizar la dignidad de la persona humana. Además, se exige a las autoridades que promuevan la defensa de los atributos del consumo, educación para el consumo responsable, defensa de la competencia y control de monopolios. También se destaca la importancia de las asociaciones de consumidores en la protección de sus derechos. En este contexto, entran en juego los principios protectores como método para resolver conflictos relacionados con el consumo, donde estos principios deben favorecer al consumidor como persona humana y proteger su integridad física y psíquica cubriendo los derechos esenciales que hacen a su dignidad.

TITULO I

“PRINCIPIOS JUSFILOSÓFICOS: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”

CAPITULO I

La época moderna, marca el hito de los cambios de paradigmas existentes. Un punto muy importante, en la argumentación jurídica, es la relevancia que tienen los principios jusfilosoficos en la interpretación del Derecho.

La interpretación del derecho, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, experimentó cambios significativos influenciados por corrientes jusfilosóficas. Estos cambios se debieron en gran medida a los diferentes enfoques filosóficos y éticos que surgieron como resultado de los horrores vividos durante la guerra y el reconocimiento global de la importancia de los derechos humanos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

La argumentación en el Estado de Derecho Legal y la transición al Estado Constitucional.

Siguiendo con la idea antes dicha, continuamos con el argumento gestado durante Estado de Derecho Legal.

El Estado de Derecho Legal, fue gestado por la revolución francesa. Con basamento en los tres principios de “Libertad, Igualdad y Fraternidad”. Fundado en el principio de división de poderes de Kelsen. Principio positivista del Derecho: porque aquel que detentaba el poder tendía a abusar de él. Y es así que, a fin de evitar el abuso del poder, se crea la división de los poderes.- Por tanto, se concebía un Poder ejecutivo que solo ejecuta la Ley, un Poder Legislativo que la creaba y un Poder Judicial que las implementaba.- Pero, al poder

Judicial lo hacen independiente porque justamente en la división de poderes, le otorga a este la custodia del principio Republicano de gobierno. Poder en que descansa la Republica.- Que además, tienen el deber de hacer permanecer el sistema en la soberanía de la Constitución.- Lo cual exige una verdadera independencia.

Asimismo, la sanción del código napoleónico viene a consagrar a el Estado de Derecho Legal como un sistema en el cual las leyes, por el sólo hecho de haber sido sancionadas legítimamente, se considera plasman la voluntad del legislador que, en un estado democrático, son la voz del pueblo.

Este cambio se sostuvo en base al principio de la *volonté générale* rousseauiano¹⁴

Todo el derecho estaba contenido en normas, de mayor o menor rango, que fueron creadas contemplando situaciones ideales y con la concepción de que las normas positivas eran todo el derecho existente. Excluía la posibilidad de utilizar principios de *ius gentium*, de derecho natural no positivo e incluso las contenidas en las constituciones. Los preceptos contenidos en la constitución no eran directamente ejecutivos, sino que debían estar contenidos en normas de menor rango que reglamenten su alcance. En el Estado de Derecho Legal el profesional o jurista debía subsumir el caso individual en el caso genérico contemplado en la norma legal. Este proceso se realizaba luego de desentrañar el sentido de la norma según los métodos de interpretación clásicos (gramatical, lógico, histórico y sistemático)¹⁵

Existía una sinonimia entre derecho y ley. No había derecho distinto al plasmado en la ley positiva. Tampoco había un derecho superior al de la ley positiva, todo el derecho era el contenido en la ley vigente¹⁶.

Los códigos contenían todo el derecho, lo sistematizaban y ordenaban por material de forma tal de poseer autonomía científica, pero esa científicidad estaba reducida al estudio de norma positiva.

No se admitía la existencia de un derecho supra legal, de gentes, natural o humano.

¹⁴VIGO, Rodolfo. “Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, páginas 93 y ss. y página 144

¹⁵ VIGO, Rodolfo. “Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.” Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 34.

¹⁶ VIGO, Rodolfo. “Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.” Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 69

En el EDL no existían los derechos humanos como los entendemos en la actualidad, sino que ellos eran una concesión del Estado. Era el mismo Estado el que, en su normativa, auto limitaba sus atribuciones en favor de asegurar algún derecho, beneficiar a algún grupo o asegurar la libertad individual. Era la ley la que habilitaba al derecho humano, éste no tenía autonomía ni era ejecutivo.

No cabía reclamo ante tribunales supranacionales por violación a derechos humanos porque no se les reconocía, dentro del sistema legal, validez alguna. Luego de la segunda guerra mundial, y como consecuencia de los juicios por delitos de guerra, el EDL entra en crisis. Se empieza a entender que, como sostuvo Radbruch, la ley extremadamente injusta no es derecho.

Interpretación en el Estado legal de Derecho

Según Demolombe interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer¹⁷.

Al respecto dice Rodolfo Vigo que : “El momento creador del Derecho se subsumía en la “voluntad del legislador” y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia fisicomatemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores.

También recordemos que el modelo político europeo decimonónico reforzaba ese cumplimiento con la amenaza penal al juez que se apartaba del sentido de la ley, dado que tal comportamiento se tipificaba con el delito de prevaricato.

En definitiva, al “voluntarismo” del legislador europeo fuera de cualquier control de racionalidad y capaz de juridizar cualquier contenido en tanto previsto dentro de la ley, le seguía la tarea del doctrinario y del juez que se circunscribía a un

¹⁷ VIGO, Rodolfo. “Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.” Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 31

saber “teórico” en tanto pretendía una descripción absolutamente objetiva y sin preferencias axiológicas de aquel contenido legal.”¹⁸

Durante la vigencia del EDL la interpretación de las normas legales se hacía utilizando esencialmente cuatro métodos, el gramatical basado en reglas lingüísticas, el lógico que analizaba las reglas del pensamiento del legislador, el histórico que tenía que ver con la repercusión de la ley en el tiempo y el espacio y que dotaban a la norma de contenido esencialmente comparándola con la derogada y el sistemático que surgía de la concepción de la norma individual como perteneciente a un sistema normativo y con el cual debía coordinarse.

La esencia de la interpretación era la de desentrañarla voluntad del legislador y luego aplicarlo a través de un simple silogismo¹⁹. La voluntad del legislador se conocía a través de la utilización de silogismos donde se encuadraba el caso concreto a la norma particular, ya sea por deducción o por subsunción, prescindiendo de valoraciones y, sobre todo, no atendiendo a excepciones. Y el juez sólo debía conocer la ley y si era clara lo único que restaba para su aplicación era la subsunción del caso que se presente.

Si el juez desconocía la ley comprometía la seguridad jurídica. Montesquieu delineaba un modelo de juez como un ser inanimado y vehículo de la expresión de la ley. En este sentido sostenía que la jurisprudencia no podía ser concebida como una fuente del derecho.

En Kelsen esa racionalidad formal de la exégesis francesa se convierte en irracionalismo o voluntarismo, sostiene la justicia como un ideal irracional que debe ser el norte de las decisiones judiciales²⁰.

Así también, Nino hablaba de "insularismo" jurídico cuando se refería a ese rasgo que pretendía que el jurista comprendiera y operara el derecho sin consideraciones de índole moral, política, económica, etc. El derecho del EDL se postulaba como una especie de isla en la que sólo había normas jurídicas y a la que le estaba permitido ingresar sólo a juristas²¹.

¹⁸ VIGO, Rodolfo. “Ética judicial e interpretación jurídica”, DOXA, 2006, Nro. 29, pág. 273 –294

¹⁹ VIGO, Rodolfo. “La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, México D.F., Consejo de la Judicatura Federal, 2017, pág. 93.

²⁰ VIGO, Rodolfo. “Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho” Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008 páginas 146 y ss

²¹ VIGO, Rodolfo. “La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, México D.F., Consejo de la Judicatura Federal, 2017, pág. 56, 69, 191

La evolución de la interpretación: “ Surgimiento del Estado de Derecho Constitucional”

En la práctica jurídica después de los Tribunales de Nuremberg, el estado de derecho legal, entra en crisis y pasa a llamarse Estado de Derecho Constitucional. Siendo esto un hito en los antecedentes de la argumentación jurídica, y base para los derechos fundamentales.

Este tribunal considera por primera vez “La violación de derecho por aquellos que habían cumplido con la ley válida”. Se condena a los nazis por haber cumplido la ley, pero violado el derecho, rompiendo así con los preceptos del EDL donde se hacía una aplicación de la ley sustraída de cualquier axiologización.

Se comienza a apelar al derecho de gentes, derecho natural, para obtener justicia en esos procesos, y así se empieza a construir una teoría de derechos fundamentales de los seres humanos cuya violación no debía estar permitida ni justificada por el cuerpo legal. Se celebran los primeros acuerdos internacionales declarativos de derechos humanos²² en los cuales se reconocen una serie de derechos, propios de todos los seres humanos, de los que no se puede privar a nadie.

Como nos enseñan Manuel Atienza y Ruiz Manero existe una incompatibilidad entre la teoría positivista como se la entendía en el EDL y el EDC.²³ A diferencia de lo que trajo la codificación, en el EDC rige la primacía de la constitución y su supremacía por sobre toda legislación de tal manera que si una ley contradice los principios constitucionales es declarada su nulidad, por lo tanto, la validez de una norma depende de su congruencia con la constitución y con las normas supraconstitucionales o convencionales. No hay absolutismos ni prerrogativas, todas las personas están sometidas a la constitución. Así son tachables de violatorios de la constitución no sólo leyes, sino sentencias, actos de gobierno, de grupos e incluso de particular.

²² Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948 entre otras.

²³ Ver ATIENZA, Manuel y RUIZ MANER, Juan. “Dejemos atrás al positivismo jurídico”, Isonomía, Nro. 27, 2007

En nuestro derecho interno, muestra de la aplicación de estos argumentos, es el fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso “*Priebke, Erik s/ solicitud de extradición- causa n° 16063/94, P 457. XXXI*” Donde por mayoría, con la disidencia de los Dres. Belluscio y Levene(h) resolvió la extradición de Erich Priebke a los fines de ser juzgado en los tribunales italianos por la muerte de trescientas treinta y cinco personas.

El más alto tribunal Argentino sustentó sus fundamentos en tres ejes principales:

1) La calificación del delito por su naturaleza jurídica: “Genocidio”. Atento a ella y por tal resultan imprescriptibles, los delitos cometidos contra la humanidad.

2) Los principios del *ius cogens*²⁴ del Derecho Internacional: Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados, tanto del requirente como el requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional.

3) El principio universal del valor vida. El bien jurídico protegido es la vida humana. Lo que revela el sustrato neo positivista o neo constitucionalista del derecho argentino.

Así también en este orden el procurador General en su expresión de agravios sostuvo: “ que el delito cometido por Priebke por su naturaleza del crimen afecta a través de su perpetración principios superiores a aquellos tutelados por los ordenamientos estatales; se considera que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto, ofenden las aceptadas normas del Derecho de Gentes”

El voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Levene, fundamentó su argumentación en un principio neo constitucionalista, solo que lo articularon, desde los principio de la legalidad y universalidad de las normas y afirmaron que “ Muchos siglos de sangre y dolor ha

²⁴ *Ius gentium* fue definido por Gayo como “aquello que la razón natural estableció entre todos los hombres (*inter omnes homines*)” (cfr Instituciones, I, 2, 1). A su turno, Vitoria “internacionaliza” la noción al modificarla sutilmente: “se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todas las gentes (*inter omnes gentes*), con lo que se extiende a todas las naciones.” (“Francisco de Vitoria en el origen de la modernidad”, Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos, Buenos Aires, vol. XI, año 17, pp. 87-114)

En cualquier caso, la base del derecho de gentes lo constituye la “razón natural”. Se está, pues, ante una idea de carácter universal, anterior y, ciertamente, superior a cualquier ordenamiento positivo. Es anterior porque acompaña al hombre desde que éste se configura tal y como hoy lo conocemos y es superior porque si dichos ordenamientos desconocieran o cercenaran tales principios básicos que hacen al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, resultarían inválidos, más allá de su vigencia histórica, en tanto entrañarían una “injusticia extrema”(Extraído nota al pie El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina.(Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017) Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas. Pag.17.)

costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror, mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración mas restringida o mas lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en la ley previa al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados.-

Como resultado de esto es que los juristas se empiezan a preguntar si la sola Ley es suficiente para el derecho, rompiéndose la sinonimia entre derecho y ley.- Surge el Neoconstitucionalismo.- Incorporándose a la idea de derecho justo aquel que protege, ya no los derechos fundamentales si no los derechos humanos.- La ley pasa a ser entendida ya como norma o regla que esta orientada por los principios de los derechos humanos y las constituciones más modernas pasan a recogerlos.

Ya no es solo el legislador que crea una ley justa, se empieza a entender que el legislador también se equivoca dejando de ser infalible para pasar al poder jurisdiccional dándole mayor poder a este a través del control constitucional de las normas. Ya no solo a interpretar la ley, si no también a describir sistematizar y valorar el derecho vigente. E incluso se atreve a crear derecho a través jurisprudencia constitucional. Es decir puede el juez valorar la norma constitucional y ser considerada como fuente del derecho.

En este Estado Constitucional de Derecho se apela a la aplicación de principios, contenidos en las constituciones o del mismo derecho de gentes directamente al caso concreto con la finalidad de encontrar la respuesta que más se ajuste al concepto de justicia. El control constitucional en el EDC es un elemento esencial. La constitución es la norma sustantiva cualitativamente y su obediencia por sobre el resto de las normas esencial para la eficacia del sistema.

La existencia de tribunales constitucionales es propia de este sistema, pero se ha entendido que el control de constitucionalidad puede ser también realizado, no en forma centralizada por tribunales especiales, sino en forma difusa por todos los órganos del Estado.

Interpretación en el Estado Constitucional de Derecho

En el EDC la actividad jurisdiccional está encaminada a lograr, no ya la justicia en el sentido del EDL sino, la equidad entendida como justicia para el caso concreto atendiendo a las implicancias generales que podrá producir la decisión. En este contexto el precedente adquiere una relevancia superior, cada resolución se constituye en una posible solución para casos análogos.

La interpretación como la concebía el EDL deviene en argumentación para lograr, en el caso concreto puesto a examen, la equidad mencionada. La argumentación se nutre de valores y principios que se entienden reconocidos por el sistema, no creados como lo eran las normas en el EDL. Deviene esencial el análisis de los argumentos o justificativos que utilizan, sobre todo los jueces, para fundar las decisiones.

La lógica formal y el silogismo deductivo se utilizan juntamente con la lógica no formal y la retórica para argumentar en el caso concreto. El acceso a la justicia, el reconocimiento de derechos y su efectividad, vale decir la tutela judicial efectiva, es inherente al sistema del EDC.

El Poder Judicial es el protagonista en este nuevo panorama y ese protagonismo es tal por la inexorable judicialización del derecho. En ese contexto el control de idoneidades de los jueces debe ser extremado. Ya no alcanza, como en el EDL, con el conocimiento científico que tenga el juez del derecho, sino que hay que reclamarle, por lo complejo y relevante del papel que desempeñan, otro tipo de idoneidades extras.

Así el juez debe ser prudente al aplicar el derecho, sano física y psicológicamente, y principalmente debe mantener una conducta ética.

Según Atienza “...las decisiones jurídicas (en particular, las judiciales) deben ser argumentadas, justificadas, porque ése es un requerimiento del Estado de Derecho. Pero lo que justifica que tengamos un Estado de Derecho no puede ser otra cosa que la satisfacción de los derechos fundamentales de la gente, y eso requiere poner la vista en la transformación social.”²⁵

²⁵ ATIENZA, Manuel. Prólogo al libro de GRAJALES, Amós Arturo y NEGR, Nicolás Jorge, “Sobre la argumentación jurídica y sus teorías”. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2018.-

A tenor de las enseñanzas habermasianas en torno a la acción comunicativa, el diálogo racional requiere de cierto compromiso ético de afirmar aquello que se considera racionalmente correcto, y si apelamos a las enseñanzas aristotélico-tomistas también necesita la elección racional prudencial de un apetito recto en aras de conocer y actuar lo justo concreto²⁶.

Discusión iusteórica entre positivismo e iusnaturalismo.

Dentro de la teoría del derecho contemporáneas, la argumentación jurídica se basa en principios jusfilosoficos que tienen su origen en dos grandes corrientes filosóficas. En donde, podemos encontrar el debate iusteórico en la división positivistas o iusnaturalistas.

Por un lado, el concepto de positivismo jurídico o iuspositivismo, no se contaba con una denominación abarcadora de las doctrinas antipositivistas, en particular de las que atacan dos de los caracteres que según el positivismo configuran el concepto de derecho, como son la separación conceptual entre derecho y moral y el carácter convencional del derecho (la llamada tesis sobre las fuentes sociales del derecho). Durante mucho tiempo se han contrapuesto las tesis iuspositivistas y las tesis iusnaturalistas, pero a lo largo del siglo xx y hasta hoy han ido cobrando enorme relevancia e influencia doctrinas que, sin acogerse al derecho natural, mantienen las tesis siguientes:²⁷

- a) Que la moral es elemento esencial y constitutivo de todo verdadero sistema jurídico, de todo sistema jurídico que sea propiamente tal, de manera que no será en verdad jurídico un sistema legal o de normas formalmente jurídicas que en sus contenidos contravenga gravemente ciertos mandatos morales básicos, y que no será en puridad jurídica una norma de derecho cuyo contenido sea palmariamente injusto, inmoral.
- b) Que, por tanto, hay una parte de cualquier derecho, de todo sistema jurídico auténtico, que no proviene de las meras convenciones o convicciones sociales,

²⁶ VIGO, Rodolfo Luis. “La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Ciudad de México, 2017, Instituto de la Judicatura Federal, pág. 33

²⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “IUSMORALISMO. DWORKIN, ALEXIS, NINO. H.L.A HART”. Año 2014. Pag.9.-

sino que nace de verdades morales válidas y subsistentes al margen y con independencia de cualesquiera acuerdos o creencias sociales.

- c) Que hay métodos o procedimientos intelectuales para averiguar los contenidos de esos preceptos morales que son también jurídicos y parte suprema y decisiva de la juridicidad de sistemas y normas, y que los operadores jurídicos, y en particular los jueces, deben usar como fundamento de sus decisiones también esa parte originariamente no positiva o no positivada del derecho, de modo que será plenamente jurídica la decisión contraria al derecho positivo pero basada en esas normas morales soberanas y por sí racionales.

Estas tres tesis han sido tradicionalmente mantenidas por el iusnaturalismo. Pero en nuestro tiempo también las sostienen autores y escuelas que propiamente no pueden ser tildados de iusnaturalistas. Por tanto, todo iusnaturalismo es iusmoralismo, pero no todos los iusmoralismos son iusnaturalistas. La teoría del derecho natural anclaba en la naturaleza humana esos preceptos morales que son, a la vez, jurídicos y supremo baremo de juridicidad.²⁸

El iusmoralismo niega la tesis iuspositivista de la separación entre Derecho y moral precisamente para hacer que todas las normas jurídico-positivas puedan ser derrotadas cuando una norma moral de validez objetiva, racional, claramente lo exija. En eso consiste y para eso es la llamada tesis de la unidad de la razón práctica, tan cara a Juan Ruiz Manero y a todos los alexianos, sean de observancia estricta o lo sean de libre examen o matiz secundario.

Concepto de Regla y principios

Dentro de la teoría del Derecho un tema relevante ha sido el debate sobre los principios²⁹. Como se verá el concepto de “Principios”, dependerá del doctrinario que la

²⁸ GARCIA AMADO, Juan Antonio. IUSMORALISMO. DWORKIN, ALEXIS, NINO. H.L.A HART . Año 2014. Pag.10.-

²⁹ Etimológicamente el término latino principium está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz cap que aparece en el verbo capere —tomar— y en el sustantivo caput—cabeza—. Tiene, entonces, un sentido histórico (“lo antiguo”), un sentido axiológico (“lo valioso”) y un sentido ontológico (“cabeza”).

defina, el cual se ha iniciado con un trabajo de Dworkin de 1967 (Dworkin, 1978). Entendido como “principios jurídicos” o los “principios generales del Derecho”.³⁰

Los principios son elemento central de la teoría jurídica de Dworkin y componente decisivo en su crítica contra la teoría positivista del derecho. La insuficiencia radical del positivismo estribaría en que sus dos notas definitorias no permiten dar cuenta de ese ingrediente esencial de lo jurídico, los principios. Así, la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral, de la mano de la regla de reconocimiento o de “regla maestra” semejante, impide a los positivistas ver que hay normas morales que son jurídicas del todo, los principios; y la teoría positivista del carácter convencional de todo derecho posible (tesis de las fuentes sociales del derecho) hace que no se den cuenta de que en lo jurídico comparecen principios, que son normas jurídicas que como tales existen aunque no haya acuerdo social sobre su existencia como derecho.³¹

Desde la corriente clásica del iusnaturalismo podemos mencionar los del derecho natural como normas plenamente jurídicas. En la doctrina se encuentra todavía instaurada, el argumento, que en el derecho positivo, derecho puesto o legislado, hay unas normas de especiales que se pueden denominar principios. Estas son normas estructuralmente distintas de otras a las que actualmente se suele llamar reglas. Así, entre nosotros abundan los autores que tratan de señalar esa diferencia estructural entre reglas y principios, pero por referencia a enunciados presentes en el llamado derecho positivo.

Así es que, como ejemplo bien representativo, encontramos la teoría de Atienza y Ruiz Manero, que distinguen entre reglas (que definen supuesto de hecho y consecuencia jurídica), principios (que definen el supuesto de hecho, pero no la consecuencia jurídica) y directrices (que definen la consecuencia jurídica, pero no el supuesto de hecho).

³⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre Principios y Reglas” DOXA-10 (1991) Pág. 101.-

“ De principios generales del Derecho hablaba ya el código civil austriaco de 1811, y siguieron hablando luego –entre muchos otros textos legislativos– el código civil italiano de 1865, el español de 1889 y el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya; en los trabajos de dogmática jurídica y en las decisiones jurisprudenciales, la referencia a los principios es, puede decirse, un lugar común; y la reflexión sobre los mismos no ha estado tampoco ausente de la teoría o filosofía del Derecho anterior a Dworkin (cfr., por ejemplo, Del Vecchio, 1958; Esser, 1956; Bobbio, 1966). Si, a pesar de esto último, el planteamiento de Dworkin ha sido considerado en general como innovador, ello parece deberse (dejando a un lado los méritos intrínsecos de su obra) a su propósito de oponerse a la concepción dominante en la teoría.”

³¹ García Amado, Juan Antonio “ PIDIENDO EL PRINCIPIO. DWORKIN Y LA TEORÍA DEL DERECHO EN SERIO”.ISMORALISMO. AÑO 2014. Pág..

O cabría mencionar a Alexy cuando explica que todas las normas iusfundamentales (las que en las Constituciones dan forma a los llamados derechos fundamentales) son o reglas o principios, si bien en Alexy es poco menos que imposible hallar una diferencia estructural o tangible entre reglas y principios. Cuando de lo que se trata es, pues, de catalogar (dentro de los enunciados de derecho positivo) las normas que son reglas y las que son principios, lo primero que se ha de hacer es ver cuál es la diferencia estructural que nos permite atribuir ese carácter de reglas o principios a los enunciados jurídico-normativos, y seguidamente importa considerar dos asuntos más: si esos principios prevalecen o no sobre las reglas, en caso de conflicto, y si los principios se aplican, en los casos en que concurren, de manera diferente a como se aplican las reglas y, si es así, cuál es el modo peculiar en que tendría lugar dicha aplicación de los principios, mediante un razonamiento o método diferente y específico de ellos.

García Amado hace la siguiente referencia a los principios generales diciendo que: “La otra noción de principios, de larga tradición en nuestra cultura jurídica continental, es la de principios generales del derecho. Los principios generales del derecho (excluyendo aquí a quienes por ese camino introducen los principios de derecho natural como normas supremas de los sistemas jurídicos) se obtienen por una especie de inducción a partir de un grupo de reglas, las cuales tendrían en común su base o inspiración en un principio, que les daría su sentido valorativo de conjunto. Esos principios generales del derecho funcionarían como normas jurídicas, aun cuando no se hallen expresamente enunciados en normas del sistema jurídico correspondiente. Pero tendrían su asiento en normas positivas del sistema jurídico y, lo que aquí es más importante, operarían como pauta para la resolución de casos solamente cuando no exista en ese sistema regla propiamente aplicable al caso. . Cuestión adicional es la de si tales principios generales tienen también una utilidad interpretativa de la norma legislada (o consuetudinaria, en su caso). Por interpretación estoy entendiendo aquí la elección entre significados posibles del enunciado “positivo” correspondiente. Parece claro que tal uso interpretativo de esos principios sí cabe, constituyéndose, de esa manera, tales principios en base de interpretaciones teleológicas de dichos enunciados “positivos”.³²

Y concluye que: “este modo de diferenciar entre reglas y principios en la doctrina autodenominada post positivista sólo sirve, a fin de cuentas, a un propósito bien grato a tales

³²García Amado “PIDIENDO EL PRINCIPIO. DWORKIN Y LA TEORÍA DEL DERECHO EN SERIO”.

autores: convertir todas las normas jurídicas en ponderables y, con ello, derrotables; y derrotables de resultados de un razonamiento que es sustancialmente moral y que permite transmutar cualquier disputa jurídica en dilema moral que se solventa a base de poner sobre la mesa razones morales a favor de una solución y de la contraria”.

Estos principios generales del derecho protegieron al consumidor antes de la sanción de la ley de defensa al consumidor, lo que la doctrina y la jurisprudencia referían a los principios del derecho del consumidor. Pero esto no implica que al no estar consagrados de modo expreso como tales, éstos no existan de manera subliminar o implícita. Estos principios surgen del ordenamiento específico que conforman el Derecho del Consumidor.

Asimismo, ALEXY, Robert enseña que: La regla manda algo de una manera clara, pero cuando la regla contiene alguna indeterminación, no es necesario elegir entre dos reglas en pie de igualdad. Porque a fin de ponderar la regla existen los principios, entendidos estos como “mandatos de optimización” Estos suplen los problemas, las deficiencias, las falencias que tienen las normas.- Los que sirven al juzgador, a fin de dar la mejor respuesta fáctica jurídica posible. Por eso Según Alexy el mejor Derecho es aquel que tiene normas y principios.

Las normas son —diría Alexy—mandatos definitivos en tanto precisan las conductas con las que se satisface exhaustivamente la exigencia de esta, sin que haya ningún remanente; así las normas se aplican a todo o nada en tanto sólo cabe que se dé o no se dé un caso de los previstos en las mismas. Se caracterizan por su determinación, esta calidad o propiedad implica que las reglas prescriben sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas. Su forma de aplicación es la subsunción, por ello, si la regla es válida debe ser cumplida; o sea, deben realizarse las acciones o estados de cosas que ordena. Las reglas tienen un carácter binario; se aplican o no se aplican ³³

³³ ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). “Argumentación, derechos humanos y justicia”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, página 256.

¿Cómo distinguir entre una regla y un principio?

Siguiendo esta línea de pensamiento, el tema de la distinción entre una regla y un principio, es un aspecto clave en el debate sobre los principios dentro de la teoría del derecho. Si bien ambos son elementos normativos, existen diferencias significativas que los distinguen.

Una regla se caracteriza por ser una norma jurídica que especifica una conducta específica y precisa a seguir. Las reglas son de aplicación directa y no admiten excepciones o ponderaciones. Estas normas establecen obligaciones o prohibiciones claras y su finalidad principal es garantizar la certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho.

Una distinción podría ser cualitativa. Las reglas contienen una descripción más precisa, limitada a las situaciones específicas a las cuales se dirige. Los principios tienen un mayor nivel de abstracción e inciden una pluralidad de situaciones.

Por otro lado, un principio es una norma más general que establece valores o metas a alcanzar en el ámbito jurídico. Los principios son más flexibles y permiten una mayor ponderación e interpretación por parte de los jueces. A diferencia de las reglas, que son más específicas y rígidas al momento de su aplicación; los principios no indican una conducta específica a seguir, sino que expresan valores morales o fundamentales del sistema jurídico.

Para Atienza y Ruiz Manero sostienen lo siguiente: “La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación pueda haber casos de penumbra)”.

Para Atienza y Ruiz Manero, los principios se aplican mediante ponderación, pero no son mandatos de optimización, en el sentido que Alexy les da. Mandatos de optimización serían solamente las directrices.

Estos autores específicamente dicen que, los principios del Derecho del consumidor son Principios en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Y dan como ejemplo, el art. 51 de la Constitución española: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»³⁴. En nuestro Derecho interno el art 42 CN sostiene el mismo principio.

En esta corriente ius filosófica neo no positivistas-neo constitucionalista, se encuentran doctrinarios que sostiene que : las reglas son proposiciones normativas aplicables al modo de “ todo o nada”³⁵ , que hace imposible que coexistan reglas contrarias. Constituyen un conjunto cerrado , razones excluyentes, el caso se subsume a la regla. En los principios no juega la aplicación del todo o nada . La dimensión de peso de los principios hace necesario ponderar su valor relativo a circunstancias determinadas .

Siguiendo esta línea de la teoría “neoconstitucionalista” en donde se incluyen autores contemporáneos que respaldan y explican al mismo, en esa nómina están: Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Ferrajoli, Prieto Sanchís, Ollero, etc., y todo ellos en mayor o menor medida y diferentes fundamentos, puede ser adscriptos a teorías no positivistas en tanto básicamente defienden los límites morales del derecho y un saber práctico.

Rodolfo Vigo sostiene que: “que para solucionar el problema jurídico se requiere de la capacidad de encontrar racionalmente las mejores respuestas a los mismos, y luego intentar persuadir a los destinatarios. Es la preocupación por el “mejor derecho” que incluirá valoraciones, dialogo y respuestas con excepciones a tenor del caso”. Como consecuencia el mejor Derecho es el que comprenden reglas y principios.

Zagrebelsky sostiene que: “Si el derecho actual esta compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesa en la medida que son los principios) Por ello , distinguir los principios de las reglas significa, distinguir la Constitución de la ley”³⁶

³⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Reglas y Principios”. Doxa 1991, Pag.103.-

³⁵ Partiendo de la teoría de Dworkin

³⁶ Zagrebelsky Gustavo “ El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” Editorial Trotta pagina 110.-

Este sistema de reglas y principios, exigirá que: cuando dos reglas se muestran en conflicto significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro.- Pero en los efectos viene a ser lo mismo: tanto una regla como un principio pueden ser derrotados por un principio opuesto si éste da una razón de más peso. Por consiguiente, la diferencia entre reglas y principios habrá de estar en el modo de “pretender” su consecuencia jurídica.

Los contenidos de los derechos como reglas establecen lo que debe ser —solución normativa— y lo que se debe hacer —norma para la acción— en el supuesto que se dé el caso genérico descrito en la primera parte de la norma. La regla que establece la obligación de los conductores de vehículos de circular por la derecha en la carretera fija que, si se está circulando con un vehículo, se lo debe hacer por la derecha. Esta regla da una solución normativa definitiva para todos los supuestos que caigan en la descripción del caso genérico que contiene la norma. En materia de derechos humanos, la prohibición de desaparición forzada de personas es un claro ejemplo de una regla que establece una prohibición absoluta. No hay posibilidad alguna de que el Estado justifique su accionar que viola la prohibición. No hay margen para ponderación alguna para la relativización de la prohibición. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la prohibición absoluta de tortura, de esclavitud, de trata de personas.

Los contenidos de los derechos como principios son también exigibles. Los principios pueden ser definidos como normas abiertas, ya que establecen lo que debe ser, pero no respecto de un caso —no determinan en qué supuestos específicos esas soluciones normativas dan una respuesta definitiva. Por eso, los principios son mandatos de deliberación práctica, en tanto normas abiertas que invitan obligadamente a deliberar a las y los destinatarios. El principio de libertad de expresión deja abiertos los supuestos de su aplicación. La libertad de expresión establece un argumento normativo fuerte para su realización en la mayor medida posible. Sin embargo, la libertad de expresión convive con otros contenidos de derechos que también establecen argumentos normativos, a fin de ser realizados en la mayor medida posible como, por ejemplo, el derecho a la protección de los

datos personales. En un supuesto de colisión de ambos derechos, hay que deliberar para determinar los contornos de la norma que regulará la solución para la colisión.³⁷

Por tanto y a modo de conclusión de este punto diré que: son varias las razones por las cuales vale la pena considerar que los principios existen como parte del Derecho: una de ellas es que los principios permiten adaptar las reglas al caso concreto. Por tanto, los principios al proporcionar criterios objetivos e universales, en la resolución de conflictos.- Sobre todo si el conflicto se trata de casos difíciles y controvertidos.

Asimismo, de cualquier manera, ya sea que se entienda al Derecho como Sistema de Normas o como Ciencia Jurídica, es verdad que tanto en uno como en el otro concepto se encuentra la evolución del Derecho . En esencia el hombre es perfectible, y es así que evoluciona, a través de los saltos y/o cambios cualitativos. Pero, si en pos de la evolución, se transgreden derechos fundamentales del ser humano, poco valen esos cambios, ya que nada entonces tienen de positivo.

Es decir que tanto el ius positivísimo y el ius naturalismo, ya no son sistemas exclusivos y excluyentes. Si no que se integran uno sirviendo al otro en la interpretación y aplicación del Derecho.

Uno por si solo resulta insuficiente a la hora de al momento de la resolución de un caso con miras a la equidad y la justicia.- En última instancia, el debate sobre los principios en el derecho busca comprender cómo se integran con las reglas y cómo influyen en la toma de decisiones judiciales. Ambos elementos son fundamentales para garantizar la justicia y equidad en el sistema jurídico y su correcta aplicación depende del contexto específico del caso y de la interpretación realizada por los actores judiciales.

Un buen concepto de derecho evolucionado, es el que sostiene que: es una herramienta para pacificar y facilitar la vida del hombre común.

³⁷ Laura Clérico, “Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas.” Pag.23 septiembre de 2018, en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez

LOS PRINCIPIOS RECTORES SUBYACENTES EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

Preliminarmente, antes de abordar este punto, es decir los principios rectores y específico en esta materia. Corresponde analizar el plexo normativo en que se basa el Derecho del consumidor. Por tanto resulta de trascendental relevancia verificar la existencia de una relación de consumo.

Lo que significa que la “relación de consumo” será entonces la noción articuladora del ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, delimitando sus alcances.

Para abordar este punto, es necesario conceptualizar en un primer momento la definición de Derecho del consumidor. Para ello recurrimos a la definición del Dr. Barocelli, que es resulta la mas explicativa para el tema desarrollado en esta tesis . Que enseña lo siguiente: Derecho del consumidor es un “sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte más débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e institucionales cuando se verifica la existencia de una relación de consumo”³⁸

Por tanto, donde se encuentra el *topoi*, entre esta teoría de reglas y principios con el Derecho del consumidor.

Me permito elaborar mi propio pensamiento con respecto a este tópico. Creo que las reglas están contenidas en el CCC, en la Ley de defensa al consumidor y el art 42 CN³⁹. De modo que las reglas se deducen de esta normativa, pero los principios no están

³⁸ BAROCELLI, Sergio. “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial.” Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa”, Año VI, N° 1, Febrero de 2015, Buenos Aires: La Ley, 64

³⁹Desde la reforma de 1994: Artículo 42 de la Constitución Argentina: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

consagrados expresamente, si no que surgen implícitamente como directrices o mandatos de optimización. De esto surgen los principios protectorios para la interpretación o integración de normas, sirviendo de útil herramienta a los operadores para la efectivización del “diálogo de fuentes” y resolución del caso concreto.

Para que sean aplicables los dichos principios rectores, es condición necesaria que las partes involucradas revistan la calidad de proveedor y consumidor, vinculados por una relación de consumo. De otra manera, los efectos protectorios específicos no serán aplicables.⁴⁰

El derecho del consumidor nació con la sanción de la ley 24.240⁴¹ en el año 1993, que luego adquirió jerarquía constitucional con la reforma del año 1994. Dicha reforma incorpora el Derecho al consumidor entre los derechos fundamentales. La ley especial brindó una noción de consumidor, que luego fue profundamente reformada por la ley 26.361 del año 2008, y por la sanción del Código Civil y Comercial unificado que incorporó en materia contractual la regulación básica del derecho del consumo, modificando -por ley anexo- su delimitación en sentido restrictivo.

Un primer momento para analizar es determinar el sujeto que merece la tutela diferenciada del derecho del consumidor. Por consiguiente es necesario conceptualizar dicha característica: “Se considera consumidor a la persona física 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.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁴⁰ En estas circunstancias se puede negar la aplicación del derecho del consumidor porque quien alegaba ser parte débil, en realidad, quedaba subsumido en la noción de empresario o proveedor por destinar el bien o servicio a una actividad productiva reincorporándolo al mercado. Y no lo hace para su uso personal o de su familia.-

⁴¹ Actualmente se encuentra el “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, en su Sección 2ª – Principios Art. 5. Principios y dice que: Tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: 1. Principios de progresividad y no regresión. 2 Principio de orden público de protección 3. Principio de acceso y accesibilidad al consumo 4 Principio de transparencia de los mercados. 5. Principio de consumo sustentable 6. Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana 8 Principio de prevención de riesgos 9. Principio de precaución. 10 Principio antidiscriminatorio 11. Principio de Primacía de la Realidad

gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Cabe agregar que, del marco regulatorio de la Ley de Defensa al Consumidor surge que para que exista una relación de consumo debe existir “un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, que podrá tener como causa un hecho jurídico entendido como todo acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produzca el nacimiento de relaciones o situaciones jurídicas. Entonces, todo hecho o acto atribuible al hombre es susceptible de generar una relación de consumo en la medida que involucre o afecte, directa o indirectamente, a un “consumidor”, y se dé como consecuencia o en el marco de una actividad desarrollada, directa o indirectamente, por un “proveedor.

O sea que para que los principios específicos rectores del Derecho al consumo surtan efectos debe haber una relación jurídica entre consumidor y proveedor.

De este plexo normativo, se desprenden principios cardinales y principios secundarios. Entre los principios cardinales, orientadores y primordiales en el Derecho podemos encontrar los siguientes “principio protectorio” *“in dubio pro consumidor”* y “principio de progresividad”.

Es decir, estos principios, entonces será mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de la relación jurídica consumeril.

Entendemos que los principios, no son verdades reveladas inmutables y trascendentes al tiempo sino como directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada.

Por tanto constituyen líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos previstos.

El Derecho del Consumidor, como nuevo campo del conocimiento jurídico no tiene a la fecha consolidada, de manera unánime, sus principios. Los mismos “sobrevuelan” la normativa protectoria.

A los efectos de su identificación y caracterización, entendemos que corresponde partir, en primer término, de la naturaleza esencialmente tuitiva del Derecho del Consumidor, inmersa en la perspectiva de los derechos humanos. Creemos, por tanto, que resulta útil recurrir a construcciones elaboradas en el campo de los derechos humanos, en particular los derechos humanos de tercera generación, junto con el de otras experiencias de relaciones interprivadas asimétricas, constitucionalizadas e impregnadas de orden público y protección del vulnerable, como el Derecho del Trabajo, compatibilizando los mismos con la esencia del Derecho del Consumidor y las tradiciones del derecho privado clásico. Por la dinámica del Derecho del Consumidor, no creemos que dicha propuesta sea definitiva, sino susceptible de continuo análisis y revisión por la doctrina y el resto de la comunidad jurídica.⁴²

Por estas razones antes expuestas, proponemos para el Derecho del Consumidor los principios que caracterizaremos a continuación:

a) Principio protectorio. El principio protectorio es uno de los principios fundamentales del Derecho del Consumidor. El mismo constituye una derivación del principio *pro homine* de los derechos humanos, conjugado por el principio general del Derecho *favor debilis* o de protección de la vulnerabilidad.

Tiene su razón de ser en la situación de vulnerabilidad estructural de los consumidores en la “sociedad de consumo” de la que antes desarrolláramos y encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 CN.

El reconocimiento por parte del Derecho de la desigualdad entre consumidores y proveedores emerge como una función correctiva en pos de promover la igualdad real consagrada en la CN y los tratados internacionales de derechos humanos y no quedarnos en una mera igualdad formal, conforme las lecturas de los códigos decimonónicos.

El Código Civil y Comercial lo ha receptado expresamente, en su art. 1094.

Para su aplicación, el principio protectorio, en su faz interpretativa, se suele expresar en tres formas:

⁴² Capítulo II. La relación de consumo como categoría delimitadora del ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, nacida del contacto social. Título 6.3.2 Los principios y reglas interpretativas del Derecho del Consumidor.

- a) regla *in dubio pro consumidor*;
- b) regla de la norma más favorable; y
- c) regla de la condición más beneficiosa.

I) Regla *in dubio pro consumidor*. El *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación del Derecho, encuentra reconocimiento en el art. 3 de la LDC y 1094 CCC, en tanto que como regla de interpretación convencional tiene su sustento en el art. 37 de la LDC y 1095 CCC. Dicha regla constituye asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como las precisiones contradictorias en la oferta o la publicidad (art. 7 del Decreto reglamentario N° 1798/94) o el derecho de los usuarios a recibir las prestaciones de emergencia en el contrato de medicina prepaga (art. 26 inc. a Ley N° 26.682). Principio Protectorio del consumidor, y su interpretación a favor del mismo.- Creándose así, el modelo del desarrollo de la debilidad jurídica.- Ya que en todo ordenamiento jurídico tiene como fin la salvaguarda de la dignidad humana, la cual se traduce en que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, en especial las personas cuya autonomía está disminuida en cuyo caso merecen aún más una protección especial. Dicha protección debe estar encaminada a garantizar la prelación de los intereses del consumidor, frente a la Empresa o prestador de servicio.

El régimen de protección del consumidor se caracteriza por incluir reglas, principios y mecanismos de derecho público y privado, regulaciones de carácter nacional e internacional, e involucrar diversas ramas del derecho transversalmente: civil, comercial, administrativo, constitucional, tributario, procesal, etc. Por ello, se extiende y atraviesa todo el ordenamiento jurídico, y quizás éste sea el motivo por el cual existen diversas regulaciones del instituto incluso internamente en cada sistema jurídico nacional.

II) Regla de la norma más favorable. La regla de la norma más favorable establece que en caso de haya más de una norma que resulte, en principio, aplicable a una relación jurídica, se debe optar por aquella que sea más favorable para el consumidor, sin importar su jerarquía, generalidad o especialidad, orden temporal o clasificaciones de otro tipo.

Dicha regla tiene reconocimiento expreso en el art. 3, 2do. párr., de la LDC, como criterio superador de la especialidad y jerarquía y por el art. 7, 3º párr. del CCC. También es referida en supuestos específicos, como la normativa aplicable en materia de servicios públicos (art. 25, 3er. párr. LDC)

La regla de la norma más favorable es quizá la más importante a la hora del diálogo de fuentes. Identificar cuál es la norma más favorable implica bucear en los diversos cuerpos normativos que resultan aplicables a la relación de consumo en particular y para cada situación en concreto, sin necesidad de que este deba optar en bloque por un cuerpo normativo u otro.

III) Regla de la condición más beneficiosa. La regla de la condición más beneficiosa prescribe que la aplicación de una nueva norma nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable. Por tanto, toda modificación normativa, general o particular, debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.

Dicha previsión encuentra su fundamento iusfundamental en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. del 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que consagra los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

El principio de progresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, que resulta aplicable a los derechos de los consumidores como derechos humanos de tercera generación, contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, expresada a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, también llamado principio de no regresividad.

Esta regla ha tenido reconocimiento expreso en materia de relaciones de consumo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “CEPIS c. Ministerio de Energía y Minería” En dicha causa se decretó la nulidad absoluta de una resolución del Ministerio de Energía y Minería que aprobaba un nuevo cuadro tarifaria para los usuarios de gas, por haberse omitido los procedimientos constitucionales y legales de participación previa de los consumidores. Sin embargo, la resolución mantuvo su vigencia para los beneficiarios de la llamada “tarifa social” por ella instituida, por resultar la condición más beneficiosa para ese grupo de usuarios.

b) Principio de sustentabilidad

El art. 1094 CCC también consagra como principio de aplicación e interpretación del derecho el principio del “acceso al consumo sustentable”. Dicho principio, que llamábamos de sustentabilidad[, para establecer necesarios puentes con el Derecho Ambiental subsume dos contenidos: el derecho de acceso al consumo y el derecho al consumo sustentable.

El derecho de acceso al consumo, recordemos, es el primer derecho de “entrada” al sistema, el derecho de acceso al consumo[y constituye un derecho mínimo de inclusión de todo persona humana, y por tanto de acceso al consumo de determinados bienes y servicios básicos garantizados por el Estado (alimentación, vivienda, salud, educación, etc, que permitan un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables. De esta manera se garantiza a toda persona un estándar razonable de calidad de vida, para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, como elementos imprescindibles de la autonomía individual que permita alcanzar el desarrollo humano, entendido como el desarrollo de la plena potencialidad del ser”.

Se trata, por tanto, de un estándar imprescindible para el ejercicio de la ciudadanía social.

El consumo sustentable, en tanto, es el derecho “de cierre”. Implica, conforme prescriben las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental.

El desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado -el consumismo y la pobreza-, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad.

En este primer punto, la eliminación de la pobreza encuentra su vinculación con el ya mencionado derecho de acceso al consumo como un piso mínimo de inclusión social de todos los habitantes. En cuanto al consumismo, la cuestión resulta más compleja, como se verá al analizar la obligación de promover la sustentabilidad, comprendiendo dimensiones económicas, políticas, sociales y culturales.

c) Principio de irrenunciabilidad de los derechos

Por tener carácter de orden público, los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales, aun de oficio, de conformidad con el art. 65 de la LDC.

A ello podemos agregarle lo dispuesto por los arts. 12 y 13 CCC, que consagra que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12) y que está prohibida la renuncia general de las leyes y que los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba (art. 13), situación esta última de aplicación al Derecho del Consumidor por su carácter de orden público de protección.

Por lo tanto, los consumidores no podrán hacer renuncia expresa o tácita de sus derechos, tanto de manera previa como posterior.

d) Principio de buena fe

La buena fe es un principio general de derecho, presente en todas las relaciones jurídicas, de raíz constitucional, reconocido de modo genérico en el art. 9 CCC.

La buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho, de manera que cabe enunciarla en una comprensión amplia y

abarcativa de suerte que todas las personas deben obrar de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal.

En este sentido, suele distinguirse entre buena fe subjetiva, también conocida como buena fe creencia o concepción psicológica de la buena fe y buena fe objetiva, también denominada buena fe lealtad o de concepción ética de la buena fe.

Así, esta última funciona como regla de conducta o comportamiento, con honestidad, rectitud, lealtad y consideración de los intereses de la otra parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes.

La buena fe, tanto en su concepción objetiva como subjetiva, baliza el ejercicio de los derechos y compone una verdadera válvula del sistema por donde surge el elemento moral, posibilitando no sólo la constante adecuación a la realidad socio-económica, sino también a la efectiva realización de la justicia contractual. En el campo del Derecho del Consumidor, el principio de buena fe, es mencionado expresamente en el art. 37 de la LDC. Juega como regla de conducta tanto para el proveedor como el consumidor

Cabe mencionar así también estos principios:

1. Principio de transparencia: Los proveedores deben proporcionar información clara y comprensible sobre las características, condiciones y precio de los productos o servicios ofrecidos.⁴³
2. Principio de responsabilidad: Los proveedores son responsables por los daños causados a los consumidores como consecuencia de productos defectuosos o servicios deficientes.

Los mencionados principios son algunos de los principales principios iusfilosóficos que se aplican en el derecho del consumidor. Las consecuencias de estos principios pueden

⁴³ En lo que respecta al deber de información imperante en el tema, vuelve a operar el art 36 de la LDC cuando impone al proveedor, bajo pena de nulidad, que en las operaciones financieras y de crédito para el consumo deberá consignar, es decir, informar de modo claro al consumidor y usuario, los elementos que el articulado consigna. Su incumplimiento genera la nulidad del contrato o alguna de sus cláusulas.

ser diversas, pero en general tienen como objetivo garantizar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los consumidores y los proveedores.

Ambos elementos son fundamentales para garantizar la justicia y equidad en el sistema jurídico y su correcta aplicación depende del contexto específico del caso y de la interpretación realizada por los actores judiciales.

La interpretación pro consumidor “in dubio pro consumidor”

Véase el art artículo 1094 del CCC: “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. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

Desde la óptica del CCC resalta la actividad racional de interpretar. Donde claramente manda que el *argumento* que se utilice para interpretar deba hacer debe ser *pro-consumidor*.

En el contexto de la relación de consumo, un argumento pro consumidor debería basarse en una narración correcta y coherente. Esto implica utilizar un lenguaje sin errores de gramática y sintaxis, así como emplear las palabras en su significado correcto para evitar confusiones o cambios inesperados de significado.

Además, es importante mantener la coherencia lógica en la argumentación, evitando contradicciones o saltos ilógicos en la descripción de los eventos o contextos. También se debe evitar hacer inferencias no justificadas, es decir, asegurarse de respaldar cada información con evidencia sólida y razonamiento lógico.

Este tipo de argumento tiene especial relevancia cuando se trata del deber de información por parte del proveedor hacia el consumidor. Es importante que toda información proporcionada sea precisa y veraz, evitando cualquier forma de engaño o manipulación.

Como obligación del proveedor, la información debe cumplir con los siguientes estándares constitucionales, en lo todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización, y toda otra circunstancia relevante, a saber: adecuada, en relación al destinatario (adecuación subjetiva); que permita

su comprensión y acceso y en relación al bien o servicio brindado y sus condiciones de comercialización (adecuación objetiva); veraz, es decir, sin falsedades, simulaciones, ambigüedades o vaguedades, datos contrarios a la realidad, ardides o artificios para disimular ciertas características de bien o servicio, o que pueda inducir a engaños o confusiones, como también a partir del desarrollo por el proveedor al ser una obligación de resultado, devengará la obligación de resarcir los daños ocasionados en la persona o el patrimonio.⁴⁴

Asimismo, este argumento también puede aplicarse a cuestiones relacionadas con publicidad escrita o audiovisual. La publicidad debe ser clara y transparente, sin tergiversar los hechos ni inducir a error al consumidor.

Según doctrinario como Taruffo el argumento se centra en la narración que se construye lingüísticamente, semántica y lógica.- La narración correcta depende uso del lenguaje sin errores de gramática y sintaxis.- La correcta narración semántica se realiza en usar las palabras en su significado propio y evitar cambiar el significado con que se utiliza el mismo. Lo mismo se puede decir de las reglas de coherencia lógica, como las que prescribe el narrador evitar contradicciones, saltos en la argumentación y en la descripción de eventos contextos y también le uso de inferencias no justificadas.⁴⁵

Como se mencionó anteriormente, argumentar implica dar razones para defender o refutar una determinada tesis.

Desde la enseñanzas de Manuel Atienza, argumentar “es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello⁴⁶. Continúa diciendo Atienza “una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar⁴⁷”.

Ahora bien, cómo interpretar? Ya que resulta relevante justificar. De ahí, la importancia de la interpretación jurídica de las normas. De este tópico surge la necesidad de cómo justificar.

⁴⁴ Barocelli, Sergio Sebastián. “Los derechos de los consumidores y usuarios. A 25 años de la reforma constitucional de 1994. Pag 407.- Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 A 25 años.

⁴⁵ Taruffo Michele. “Simplemente la verdad” Pag. 69 y ss

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. “Curso de argumentación jurídica...” cit., p. 109

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. “El sentido del derecho”, Barcelona, 2001, Ariel. Pág. 254

Que requisitos se deben cumplir en la interpretación de las normas? Y en su caso como se interpreta la norma consumeril para que prevalezca sobre las otras normas?

En esta problemática , en la interpretación jurídicas de las normas , es necesario acudir al ámbito de la teoría del Derecho , a fin de encontrar el argumento válido para la correcta interpretación. Lo que comprenderá que el argumento que se implemente justifique la validez de la norma , si no también probar los objetivos o intereses perseguidos en el sustento de la norma de la justificación implique.

Según Atienza, se dan en tres grupos: “LÓGICA RETORICA Y ÉTICA”

Es así que Para Atienza en el título 3.c TEORÍA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA⁴⁸ se dan en tres grupos los que denomina : “LÓGICA“ “RETORICA” Y “ETICA”

a) Teoría lógica: la justificación solo puede tener naturaleza lógico deductiva. No hay ningún otro tipo de justificación que sea aceptable. Y coherentemente con un enfoque iuspositivista la justificación debe partir de premisas que son y solo pueden ser , normas jurídicas.

b) Teoría retorica que en su opinión las divide en dos grupos: a) por un lado hay teorías que afirman que de hecho los juristas usan argumentos retóricos y no lógicos para justificar sus interpretaciones ; b) por otro hay teorías que afirman que los juristas deben usar argumentos retóricos y no lógicos para justificar sus interpretaciones.

c) Teorías Éticas de la justificación de la interpretación es la más reciente y es la que en la actualidad está teniendo más éxito, en los que incluye a Zagrebelki, Dworkin, Alexy y Nino.

Estas teorías afirman que una justificación completa de cualquier decisión y específicamente de una decisión jurídica y por tanto también de una decisión interpretativa es necesariamente una justificación político moral . Por consiguiente el razonamiento jurídico no es más que una parte o un sector del razonamiento practico,. Son teorías del razonamiento practico construidas a partir de modelos jurídicos, en las que , sin embargo , el razonamiento jurídico no es otra cosa que un subsector del razonamiento practico .

⁴⁸ Manuel Atienza “Curso de argumentación jurídica” . Editorial Trotta Pag. 130.-

Y agrega que considera esta teoría un ataque al iuspositivismo, que es una corriente dominante desde hace dos siglos. Según el positivismo jurídico una justificación completa de una decisión interpretativa termina con la enunciación de la norma jurídica aplicable al caso.-

Es así que como se ve la interpretación jurídica va a depender si se es iuspositivista o iusnaturalista.

Doctrinarios como Vigo, sostiene que la justificación de la norma en cuanto a su validez y afirma que “... una norma jurídica es válida cuando ella cuenta con razones suficientes que la justifican y, por ende, la tornan obligatoria a dicha norma, por lo que sus destinatarios deben aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir –justificadamente- las consecuencias previstas para su incumplimiento. Justificar la norma es fundamentarla o motivarla de manera que gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo que en ella se ha dispuesto u ordenado”

Ahora bien,

El argumento de los Derechos Fundamentales como principio protectorio.

Donde radica la importancia de los derechos fundamentales? Los derechos humanos importan, e importan mucho. Su vigencia configura, de alguna manera, el soporte y andamiaje último del entramado social. Por eso se encuentran a la cabeza de los cometidos estatales, como prueban su tutela constitucional y su protección en los tratados internacionales de derechos humanos. Por eso es indispensable su respeto, defensa y promoción por parte de todos, también los particulares, sean personas físicas o sean instituciones. Todo esto conduce a que denegarles amparo, o licuarlos al cambiarles radicalmente su estructura, composición y finalidades, no sea algo sin consecuencias, no sean acciones inocuas, sin graves daños. Por el contrario, generan y generarán enormes perjuicios a las personas y a la sociedad.

Y esto es así, ya que los derechos humanos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de ésta o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima

del Estado y su soberanía; no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.

Dado lo antes dicho en relación a los derechos humanos, ¿puede clasificarse como derechos humanos, a los derechos del consumidor? Para desarrollar este argumento es necesario recurrir a: la definición derechos humanos, seguidamente si los derechos del consumidor cumplen con las pruebas sustantivas de los derechos humanos y si existe una base formal en los documentos internacionales que reconozcan los derechos del consumidor .-

⁴⁹ Ya que en principio, los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales cuando son reconocidos por un tratado.

Cabe agregar que, un rasgo destacable del derecho del consumidor es que se ubica dentro de los derechos humanos, por la en especial tutela de la dignidad de la persona humana ante la vulnerabilidad que presenta el consumidor⁵⁰ ya que el consumidor en primer lugar es persona humana, y como tal merece la máxima consideración y respeto por los empresarios y proveedores, de conformidad a los criterios de Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos, el que también debe ser tenido en cuenta en las políticas públicas de protección. Al efecto, el derecho a la dignidad es la clave de identificación del derecho del consumidor dentro del sistema de tutela de los derechos humanos. Este principio está expresamente consagrado en el derecho argentino en el art. 42 de la CA, en el art. 8 bis de la LDC y en los arts. 1097 y 1098 del CCCN.⁵¹ Desde este enfoque, los derechos del consumidor son similares a otros derechos humanos. Ya que los derechos humanos tienen como objetivo proteger al individuo de infracciones arbitrarias por parte del gobierno. Por tanto, de esta manera, el consumidor individual tiene derecho a protección contra grandes organizaciones empresariales, monopolios, cárteles y multinacionales.⁵²

⁴⁹ Osgoode Hall Law Journal Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article 4 7-1-1994 Are Consumer Rights Human Rights? Pag 543

⁵⁰ Gabriel STIGLITZ, Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Gabriel STIGLITZ y Carlos A. HERNÁNDEZ (Directores), Tomo I, Thomson Reuters, Buenos Aires: La Ley, 2015, 309-316;

⁵¹ STIGLITZ, Tratado de Derecho del Consumidor, 311.

⁵² “Consumer rights are similar to other accepted human rights in other aspects as well. Human rights are intended to protect the individual from arbitrary infringements by government. In the same way, the individual consumer is entitled to protection against big business organizations, monopolies, cartels, and multinational Corporations”. Osgoode Hall Law Journal Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article 4 7-1-1994 Are Consumer Rights Human Rights? II. WHICH RIGHTS ARE HUMAN RIGHTS? Pag 552.-

Para justificar lo antes dicho, la protección del ciudadano-consumidor radica en la desigualdad real que existe entre éste y los proveedores en el tráfico comercial, que los perjudica no sólo en lo económico o patrimonial, sino en diversas facetas de la vida en sociedad y en su condición de persona humana cuya dignidad merece especial tutela, tal como es reconocido en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Además, el derecho de los consumidores se funda en normas internacionales que de modo directo o indirecto tutelan sus intereses, entre los que se destacan: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que prevé el derecho a un nivel de vida adecuado, incluida alimentación, vestido y vivienda; la mejora continua de las condiciones de existencia, la protección contra el hambre, y el derecho a recibir información de principios sobre nutrición; las Directrices de las Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor imponen asegurar que las políticas lleguen efectivamente a todos los sectores de la población, especialmente, a los más carenciados. A nivel regional vale destacar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. XI y XXIII consagran los principios de preservación de la salud, el bienestar y satisfacción de necesidades esenciales del hombre; y en similar sentido, la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que en el art. 26 consagra el deber de los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y de educación.

La relevancia de este argumento es su intención de universalidad y validez para todos los Estados, aun cuando no tenga vigencia directa en éstos, pero sí como modelo de estándares mínimos que las legislaciones nacionales deben adoptar. Concretamente, en el Prefacio se dispuso: “Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las Directrices ayudan a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados

Miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores.⁵³

Argumento gramatical de los Derechos Fundamentales.

Siguiendo con el argumento de la justificación del derecho del consumidor como derecho humano , surge la necesidad de determinar que comprenden los Derechos Humanos⁵⁴ , a tal fin , cabe hacer una referencia al significado de “Derechos Fundamentales”. Y acudo a la “primera acepción (...) en el Diccionario de la Real Academia Española” y que responde: “ derechos que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, son normalmente recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior.

Argumento de la importancia cultura jurídica moderna:

El hito de su creación marcó las circunstancias especiales, que dieron lugar a un antes y un después, convirtiéndose en bisagras sobre las que gira la historia hacia nuevos destinos.

En este sentido, en los últimos dos siglos, y en especial de modo creciente desde 1948, estamos en lo que Norberto Bobbio denominó “la era de los derechos” (L’età dei diritti, Einaudi, Torino, 1990), o en lo que para Louis Henkin es “el tiempo de los derechos” (The Age of Rights, Columbia UP, New York, 1990). Así, el 10 de diciembre de 1948, en París, la ONU adoptaba la Declaración Universal de Derechos Humanos, abriendo una nueva era de esperanza a la humanidad, tras la oscuridad inefable de dos guerras mundiales.

Este hito marca el reconocimiento de los derechos humanos internacionales sólo como aquellos derechos que fueron oficialmente afirmados como derechos humanos en la guerra de 1948. Declaración Universal y en pactos internacionales como el de 1966. PIDCP⁵⁵

⁵³ Naciones Unidas Directrices para la Protección del Consumidor (Nueva York y Ginebra, 2016) pag 6.-

⁵⁴ Osgoode Hall Law Journal Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article 4 7-1-1994 Are Consumer Rights Human Rights? II. WHICH RIGHTS ARE HUMAN RIGHTS? Pag. 544

⁵⁵ Sigla PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

y PIDESC⁵⁶ de 1966. Los títulos de los dos pactos pueden servir como clasificación elemental de los derechos humanos en cinco grupos: (1) civil, (2) política, (3) económica, (4) social y (5) cultural.

El Derecho del consumidor forma parte de los Derechos de la tercera generación, ya que en su estructura participan de estas cinco características: Civil, político, económico, social y cultural.

Argumento conceptual según Doctrina:

En particular Norberto Bobbio habla de la “era de los derechos” por cuanto muchos de los derechos que usualmente se consideraban en el derecho natural, hoy forman parte del derecho positivo⁵⁷.

Ferrajoli dice que el reconocimiento de derechos fundamentales abarca tanto el de las expectativas positivas como de las expectativas negativas. Las primeras, se garantizan mediante técnicas de coerción o de sanción que posibilitan su satisfacción efectiva. Los derechos fundamentales como los derechos sociales imponen vínculos es decir obligaciones prestacionales.

Sostiene Alexy que cuando se habla de derechos sociales fundamentales, como por ejemplo la salud alimentación trabajo vivienda educación se hace referencia a derechos prestacionales en sentido estricto. Y aunque las prestaciones son exigibles al Estado, muchas veces afectan de manera directa las relaciones jurídicas entre particulares.

Argumento del consumidor como sujeto vulnerable y la asimetría estructural

⁵⁶ Sigla: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos . Pag 97

En nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho del Consumidor se encuentra orientado por el Principio *Pro homine*⁵⁸, lo que lo coloca en el estándar de derecho fundamental. Dicha categoría de Vulnerabilidad, da el basamento para desarrollar el argumento del modelo de la debilidad jurídica. Es decir, el principio *Pro homine* suministra el reconocimiento universal de la dignidad humana, en la relación de consumo. El cual está consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El objetivo principal del principio *pro homine* es asegurar la máxima protección y promoción de los derechos fundamentales de todas las personas, aplicando la norma que asigne mayor alcance a su protección, ya sea ella que devenga del derecho internacional o nacional

Ya que constituye un esquema protectorio de un modelo de la debilidad jurídica sintetizado en la figura del consumidor, el que constituye una categoría objetivizada por el legislador, que obliga a perseguir una gran precisión al momento de su descripción.

Es por ello que se puede entender al consumidor como un sujeto vulnerable⁵⁹. Desde esta perspectiva, se persigue, como fin, asegurar el restablecimiento de la igualdad y libertad, en las relaciones de consumo, en donde se encuentran al consumidor⁶⁰, el proveedor de servicios⁶¹, empresas, y el elemento final que es el destino del uso o los bienes adquiridos para su uso personal o de su familia.

Este principio *erga homines* conecta estrictamente con el principio de igualdad, ya que ambos tienden a equilibrar la asimetría estructural, propia del derecho al consumidor.- Ya que, la desigualdad o desequilibrio obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en “subordinación”, “debilidad o vulnerabilidad

⁵⁸ También las obligaciones internacionales de los Estados concernientes a los derechos humanos han sido definidas como obligaciones erga omnes por la Corte Internacional de Justicia, desde 1970: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Merits, ICJ Reports, 1970, párrs. 33 y 34.

⁵⁹ Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condición de Vulnerabilidad considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental o por situaciones sociales económicas étnicas o culturales encuentran especial dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (2.1.3)

⁶⁰ Ley 24.240 art 1: “ Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

⁶¹ Definición de proveedor de servicios según la ley 24240 ARTICULO 2º — Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.

estructural”, “debilidad negocial” o “inferioridad manifiesta” y sean, por consiguiente, merecedores de tutela legal.

Entendemos a la vulnerabilidad como un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación.

En el caso de las relaciones de consumo, la vulnerabilidad entre consumidores y proveedores es “estructural”, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea de “igualdad formal” a la de “igualdad de trata en igualdad de circunstancias”, en miras de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados.

La vulnerabilidad no es inherente a su persona sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo, una condición jurídica que torna al vínculo intersubjetivo de manera desequilibrada.

Todos los consumidores, por los embates de la sociedad de consumo y las fallas del mercado, son, por tanto, vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios.

Dicha vulnerabilidad al ser estructural implica una presunción iure et de iure, no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna. No podrá argumentarse el conocimiento técnico superior a un consumidor medio, ya que la finalidad de protección de los consumidores no reviste en analizar caso por caso si revisten estas características.

En este punto adquiere relevancia jurídica lo referente a la prueba. Poniendo en cabeza del proveedor, empresa o prestador de servicio la obligación de producir la prueba por parte de este. En donde se considera que por su posición dominante se encuentra en mejor posición para la producción de las misma.- Exaltación palpable de cómo juega el principio de igualdad en el estándar de asimetría estructural.

Así, las normas de protección al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al proveedor de servicio Se trata de una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste. Es por ello que el sistema tutelar reconoce como principio la vulnerabilidad del consumidor. Su admisión no solo no genera cuestionamientos, sino que tampoco se duda que está presente en “toda la categoría de sujetos que realizan prácticas de consumo”. Desde esa perspectiva, resulta entonces posible hablar de un

“consumidor medio” respecto del cual proyecta su actuación tanto el principio protectorio favor consumidor –que en nuestro régimen tiene jerarquía constitucional, como así también todo el andamiaje jurídico diseñado en resguardo de sus derechos básicos.

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento constitutivo de la categoría. En ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que “1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino”.

La vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado ha sido reconocida como presupuesto de la protección de los consumidores por la Resolución N° 36/GMC/19⁶² de Principios Fundamentales de Defensa del Consumidor Mercosur (art. 1); criterio que también recoge el Proyecto de nueva Ley de Defensa del Consumidor (art. 5).

En este contexto protección estructural al consumidor, a fin de restablecer el equilibrio entre las partes con el norte indicando la no discriminación, la CIDH ha puesto particular énfasis en la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación. En este sentido, al verificar la existencia de una situación de discriminación estructural, la Comisión ha entendido que el Estado debe tomar medidas acordes para disminuir y eliminar la situación de inferioridad o exclusión contra determinada persona o grupo de personas.

Por ejemplo respecto a situación de las personas afrodescendientes en las Américas, la CIDH en su Documento 62 del 5 diciembre 2011 sostuvo “La situación de discriminación estructural se verifica en los indicadores de acceso a vivienda, créditos y préstamos, salud y educación de calidad, índice de expectativa de vida y tasa de nutrición, y en las dificultades para el uso del espacio público o el acceso a determinados lugares de recreación”⁶³. Por otra

⁶² Resolución N° 36/GMC/19. Resolución Grupo del Mercado Común año 2019. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra normas Internacionales y Nacionales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor.- Incorporada al ordenamiento jurídico Nacional y publicada como Anexo de la RESOLUCION 310/2020, de la Secretaria de Comercio Interior B.O. 11/09/2020, PAGINA 48

⁶³ CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. Doc. 147. 7 septiembre 2017, párrafo 160; y CIDH. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. Doc. 69. 7 junio 2010, párrafo 70

parte, la situación de discriminación estructural no solamente se advierte en las estadísticas o indicadores, sino que se reproduce en el imaginario colectivo y en la continuidad de estereotipación de la población afrodescendiente, aplicándoles calificativos peyorativos e irrespetuosos a su dignidad como personas.

Es importante resaltar que, la evolución experimentada por el Derecho del consumidor muestra que sus principios y reglas ya no se circunscriben a tutelar exclusivamente los derechos patrimoniales sino que también atiende a aspectos vinculados a los derechos extrapatrimoniales del consumidor. Dicha expansión halla justificación en la necesidad de priorizar y reafirmar a la defensa de persona humana ante la creciente despersonalización que promueve la sociedad de consumo. En esa línea de pensamiento, advertía -hace ya un tiempo- el Prof. Ciuro Caldani, que el Derecho del consumidor no sólo debe atender a la protección individual frente al proveedor (micro protección) sino también frente al sistema que lo produce (macro protección), de manera de salvaguardar la dimensión humana de aquél.

Este argumento de los principios *pro homine*, pro consumidor, progresividad, *pro debilis* o de protección al vulnerable que nacen de los tratados internacionales ratificados por nuestra Nación y de las 100 Reglas de Brasilia, resultan principios rectores en la relación jurídica consumeril. Sobre todo al momento de la interpretación de las mismas en este sentido. Lo que evidencias que ya no son más normas dogmáticas.

De esta manera, en toda relación de consumo tendremos una parte “fuerte” (proveedor) y una parte débil (consumidor).

Esta vulnerabilidad de los consumidores se vislumbra en diferentes facetas:

I) es técnica, toda vez que el consumidor no posee muchas veces conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y, por lo tanto, puede ser víctima de errores o engaños en cuanto a las características del bien o servicio, en cuanto a su calidad o utilidad o las condiciones de comercialización frente a un sujeto que se desempeña de manera profesional en el mercado;

II) es jurídica o científica; ya que debido a la masificación de las operaciones en el mercado y a su superioridad negocial, los proveedores suelen imponer los términos y

condiciones de las relaciones de consumo, instrumentando sus operaciones a través de contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación, quedando circunscripta la autonomía de la voluntad al mero asentimiento de decidir contratar o no contratar;

III) es socio-económica, material o fáctica, por cuanto son los proveedores los agentes económicos detentores de los medios y mecanismos de control de la producción, en todas sus fases, y por tanto, del capital y, como consecuencia, de status y prestigio social.

Son también los proveedores quienes poseen mejores condiciones de acceso a recursos financieros y fuentes de financiación, sumado a que su poder económico se ve muchas veces potenciado por la situación de monopolio, oligopolio, concentración económica u prácticas colusorias del mercado.

IV) Es psicológica, debido a los efectos que efectos de la publicidad, las prácticas comerciales, construcción del poder de la marca, el marketing, la obsolescencia percibida, entre otras, produce en los consumidores.

V) Es informativa, en el sentido de que es el proveedor quien detenta o está en mejores condiciones de acceder a la información relativa a los bienes y servicios y condiciones en que las operaciones que realizan, colocando de esta manera en inferioridad al consumidor a efectos de meritar si dichas prestaciones y condiciones se ajustan a sus intereses y posibilidades.⁶⁴

Argumento de la característica de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales:

Y esto es así, ya que los Derechos Humanos participan de la característica de indivisibilidad e interdependencia.- Los derechos humanos son indivisibles como indivisible es la dignidad humana. No se admiten desmembraciones ni jerarquías entre los derechos humanos, de modo que no puede afirmarse que alguno sea no substancial o de importancia menor. Tampoco es admisible, en el plano conceptual y de principios, que se respeten unos

⁶⁴ Sergio Sebastián Barocelli. “Teoría General de las Relaciones de Consumo” – Capítulo II La relación de consumo como categoría delimitadora del ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, nacida del contacto social . Fecha 19-04-2021

derechos, mientras se vulneran otros: no cabe hacer distinciones entre las fuentes de ofensa a la dignidad humana, que es el bien esencial que forma el objeto de los derechos humanos. Ellos son, por el contrario, interdependientes, porque la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la participación política si son vulneradas la libertad de expresión o la de asociación; o con el derecho a la vida si no son satisfechos el derecho a la salud o a la alimentación. En ese sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas, pero que, como se verá luego, carece de fundamento conceptual. Igualmente, la distinción que se hace entre “tres generaciones de derechos humanos” sólo es admisible didácticamente, pero no como una cuestión de concepto.

CAPITULO II

Análisis de los principios protectorios del consumidor a partir caso: “ Olivera Fuentes c/ Perú, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ”

En virtud a que una de las formas, que un derecho, tenga categoría de Derecho humano o fundamental es que estos pasen a ser parte de la jurisprudencia recogida por estos tribunales internacionales. Por tanto el fallo en análisis vincula el derecho del consumidor y derechos humanos.

Otro argumento a tener en cuenta es que en el Estado Constitucional de Derecho la regla de reconocimiento constitucional se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y una fuente externa (*ius cogens*, Tratados internacionales, jurisprudencia internacional y costumbre internacional, el horizonte de proyección constitucional nos permite afirmar que a la hora de la interpretación y aplicación del Derecho esto se verá enriquecido con la caracterización de los derechos de los consumidores en la

perspectiva de los derechos humanos de tercera generación, con toda la impronta y eficacia que ello traen a los aparejados, en particular, los principios *pro homine*, de progresividad, no regresividad, universalidad y dignidad.

Para analizar este fallo de la Corte Internacional de Derechos lo expondremos en tres ejes: 1) La existencia de la relación de consumo 2) La supervisión del estado 3) La empresa como proveedor de servicios.-

Existencia de la relación de consumo como condición necesaria

Para que los principios rectores que surgen del derecho internacional, tengan intervención es necesario que los principios protectorios del consumidor, entendido como condición necesaria, estén regulados dentro de la ley interna. Es decir la regulación de la relación de consumo custodiada y controlada por parte del Estado.

Por tanto, para que resulte aplicable todo el régimen tuitivo del consumidor, las partes involucradas deben revestir la calidad de proveedor y consumidor.

Del marco regulatorio de la Ley de Defensa al Consumidor interna surge que para que exista una relación de consumo debe existir “un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, que podrá tener como causa un hecho jurídico entendido como todo acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produzca el nacimiento de relaciones o situaciones jurídicas. Entonces, todo hecho o acto atribuible al hombre es susceptible de generar una relación de consumo en la medida que involucre o afecte, directa o indirectamente, a un “consumidor”, y se dé como consecuencia o en el marco de una actividad desarrollada, directa o indirectamente, por un “proveedor. Por tanto, dada la regulación interna de la existencia del vínculo jurídico, estas normas son alcanzadas por la protección internacional de los derechos de los consumidores.

Supervisión del Estado

En derecho internacional, tradicionalmente se ha entendido que los Estados son los principales garantes del respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos. Es decir que, además del encuadre normativo interno, se le debe sumar la supervisión del Estado. No nos olvidemos, como lo tengo dicho, que especialmente la Ley de defensa al consumidor es de Orden Público. Asimismo, para que tenga injerencia internacional debe ser considerada la protección como derecho fundamental. De aquí, la importancia del argumento de derecho fundamental considerado como *erga homes*.

Lo que significa que dentro la relación de consumo, el consumidor se encuentra protegido por los principios rectores ya que estos principios revisten la cualidad de Derecho humano. Desde este encuadre normativo, el fin de la protección es brindar remedios eficaces a las víctimas de violaciones de derechos con jerarquía de derechos humanos, en la relación de consumo. Por tanto, las empresas deben considerar el impacto que significa desconocer o dañar esta protección. Como se ve en este argumento la regulación interna del Perú como la Nacional Argentina, ambas, regulan la relación de consumo, y sumado a ello surge la responsabilidad del estado Nacional de supervisar y tutelar la relación de consumo, con la consecuente aplicación de los principios protectorios del consumidor.

Asimismo, es obligación del Estado: “prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran”⁶⁵. Se trata, en definitiva, de una obligación que debe ser adoptada por las empresas y regulada por el Estado.

La empresa como proveedor de servicios:

El punto novedoso que surge del fallo a analizar es que la CIDH se refirió en el examen del fundamento de la responsabilidad del Estado, por un acto que fue perpetrado por una empresa, es decir un agente no estatal, dentro de la relación de consumo, haciendo responsable al Estado en el marco de la debida diligencia. Los estados deben garantizar que las empresas cumplan con la obligación de respetar los derechos fundamentales, a la luz del principio de subsidiariedad . Los cuales pesan por imperio de la Constitución y los tratados

⁶⁵ Corte IDH. Caso Olivera Fuentes v. Perú, sentencia de 4 de febrero de 2023, pág. 34, cons. 98.

internacionales. Asimismo las empresas deben evaluar cuales son los impactos que tienen los Derechos fundamentales en su empresa. A fin de mitigar los riesgos que pudieran crearse por la inobservancia de los mismos, debiendo en su actividad proteger el Derecho humano y no generar daños.- Es decir, las empresas deben responsabilizarse de las consecuencias de sus actividades. Y buscar soluciones a los posibles efectos negativos, que implique su actividad.

Este marco político comprende tres principios fundamentales: (i) el deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de los demás; y (iii) la necesidad de un mayor acceso a recursos efectivos, judiciales y extrajudiciales⁶⁶.

En el caso que nos ocupa, caso recientemente resuelto por CIDH: “OLIVERA FUENTES VS. PERÚ”. En donde, la persona no solo es discriminado en su estándar de consumidor, si no por su condición de Genero. De tal manera que el fallo de la CIDH funda su argumento en dos partes: B1), B2)Argumento en su calidad de Consumidor y B3.B4) La discriminación por su condición sexual. Tomando como antecedente jurisprudencial el fallo “ATALA RIFFO y niñas vs. CHILE”.

Donde la Corte hace un análisis muy fino de los estereotipos que alega la Empresa, en la faz administrativa, por ante Comisión de defensa del consumidor de Perú. Que finalmente la Corte reconoce que estos argumentos fueron totalmente discriminatorios, basados en argumentos estereotipados, en perjuicio de Olivera Fuentes. Incluso lo vincula con el acceso a la Justicia toda vez que el Estado Peruano se toma 7 años para resolver el litigio.

Una mirada desde el principio de la discriminación interseccional

Es de aplicación lo antes dicho en cuanto a que los derechos humanos son indivisibles y esto tiene como consecuencia que la inobservancia de los principios rectores ocasionan concretamente, en este caso, un acto de Discriminación interseccional. Discriminado el consumidor por su calidad de hombre gay, defensor de derechos humanos, persona no blanca.

⁶⁶María Carmelina Londoño-Lázaro. “The Inter-American Court of Human Rights and Multinational enterprises: Towards Business and Human Rights in the Americas? Pág. 444.-

Con un alto riesgo de ser discriminada por estos estereotipos o prejuicios, que influye en la toma de decisiones de las empresas. Lo que determina lo profundamente complicado que son estos estereotipos. Los cuales, colocan es un severo estado de vulnerabilidad al consumidor, con un deterioro patente a la dignidad humana.

La Discriminación interseccional, es un concepto que se deriva del reconocimiento por parte de la doctrina de la multiplicidad de factores que convergen en las personas y conforman su individualidad. Interseccionalidad debería ser entendido como una conceptualización del problema que busca captar las consecuencias estructurales y dinámicas de la interacción entre dos o más ejes de la subordinación.

Ella trata específicamente de la forma por la cual el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas discriminatorios crean desigualdades básicas que estructuran las posiciones relativas de las mujeres, razas, etnias, clases.

Durante mucho tiempo se explicó como el sexo, la edad, la religión, la pobreza, la nacionalidad, etc. Incidían como condicionantes vulnerantes que potenciaban la discriminación, pero es el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador es el primer caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expide sobre la conjunción de varios factores de vulnerabilidad que funcionaron en forma conjunta para determinar un grado de discriminación específico y una afectación determinada, siendo este un paso único en el desarrollo de la discriminación, especialmente contra la mujer.

Así, las distintas características pueden conllevar factores de discriminación. La discusión detrás de la transversalidad del sexo como factor de vulnerabilidad, y de discriminación en la omisión del trato digno del consumidor.

Asimismo, véase que La “interseccionalidad” o también denominada “discriminación múltiple” está reconocida por varios instrumentos internacionales (Recomendaciones Generales N° 28, 30, 35 del Comité CEDAW; artículo 9 de la Belém do Pará; Recomendaciones Generales del Comité de la CERD -Convención para la Eliminación del Racismo, entre otros.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, regula en el Art.II inc 2. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de

raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

De los hechos de la sentencia de la CIDH es visiblemente discriminatorio las siguientes circunstancias: “Ante el reclamo del señor Olivera y su pareja, el personal de seguridad del supermercado se aproximó y les invitó a acatar lo señalado por la supervisora del local o retirarse del mismo. Según lo indicado por el señor Olivera, la actitud del personal del supermercado lo posicionó en una situación de discriminación “bochornosa” y “humillante”.- Invitándolo a que consuma y se retire.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Civil y Comercial regla el trato digno en el art 1097, y dice lo siguiente: “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”.

En relación a la dignidad en el trato, expresa Kiper que: “ Los pactos internacionales también consagran este Derecho. Así, podemos citar el preámbulo y el art XXXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los art 1° y 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos , el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 5° y 11 del Pacto de San José de Costa Rica y art 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño , entre otros”⁶⁷

El establecimiento de un “ standard de protección elevado implica que “ La referencia a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos, de los que surgen nociones de dignidad, no discriminación , entre otros, apunta a brindar al interprete premisas claras del *estándar mínimo* que debe brindar el proveedor .⁶⁸

Lo que me lleva a pensar que las vulnerabilidades son transversales. Es decir se suman, en este caso dos.- Por primera vez la Corte Interamericana condena a la empresa en su calidad de prestadora de servicios y por no cumplir el debido respeto y trato igualitarios entre los consumidores.-

⁶⁷ Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada cit t.I ps.125 y 126. Cita al pie , CCC pag. 712 Código Civil y Comercial explicado, Tomo I Director General Ricardo Luis Lorenzetti .- Rubinzal Culzoni Editores.

⁶⁸ CCC explicado Doctrina y Jurisprudencia T I Rubinzal Culzoni Pag. 712.-

Discriminación negativa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia coinciden en incluir en el ámbito normativo del principio de igualdad y no discriminación a la discriminación negativa que prohíbe toda acción u omisión lesiva basada en las categorías interdictorias y a la discriminación positiva que impone obligaciones o deberes activos y prestacionales a los sujetos pasivos. El primer modelo asume que las diferencias descriptivas de las personas no justifican diferencias normativas en términos de igualdad. El segundo modelo sostiene que ante ciertas diferencias descriptivas son necesarias determinadas acciones para que se pueda lograr una real igualdad normativa⁶⁹.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “CASO OLIVERA FUENTES⁷⁰ VS. PERÚ⁷¹”

Información del caso:

El caso se relaciona con la alegada violación de los derechos del señor Olivera Fuentes a la igualdad y no discriminación, vida privada, garantías y protección judiciales, como consecuencia de actos de discriminación basados en la expresión de su orientación sexual ocurridos en un supermercado.

En particular, el 11 de agosto de 2004 el señor Olivera y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería “Dulces y Salados” del Supermercado “Santa Isabel de San Miguel” por desplegar públicamente conductas de afecto.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Democracia y garantismo”. Ed. Trotta, 2008, Madrid, pág. 128

⁷⁰ Cristhian Manuel Olivera Fuentes, defensor de derechos humanos con una larga trayectoria en el activismo por los derechos de las personas LGBTIQ+

⁷¹ La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana, en razón de que Perú es Estado Parte de dicho instrumento desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981. Punto III del Fallo.- Competencia.-

El 1 de octubre de 2004 el señor Olivera presentó una denuncia por discriminación ante el INDECOPI⁷², la cual fue rechazada, obteniendo una última decisión desfavorable en sede de casación el 11 de abril de 2011.

La Comisión concluyó que el Estado vulneró la garantía del plazo razonable debido al tiempo en que demoró cada autoridad en resolver los recursos interpuestos, sin que el Estado haya proporcionado razones que justifiquen los lapsos transcurridos para la decisión de cada recurso. A la vista de lo anterior, concluyó que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad ante la ley y protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Ya que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos con carácter *erga omnes*. También deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera se dirijan directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación de iure o de facto. Por último, deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las sociedades y tienen el deber especial de erradicar las realizadas por terceros. Es por ello por lo que las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados.

La denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor

Denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) . El 1 de octubre de 2004 el señor Olivera presentó una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) contra Supermercados Peruanos S.A., alegando haber recibido un trato discriminatorio a causa de su orientación sexual por el trato injustificado que recibió el 11 de agosto de 2004, todo ello con base, *inter alia*, en el artículo 2.2 de la Constitución, así como

⁷² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.-

los artículos 5(d)51 y 7(b)52 de la Ley de Protección del Consumidor. El denunciante incluyó como principales medios probatorios: (i) su propio testimonio, (ii) el reportaje de televisión del 17 de agosto de 2004 del programa “Reporte Semanal”; y, (iii) otro video de un reportaje del programa “Panorama” sobre un incidente discriminatorio cometido en el Supermercado Santa Isabel contra miembros del colectivo “Raíz Diversidad Sexual” dos días antes de lo ocurrido con el señor Olivera Fuentes.

Respuesta del Supermercado

El 20 de octubre de 2004 Supermercados Peruanos S.A. dio respuesta a la denuncia alegando que el señor Olivera no logró probar la existencia de un acto de discriminación en su contra. La empresa señaló que el personal de su establecimiento le pidió al señor Olivera y a su pareja que “respetara el derecho de los demás clientes al uso tranquilo, apacible y adecuado de las instalaciones”, ante la incomodidad de otros clientes por su comportamiento en presencia de sus hijos. De acuerdo con la empresa, el fin de la intervención era el “respeto a la moral y buenas costumbres” y el interés superior de los niños que se encontraban jugando en la zona contigua a las mesas de la cafetería del supermercado, concluyendo que la conducta de la pareja, dado el contexto en que se encontraban, fue contraria a “la moral y buenas costumbres impuestas por el colectivo”. Además, en sus escritos de descargo, Supermercados Peruanos S.A. adjuntó cartas de respaldo donde clientes mostraban su rechazo a las muestras de afecto desplegadas por el señor Olivera y su pareja.

De igual manera, se incluyó como anexo probatorio un informe pericial del psiquiatra R.F. titulado “Informe médico-psicológico que trata del significado de limitar la exhibición pública de manifestaciones eróticas entre parejas del mismo sexo y su efecto sobre la niñez al asistir circunstancialmente a dicha situación”. Dicho informe destacó lo “importante” que era para el “desarrollo psicosexual normal de los niños” la presencia de un ambiente familiar compuesto por “un padre y una madre como referencia para su identificación sexual y el entendimiento de las relaciones de pareja complementarias entre el hombre y la mujer”.

Según dicho informe, el efecto de “asistir a escenas eróticas”, consistentes en “besos, abrazos, caricias” protagonizadas por una pareja homosexual para un niño “varía según la edad y el grado de comprensión que el menor pueda tener ante la situación dada, pero nunca será neutro”. Señaló, además, que “las relaciones eróticas homosexuales” podían quebrar la

comprensión de “las relaciones afectivas entre un hombre y una mujer, a partir de lo que ve en su propia familia”, provocándole “inseguridad y angustia”.

El informe recomendó a la CPC, *inter alia*, “tener presente los efectos negativos que sobre la infancia tendría la exposición de los menores a los estilos de vida gay”

El 3 de enero de 2005 Supermercados Peruanos S.A. presentó un escrito reiterando el contenido de su escrito de contestación de 20 de octubre de 2004, en el cual enfatizó que el denunciante no logró acreditar los hechos denunciados.

Asimismo, el 1 de junio de 2005, la empresa presentó un nuevo escrito de ampliación de su escrito de descargo y presentó nuevas pruebas y argumentos. Alegó que el señor Olivera no había podido probar la veracidad de los hechos materia de su denuncia y que, por el contrario, la intervención de su personal había sido requerida por un padre de familia en compañía de sus hijos, por lo que, el interés superior del niño obligaba a las autoridades a tomar acción para asegurar su adecuado bienestar y desarrollo. A la hora de destacar la necesidad de la protección del interés superior del niño, el informe pericial elaborado, según la empresa, por el “prestigioso psiquiatra” R.F.A., resaltó las “repercusiones negativas que puede generar en el niño manifestaciones como las que son materia de discusión a través del presente procedimiento.

El 31 de agosto de 2005 la CPC declaró infundada la denuncia por considerar que no se había acreditado el trato discriminatorio, al existir un problema probatorio ante las versiones de ambas partes, por lo que la Comisión consideró que debía asumir una “actitud prudente ante hechos tan contradictorios”.

Asimismo, la CPC consideró que no era posible valorar como medio de prueba el vídeo de 17 de agosto de 2004 relativo al reportaje de televisión del programa de televisión “Reporte Semanal” toda vez que “provenía de una cámara oculta” y evidenciaba hechos que “habían sido provocados por el denunciante”.

En relación con la alegada tutela del interés superior, la CPC se planteó si existía un “consenso científico sobre las consecuencias de la exposición de los niños a conductas homosexuales”, considerando que los niños y niñas podían verse afectados negativamente al presenciar conductas homosexuales. En este sentido, señaló que:

[...] las causas de la homosexualidad (biológicas o sociales, o incluso una conjunción de ambas) no hallan una posición pacífica y uniforme en la comunidad científica, pero lo que sí puede presumirse es que el entorno no es neutro, que, si no determina, al menos condiciona

las conductas psicosexuales de las personas, pudiendo darse una mayor influencia en los niños expuestos a las conductas homosexuales.

Lo anterior fue respaldado, entre otros informes, por el documento aportado por la empresa denunciada y elaborado por el psiquiatra R.F.A. (supra párr. 55), destacando que era necesario “tener presente los efectos negativos que sobre la infancia tendría la exposición de los menores de edad a los estilos de vida gay o a la visión inopinada de intercambios eróticos entre personas del mismo sexo”. La CPC consideró que, ante el hecho de que “la ciencia no tiene una posición definida o uniforme y pacífica sobre lo que esto puede significar en la salud de los niños, una actitud correcta y prudente de quien debe juzgar cualquier caso que pueda significar un posible daño a terceros, exigiría la abstención de la conducta que genera la probabilidad o riesgo de dicho daño, más aún cuando se trata de un grupo sensible que reclama una especial tutela del Estado”.

En vista de lo anterior, la CPC concluyó que, “en aras de la protección del menor, resulta comprensible la actitud de un padre de familia al reclamar al proveedor que exija a una pareja de homosexuales prudencia en las manifestaciones de afecto que se profesan en lugares donde concurren sus menores hijos, toda vez que lo que se invoca legítimamente es la tutela superior que merece todo menor.

Dos miembros de la CPC presentaron votos “en discordia” donde sostuvieron que, de la prueba presentada por la empresa, se desprendería que la intervención realizada por el personal tuvo como objetivo “evitar manifestaciones de afecto por tratarse de una pareja homosexual” y que de dichas pruebas no se podía desprender que “las expresiones de cariño que motivaron la solicitud hayan sido exageradas o inadecuadas”. Además, señalaron que “no era consecuente con el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por la orientación sexual, exigir que las expresiones de cariño entre parejas homosexuales se realicen en estricto privado o fuera de la posibilidad de ser percibidas por niños” por lo que consideraron que, en el contexto del caso, sí se produjo una discriminación al consumidor

Consideraciones de la Corte

Consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación

Dentro de la Doctrina Nacional, especialista en Derecho Constitucional, como lo es el Dr. Bidart Campos enseña lo siguiente en cuanto al principio de Igualdad, y dice: “Existen dos tipos de igualdad, : una formal⁷³ y otra real ⁷⁴ (también material o fáctica). La formal es aquella en que todos somos considerados como iguales ante la ley. La igualdad real es aquella en que el Estado juega un rol intervencionista intentando estabilizar la igualdad de sus habitantes. En principio como ejemplos de la primera tenemos el art. 16 de la Constitución Nacional (CN) mientras que como ejemplo de la segunda el artículo 14 bis”⁷⁵.

El art 1098 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina regla lo siguiente: “*Trato equitativo y no discriminatorio*” 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, lo de la nacionalidad de los consumidores.

La CIDH expresó: “La noción de igualdad que recogen los artículos 1.1⁷⁶ y 24⁷⁷ de la Convención Americana se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”.

En este sentido, Laura Clérico afirma que: “La igualdad formal tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia⁷⁸”

El Tribunal ha señalado que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

⁷³ También llamada de jure.

⁷⁴ También llamada de facto.

⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 258 A 261

⁷⁶ Artículo 1. Convención Americana de Derechos Humanos: Obligación de Respetar los Derechos: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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”.

⁷⁷ Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁷⁸ CLERICO, Laura. “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, Revista Derecho del Estado n.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96

Además, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁷⁹. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la Corte recuerda que del artículo 24 de la Convención se desprende un mandato orientado a garantizar la igualdad material. En ese sentido, la Corte recuerda que el derecho a la igualdad garantizado por el artículo 24 convencional tiene dos dimensiones, la primera una dimensión formal, que establece la igualdad ante la ley.

La segunda, una dimensión material o sustancial, que ordena la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados en razón de los factores a los que hace referencia el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Lo anterior quiere decir que el derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, esto es, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a cada persona posibilidades concretas de ver realizada, la igualdad material. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación.

Por otro lado, es relevante recordar que, mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a una “igual protección de la ley”.

Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.

En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las categorías protegidas por el artículo del mismo instrumento.

⁷⁹ La CIDH se ha referido al *ius cogens* como “la designación de ciertas protecciones relacionadas con la persona como normas perentorias (*ius cogens*) y obligaciones *erga omnes*, en un vasto conjunto de derecho de los tratados, en principios de derecho internacional consuetudinario, y en la doctrina y la práctica de los órganos de derechos humanos como esta Comisión” CIDH. Informe n° 109/99. Caso “Coard y otros vs Estados Unidos” del 29 de septiembre de 1999. Párr. 39.

Derechos humanos y empresas: estándares en materia de igualdad y no discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género⁸⁰

La Corte ha establecido que: “la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”.

No obstante, la Corte ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica su responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto de particulares. Así, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde analizar las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía.

Resulta relevante recordar que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Asimismo, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

En relación con las obligaciones de los Estados respecto de las actividades empresariales, la Corte consideró pertinente en el caso de los Buzos Miskitos Vs. Honduras hacer referencia a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”” (en adelante “Principios Rectores”).

En particular, el Tribunal destacó los tres pilares de los Principios Rectores, a saber: (i) el deber del Estado de proteger los derechos humanos, (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y (iii) acceso a mecanismos de reparación, así, como los principios fundacionales que se derivan de estos pilares, los cuales resultan fundamentales en la determinación del alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y las empresas.

⁸⁰ Punto B.3. fallo Olivera Fuentes Vs. Perú. Pag 33

Asimismo, la Corte también dejó sentado en dicho caso que son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos.

En razón de ello, y en el marco de las obligaciones de garantía y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno que se derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran.

Se trata, en definitiva, de una obligación que debe ser adoptada por las empresas y regulada por el Estado.

Es importante destacar que los mencionados Principios Rectores señalan que, como parte de su deber de protección contra abusos de derechos humanos cometidos por empresas, los Estados deben garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces –mecanismos de reparación estatales judiciales y no judiciales, así como mecanismos no estatales–, y para ello deben eliminar cualquier obstáculo al acceso a reparación de las personas afectadas.

En suma, en la consecución de los fines antes mencionados, los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas: (i) cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; (ii) incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque de parte interesada (*stakeholder*⁸¹), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y el respeto a los derechos humanos; (iii) cuenten con procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y (iv) cuenten con procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.

⁸¹Stakeholder es una palabra del inglés que, en el ámbito empresarial, significa ‘interesado’ o ‘parte interesada’, y que se refiere a todas aquellas personas u organizaciones afectadas por las actividades y las decisiones de una empresa. El término stakeholder fue acuñado por primera vez por R. Edward Freeman en su libro *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, publicado en 1984, en el cual su autor sostenía que estos grupos de interés son un elemento esencial que debe ser tomado en cuenta en la planificación estratégica de los negocios.- En estos grupos podemos contar a los empleados, clientes, proveedores, accionistas, inversores, entes públicos, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, organizaciones civiles, la comunidad y la sociedad en general.

En lo que respecta a la protección de las personas de la comunidad LGBTIQ+, la Corte advierte que el estigma, profundamente arraigado en la sociedad, así como los estereotipos negativos que actualmente recaen sobre la comunidad LGBTIQ+ perpetúan los actos de discriminación que sufren en el lugar de trabajo, el mercado y en la comunidad en general. A este respecto, el principio de Yogyakarta⁸² establece que los Estados deben adoptar “todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”

En aras de eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias y alcanzar la igualdad material -más allá de la formal- es necesaria la implicación de toda la comunidad y, muy particularmente, del sector empresarial. Así, dicho sector tiene no solo la posibilidad, sino también la responsabilidad de fomentar un cambio positivo para la comunidad LGBTIQ+, lo cual implica la necesidad por parte de las empresas de asumir su responsabilidad de respetar los derechos de personas LGBTIQ+, no sólo en el contexto laboral, sino también en sus relaciones comerciales a través de la oferta de productos o servicios. A este respecto, la perita Otero Norza indicó que, en el marco de la protección y promoción de los derechos humanos, “no solo los Estados desempeñan un papel de vital importancia, sino que las empresas también pueden influir, positiva o negativamente, en su desarrollo”.

La Corte considera, por tanto, que es responsabilidad de todas las empresas respetar los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas LGBTIQ+, en sus operaciones y relaciones comerciales. Para estos efectos es importante mencionar los principios de conducta para las empresas en la lucha contra la discriminación de las personas LGBTIQ+ impulsada por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos desde el año 2017. Dichas orientaciones resaltan la responsabilidad permanente de las empresas de respetar los derechos humanos de estas personas, la responsabilidad de eliminar la discriminación, proveer apoyo a su personal LGBTIQ+ en el lugar de trabajo, poner atención en los impactos y afectaciones que sus relaciones comerciales o sus productos o servicios generan en las personas LGBTIQ+, así como contribuir a eliminar tales abusos desde su rol dentro de la comunidad actuando de manera pública en apoyo a estas personas.

⁸² principio de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir.

De esta manera, las empresas deben asegurarse de que no discriminan a los proveedores y distribuidores LGBTIQ+ ni a los clientes LGBTIQ+ a la hora de que estos accedan a sus productos y servicios. Ello implica no solo evitar la discriminación, sino hacer frente a problemas de violencia, acoso, intimidación, malos tratos, incitación a la violencia y otros abusos contra las personas LGBTIQ+ en que las empresas puedan estar implicadas por medio de sus productos, servicios o relaciones comerciales. Las empresas deben asegurarse, asimismo, de que los clientes LGBTIQ+ “pueden acceder a sus productos y servicios”.

En vista de todo lo anterior, los Estados se encuentran obligados a desarrollar políticas adecuadas, así como actividades de reglamentación, monitoreo y fiscalización con el fin de que las empresas adopten acciones dirigidas a eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias contra la comunidad LGBTIQ+, para lo cual las empresas deberán (i) formular políticas para atender su responsabilidad de respetar los derechos humanos e incluir en ellas expresamente los derechos de las persona LGBTIQ+; (ii) ejercer debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar toda repercusión negativa, potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTIQ+ de sus derechos humanos, o que esté directamente relacionada con sus operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales, así como para rendir cuentas sobre cómo les hacen frente, y (iii) tratar de resolver toda repercusión negativa en los derechos humanos que hayan causado o a la que hayan contribuido poniendo en práctica mecanismos de reparación por sí solas o cooperando con otros procesos legítimos, lo que incluye establecer mecanismos eficaces de reclamación a nivel operacional para las personas o comunidades afectadas y participar en ellos.

El argumento del principio de igualdad al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Siguiendo el lineamiento de este fallo, a continuación analizare el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile⁸³. Por la importancia que tuvo lo resuelto por la CIDH en el caso OLIVERA

⁸³ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.-

FUENTES VS. PERÚ, expresamente tomado como *precedente*, a los fines de justificar el argumento de la no discriminación por orientación sexual.-

En primer término invoco al Dr. Taruffo en cuanto a sus palabras en relación a lo que es un precedente, quien textualmente dice lo siguiente: *“Una prima distinzione che va tenuta presente é quella che si impone tra “precedente” e “giurisprudenza”. Il “vero” precedente, infatti, e costituito o può essere costituito, da una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi⁸⁴.”*

“ Una primera distinción que debe tenerse en cuenta es la que se impone entre “precedente” y “jurisprudencia”. El precedente “verdadero”, en efecto, se constituye o puede constituirse por una decisión que posteriormente se considera como una regla que también se aplica en casos posteriores”.

La distinción que marca el maestro Taruffo reviste real importancia dado que este fallo es un verdadero precedente para el Derecho del consumidor. Ya que es el primero en su especie, en recoger los principios protectorios en el ámbito internacional. Con un fuerte apoyo en el principio de igualdad y no discriminación desarrollado en el Fallo Atala Riffo.- Circunstancias que respalda el argumento que el Derecho del Consumidor es un Derecho Fundamental, dado que participa de la Interseccionalidad, interdependencia propia de los Derechos Fundamentales.

La CIDH en el caso de análisis ha dicho lo siguiente: “Esta Corte ha señalado , desde su Sentencia del año 2012 recaída en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención al amparo de la expresión “cualquier otra condición social” recogida en el citado artículo 1.1⁸⁵.

Los hechos en “Atala Riffo y niñas Vs. Chile” se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. en contra de la señora Jaqueline Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la

⁸⁴ Aspetti del precedente giudiziale. Michele Taruffo . Università degli Studi di Pavía.-

⁸⁵ El artículo 1.1 de la Convención establece que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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.-

responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica

Continúa la Corte diciendo que: “La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 incluyó también la expresión de género como categoría protegida, lo cual ha sido reiterado posteriormente por este Tribunal en sus casos contenciosos.

La Opinión Consultiva OC24/17 determina que: “Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1⁸⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2⁸⁷ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo “otra condición social” por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios”

De acuerdo con lo anterior, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género⁸⁸.

⁸⁶ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

⁸⁷ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

⁸⁸ Este Tribunal ha explicado que la expresión de género se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida. Cfr. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones

La CIDH, en el caso *Atala Riffo vs Chile*, sentó estándares importantes para el principio de igualdad y la obligación de no discriminar en lo pertinente a asuntos de género en su decisión de fondo sobre el caso Atala. Como punto de partida en su análisis, la CIDH destacó las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación.

Una concepción se relaciona a la prohibición de diferencia de trato arbitraria—entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

La Comisión entiende que aunque en ciertos casos ambas perspectivas pueden estar presentes, cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana. A esto se suma que en las diferentes concepciones del derecho a la igualdad las acciones u omisiones del Estado pueden estar relacionadas con derecho.

Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTIQ+ se manifiestan en numerosos aspectos, tanto en el ámbito público como en el privado. A este respecto, este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que las personas LGBTIQ+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, así como de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. Esta violencia contra las personas LGBTIQ+ se basa en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes y puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría.

estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 32, letra g) y párr. 75. Ver también, *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 90, y *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 67

Como venía diciendo este fallo “Olivera Fuentes vs Perú”, el holding de fallo se divide en dos partes, una primera parte donde el núcleo de lo dirimido versa sobre “Los Derechos de los Consumidores” y la segunda parte B.3 y B4 dedicado al argumento de la discriminación y su punto argumentativo radica en las categorías o estándares de discriminación. Una de ellas es la sexual.

Aplicación de los estándares al caso concreto.

La Corte recuerda que, en virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Tal y como lo señaló la perita Laura Clérico, la obligación estatal “es doble”, toda vez que “no solo no debe perpetuar la desigualdad, sino que debe reparar el daño ocasionado y transformar los factores que la generan para que no se siga reiterando”. Lo anterior implica que, sin una revisión rigurosa por parte de las autoridades nacionales de las alegaciones de discriminación causadas por parte de una empresa privada, será difícil o imposible que el Estado cumpla con este deber especial de protección.

BREVE RESEÑA DEL FALLO BUZOS MISKITO Vs. HONDURAS⁸⁹

Algunas palabras sobre este caso, que hacen al *obiter* del caso. Lo traigo a colación por la difícil que me fue encontrar un caso que solo se refiera al consumidor. Pero, lo cierto es que la CIDH toma como antecedente jurisprudencia, en referencia a hacer responsable a los Estados por actos u omisiones de las empresas frente a personas en estado de vulnerabilidad.

Donde cobra relevancia el argumento de desigualdad o desequilibrio que provoca la vulnerabilidad estructural, la “subordinación”, “debilidad negocial” o “inferioridad manifiesta” frente a la empresa, que como consecuencia es merecedor de tutela legal. *Topoi*

⁸⁹ CIDH: SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021 .-

donde se encuentra el fundamento de la protección de los derechos del consumidor y el derecho del trabajo.

Y es así que: “El caso sometido a la Corte.- El 24 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso 12.738 “Opario Lemoth Morris y Otros (Buzos Miskitos)” respecto de la República de Honduras (en adelante “el Estado” u “Honduras”). La Comisión indicó que el caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por la afectación de múltiples derechos en perjuicio de 42 buzos miskitos y sus familiares. La Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la integridad personal de 34 buzos miskitos (infra párr. 28) que sufrieron accidentes debido a las sumersiones profundas que realizaban y que les generaron el síndrome de descompresión. Asimismo, consideró que se violó el derecho a la vida de 12 buzos que fallecieron momentos después de dichos accidentes. Las anteriores violaciones, alegó la Comisión, “fueron resultado de la omisión e indiferencia del Estado frente al problema de la explotación laboral por parte de empresas pesqueras y la realización de actividades de buceo en condiciones peligrosas”. Adicionalmente, la Comisión consideró que se violó el derecho a la vida de siete buzos miskitos, luego de que la embarcación en que viajaban explotara, así como por la desaparición de un niño que 16 años mientras trabajaba en una embarcación pesquera. Además, la Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación al principio de igualdad y no discriminación debido a los múltiples factores de vulnerabilidad de los buzos. Finalmente, la Comisión consideró que el Estado no contó con mecanismos administrativos, judiciales y de otra índole para responder adecuada y efectivamente a las violaciones declaradas en el Informe de Fondo. La Comisión también encontró la violación al derecho a la integridad personal de los familiares de las presuntas víctimas. Los nombres de las presuntas víctimas en el presente caso se encuentran en el Anexo 1 a la presente sentencia.⁹⁰

El pueblo indígena miskito en el departamento de Gracias a Dios.

Los miskitos son un pueblo indígena binacional que comparten los territorios fronterizos de Honduras y Nicaragua.

⁹⁰ CASO DE LOS BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS. HONDURAS SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021. Pag. 4

Para el año 2003 había una población aproximada de 40,000 miskitos, la cual se halla en su mayoría en la zona rural del departamento de Gracias a Dios (en adelante también “el departamento” o “Gracias a Dios”), en Honduras.⁹¹

La Corte recuerda que, en el marco de sus competencias, no le corresponde determinar la responsabilidad individual de los particulares, sino establecer si los Estados son responsables por la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención⁹².

En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado respecto del deber que tienen los Estados de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas por parte de empresas privadas que impliquen riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción.

En un sentido similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los Estados parte deben prevenir de manera eficaz toda afectación de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales, por lo que deben adoptar medidas legislativas, administrativas y educativas para asegurar una protección eficaz⁹³

Se trata, en definitiva, de una obligación que debe ser adoptada por las empresas y regulada por el Estado.

Es importante destacar que los mencionados Principios Rectores señalan que, como parte de su deber de protección contra abusos de derechos humanos cometidos por empresas, los Estados deben garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces –mecanismos de reparación estatales judiciales y no judiciales, así como mecanismos no estatales–, y para ello deben eliminar cualquier obstáculo al acceso a reparación de las personas afectadas.

⁹¹CASO DE LOS BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS. HONDURAS SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021. Pag 10

⁹² CASO DE LOS BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS. HONDURAS SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021, Pag. 15.-

⁹³ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 14

*Estándar de prueba aplicado al caso en sede administrativa y judicial CIDH
caso Olivera Fuentes vs Perú.*

Otro gran tema que surge de este fallo es lo referente a la prueba. Por lo relevante que es entre las parte la capacidad de probar, en la relación jurídica que existe entre consumidor y proveedor o empresa. Obligando a la empresa a probar que no discrimino en su posición dominante.- A la vez la CIDH *contextualiza* la prueba en los estándares de vulnerabilidad que imperaban hace 19 años a tras en Perú. Asimismo esto tiene que ver con el acceso a la justicia, la Corte hace ver que ninguna persona puede esperar tanto tiempo para que se les respeten sus derechos. Con un grave deterioro a su integridad moral y física.

La Corte dice: “Para entrar a analizar el estándar de prueba aplicado al presente caso por parte de las autoridades administrativas y judiciales internas, cabe recordar con carácter preliminar que la discriminación consiste en cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferencial que se base directa o indirectamente en motivos prohibidos de discriminación y que tenga la intención o el efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural, en cualquier otra esfera. En el ámbito de la discriminación, las víctimas de violaciones relacionadas con actividades empresariales enfrentan barreras asociadas a las asimetrías de información y de poder entre las víctimas y las empresas. Sobre el particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido en su Observación General n.º 24 que, entre los obstáculos al acceso efectivo a recursos para las víctimas de violaciones de los derechos humanos por entidades empresariales, está “la dificultad para acceder a información y pruebas con que fundamentar las reclamaciones, que en gran medida suelen estar en manos de la empresa demandada.

En este sentido, esta Corte ha indicado que, tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual amparada por el citado artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, la Corte ha aceptado que, debido a que las víctimas de discriminación no controlan las pruebas o los medios para esclarecer *prima facie* los actos de discriminación, la Convención Americana

requiere la inversión de la carga de la prueba para garantizar la efectividad del principio de igualdad y no discriminación.

En esta línea, en el caso de alegaciones de discriminación por actos de terceros, como los ocurridos en el marco de una relación comercial entre una empresa y el consumidor, aplica de manera ciertamente similar dicho estándar, siendo las autoridades administrativas y/o judiciales las encargadas de fiscalizar los actos de las empresas en el marco de sus relaciones laborales y comerciales de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales. Sobre este mismo punto, el Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales ha señalado que, cuando las empresas están involucradas en violaciones a los derechos humanos, es común que se presenten barreras y “cargas probatorias” que dificultan acreditar tales vulneraciones ante el Estado. Dicho Comité ha resaltado que es usual que estos medios de prueba estén en poder de las propias empresas.

Así, dadas las condiciones de particular desventaja en las que suelen ocurrir los episodios discriminatorios, es razonable que se exija al denunciante que acredite sólo aquello que esté en la posibilidad material de probar, lo cual se traduce en la obligación del denunciante de aportar indicios, y no solo la simple afirmación de la existencia de discriminación, pues ella debe reflejarse en un panorama de hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación. En consecuencia, una vez que la víctima ha presentado un caso prima facie en el que se acredita la existencia de un trato diferenciado y discriminatorio por parte de una empresa y dicho trato se basa en una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, *la carga de la prueba pasa al autor -en este caso, la empresa-, debiendo demostrar que no hizo tal distinción o que, en su caso, existió una justificación objetiva y razonable que amparara esta diferencia de trato.*

En nuestro Derecho Interno La ley de defensa al consumidor establece en el artículo 53 Ley 24.240 Normas del proceso apartado 3° : “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

CONSIDERACIONES DE LA PRUEBA SEGÚN LOS ARGUMENTOS DE TARUFFO.

Con respecto a la prueba surge imperante tener claro la valoración de las mismas. Para explicar este ítem recurro a las enseñanzas del Maestro de Padua, Michele Taruffo. Quien afirma y fundamenta su argumento en la verdad y el proceso judicial⁹⁴.

Es interesante destacar el esfuerzo constante y renovador del profesor de Pavía por defender "la verdad como condición de la justicia", como señala Vigo. Taruffo considera que cualquier elemento que pueda ser utilizado para establecer la verdad de los hechos en un caso es relevante, en relación al concepto de medios de prueba.

Este enfoque resalta la importancia de buscar y determinar la verdad en el ámbito jurídico, ya que la justicia se basa en una comprensión precisa y exacta de los hechos relevantes. Los medios de prueba desempeñan un papel fundamental en este proceso, ya que proporcionan evidencia para respaldar o refutar las afirmaciones presentadas durante un proceso.

La búsqueda de la verdad implica un análisis imparcial y objetivo de los hechos, evitando prejuicios o predisposiciones previas. Es fundamental garantizar que todos los elementos probatorios relevantes sean considerados y evaluados adecuadamente para llegar a una conclusión justa.

Rodolfo Vigo, se refiere a la obra de Taruffo como sorprendente y grata, ya que en ella podremos encontrar muchas referencias iusfilosóficas. “Efectivamente la teoría procesalista taruffiana esta nutrida medularmente por preguntas y repuestas proporcionadas por la filosofía jurídica” Y agrega Vigo: y a ello también responde a que el profesor de Pavía es un jurista absolutamente consustanciado con el derecho del Estado de Derecho Constitucional y Democrático (EDCD) que Europa construye después de Núremberg⁹⁵.- Lo antes dicho abona el argumento del cambio paradigmático justificando el mismo por la visión de Taruffo.

Manuel Atienza dice, en referencia a Taruffo sobre la prueba: “Uno de los cambios importantes que ha tenido lugar en la cultura jurídica del mundo latino durante las últimas

⁹⁴ Taruffo, Michele. “Simplemente la Verdad”. El Juez y la construcción de los hechos. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Marcial Pons Madrid Barcelona Buenos Aires 2010.-

⁹⁵ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 109 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosoficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe. Argentina.-

décadas ha consistido en tomarse en serio la motivación de los hechos y, en consecuencia, el problema de la argumentación en materia de prueba. En este cambio cultural ha jugado un papel fundamental la obra desarrollada por Michele Taruffo a partir de los años sesenta, sin exageración cabría decir que sus planteamientos, directa o indirectamente, están en el trasfondo de todos los (ya muchos) autores que se han ocupado de estas cuestiones en los últimos tiempos”.⁹⁶

Continúa diciendo Vigo, “ Tesis que avalamos” Una de las tesis centrales y características del positivismo jurídico (Bulygin, Bobbio) es la tajante separación entre “descripción” y “prescripción” en tanto la pretensión cognoscitiva debe limitarse a describir (como son las cosas) y no a introducir prescripciones o valoraciones (como nos gustaría que fuesen) dado que ello implicaría una remisión al ámbito irracional. En apoyo a este deslinde típico del llamado “positivismo metodológico”, se invoca un escepticismo axiológico que torna inviable la pretensión de racionalidad o conocimiento en ese campo, por eso Kelsen pudo afirmar que la justicia era un “ideal irracional”, y, en consecuencia, quien pretende “conocer” solo tiene –según la matriz del Circulo de Viena- el camino de los juicios posteriori o verificables (propios de la física) o el de los juicios apriorísticos o tautológicos (propios de la lógica y las matemáticas), debiendo renunciar a cualquier pretensión cognoscitiva en el terreno de moral, la ética o los valores en general⁹⁷.

Taruffo ha criticado explícitamente el perfil de un procesalista tipo imbuido de una perspectiva “formalista y positivista” que considera que “conocer el derecho” significa “conocer las normas”.

Confiesa el procesalista italiano que la tesis de fondo asumida como válida es que los juicios de valor pueden ser justificados mediante argumentaciones racionales, o, al menos, razonables”, y así considerar “posibles” y “necesaria” “una concepción racional y no formalista de la prueba y de la verdad judicial. Asume Taruffo un cierto “realismo crítico” o en términos de Susan Haack un “*innocentrism*” que implica sostener que el mundo externo existe y que la verdad es objetiva, es buena, es un objetivo digno de investigación y es digna de ser cultivada por si misma.- Sin embargo el conocimiento de la verdad es relativo a los argumentos que justifican el convencimiento de la verdad de un enunciado.

⁹⁶ Curso de Argumentación Jurídica Manuel Atienza Editorial Trotta. Pag 477.-

⁹⁷ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 110 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosóficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe. Argentina.-

Por su puesto que el profesor bajo estudio no cuestiona la distinción entre enunciados que describen hechos y juicios de valor, porque advierte que pueda resultar difícil de aplicar en la práctica, tanto porque el derecho a menudo define los supuestos de hecho a través de términos valorativos, como porque frecuentemente la gente común no distingue entre hecho y valor. De todas maneras considera Taruffo que los enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, de modo que es posible probar su verdad o falsedad, en cambio los enunciados que expresan juicios de valor “pueden ser compartidos y justificados, o criticados y rechazados, pero no es posible probar su verdad o falsedad”.

El rechazo taruffiano al descriptivismo implica igualmente rechazo al cientificismo y la promoción de la verdad por su valor político, ético y social⁹⁸.

*El Derecho Humano a la Jurisdicción*⁹⁹

Otro cambio paradigmático se da en la filosofía imperante en Europa continental, durante el siglo XIX era centralmente individualista, liberal y patrimonialista, de ahí que proceso judicial se visualizaba como un mero instrumento destinado a proteger los derechos subjetivos sustantivos, descartándose entre estos – a tenor de la estructura creada por el Código Civil francés- el derecho de propiedad. Los tribunales estaban pensados para cumplir una función residual en un Estado que debía limitarse a lo mínimo necesario como para no perturbar la mano invisible e infalible del mercado y la competencia entre la oferta y la demanda. Más allá del avance que implicó la doctrina alemana de los derechos políticos subjetivos, en tanto supone afirmar el deber del Estado ante derecho ciudadano a protegerlo mediante, su intervención pública, lo cierto es –sostiene Taruffo- que el giro definitivo y contundente se producirá en la segunda mitad del siglo XX cuando se reconoce en las constituciones como una de las garantías fundamentales al derecho a buscar la protección judicial de los derechos.

El EDCD supone la Constitucionalización del derecho a la justicia efectiva, lo que genera una abundante doctrina y jurisprudencia constitucional que le va dotando al mismo de

⁹⁸ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 111 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosóficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe, Argentina

⁹⁹ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 113 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosóficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe, Argentina

una amplitud, exhaustividad y relevancia absolutamente inédita. Pues se trata no solo de acceder al proceso contando con una idónea asistencia letrada y sin padecer perturbadoras diferencias culturales, económicas o culturales, sino que el proceso se desenvuelva en el marco de una razonable igualdad de partes. La protección judicial efectiva, además de transitar por los derechos individuales tradicionales, debe extenderse a los nuevos derechos (*“como por ejemplo de los consumidores o al medio ambiente”*¹⁰⁰), que son definidos como intereses o derechos colectivos, difusos, fragmentados y supraindividuales.

La existencia real de un Estado de Derecho Constitucional queda condicionada en buena medida a las posibilidades que el ciudadano común tenga de ejercer el derecho al acceso a la justicia.

Más aun, este derecho y muchas de *“las garantías procesales adquieren el estatus de derecho humano al introducirse en los tratados respectivos”* que los estados van suscribiendo a partir de 1948.

El rol del juez, queda definitivamente alterado respecto del perfil delineado en el XIX como *“la boca inanimada de la ley”* y se le reclama *“gestionar activamente- y no solo de contralar permaneciendo pasivo- el desarrollo del proceso (Taruffo, 2002:90)*¹⁰¹

A la luz de la obra de Taruffo queda claro la relevancia del derecho procesal y de la posibilidad de reclamar ante un juez para que se respeten los derechos.

Una de sus firmes convecciones es la función política económica que prestan las garantías procesales en tanto *“representan un aspecto esencial de la naturaleza democrática del Estado, y marcan la contraposición de la concepción democrática del ordenamiento jurídico respecto de los regímenes autoritarios o totalitarios”* y también cumplen aquellas *“una condición necesaria para el buen funcionamiento de la economía.*

El valor de la Verdad:

Enseña Taruffo que: *“Un aspecto relevante de cualquier actividad de carácter epistémico tiene que ver con la identificación y la posición de los sujetos que desarrollan esta*

¹⁰⁰ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 114 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosóficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe. Argentina

¹⁰¹ Filosofía del Derecho Procesal en Michele Taruffo.- Por Rodolfo Vigo Universidad Nacional del Litoral .- Pag 115 Verdad y proceso judicial perspectivas iusfilosóficas y procesalista . Año 2018.- Santa Fe. Argentina

actividad. En muchas áreas del saber esto no crea problemas particularmente graves: el conocimiento histórico es obra del historiador y el conocimiento científico es en casa caso obra del biólogo, del químico del físico, etc. Es posible discutir – en efecto se discute – sobre la naturaleza y la validez de los métodos que estos sujetos aplican en el desarrollo de sus respectivas investigaciones, de modo que el verdadero historiador es el que aplica correctamente las reglas del método historiográfico, y el verdadero científico es el que aplica correctamente las reglas del método científico. No cabe duda, sin embargo que todos estos sujetos tienen como fin común la búsqueda de la verdad”.

El verdadero científico es aquel que sigue rigurosamente el método científico. Sin embargo, en el caso del conocimiento jurídico no es tan sencillo determinar quiénes son los sujetos que desarrollan esta actividad y cuál es su posición.

Sin embargo, Taruffo señala que más allá de las diferencias individuales, lo importante es que todos los sujetos involucrados en el conocimiento jurídico se adhieran a principios fundamentales como la imparcialidad, la objetividad y el respeto por la verdad.-

Por tanto, la identificación de los sujetos que desarrollan el conocimiento jurídico y su posición dentro de esta actividad es un aspecto relevante para comprender cómo se construye y aplica el derecho. Sin embargo, más allá de las diferencias individuales, es fundamental que todos los actores involucrados en el conocimiento jurídico se guíen por principios éticos como la imparcialidad y el respeto por los derechos humanos. Además, fomentar la accesibilidad del conocimiento jurídico es clave para promover una sociedad más justa e informada en la materia.

Continúa diciendo Taruffo: “Las cosas son muy diferentes, en cambio en el ámbito del proceso. Es cierto que este puede ser interpretado como un procedimiento epistémico, al estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, pero en él actúan diversos sujetos que persiguen diferentes intereses, con frecuencia antagónicos y que a menudo no apuntan hacia la determinación de la verdad. Por consiguiente la identificación de los sujetos a los que se puede adscribir, en sentido estricto, una función epistémica en el contexto del proceso requiere una profundización adicional, así como vale también la pena considerar las conductas típicas de estos sujetos durante el proceso¹⁰².

¹⁰² Los Sujetos de la actividad epistémica “Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 192.-

La Verdad para Taruffo.

En referencia a la Verdad, Taruffo hace la siguiente distinción, con el fin de echar un mínimo de claridad en los discursos de los que nos ocupamos de la Verdad: “De algunas distinciones inútiles nos podemos librar rápidamente. La principal de ellas es la que contrapone verdades absolutas y verdades relativas. Siendo evidente que la Verdad con mayúscula, es decir, la verdad absoluta, no pertenece al mundo de los humanos, es del mismo modo evidente que no pertenece al mundo de la justicia y del proceso.”

Insiste que la verdad es en todo caso *objetiva*. Puede ser considerada relativa, pero no en el sentido de que resulte dependiente de las opiniones individuales de los sujetos que se ocupan de ella, pues de este modo se caería en un relativismo radical inaceptable, sino más bien en el sentido de que el *conocimiento* de la verdad es relativo al contexto en que aquel sea realizado, al método con el que se desarrolle la investigación y a la cantidad y la calidad de las informaciones de que se disponga sobre las cuales se funde el conocimiento.

En otras palabras la verdad de un enunciado está determinada únicamente por la realidad del evento que representa y, por tanto, es “absoluta” en el sentido que no admite graduación. Un enunciado es verdadero o no lo es, no puede ser más o menos verdadero.

Lo que puede variar según las circunstancias es el grado de confirmación que se puede atribuir a un enunciado sobre la base de los conocimientos disponibles: podrá existir, por tanto una mayor o menor aproximación a la verdad, de acuerdo al contexto y según las circunstancias.

Naturalmente los argumentos que se utilizan para justificar un convencimiento pueden ser *validos o inválidos*, pero solo se puede hablar de conocimiento de la verdad cuando el conocimiento se funda en justificaciones validas, si un convencimiento es injustificado, es improbable que pueda alcanzar la verdad; el convencimiento justificado es el que lleva a descubrir la verdad¹⁰³.

Otra distinción, que puede ser rápidamente desechada, dice Taruffo, es la *Verdad formal o procesal* y la *Verdad real*.- La primera que estaría dada en el contexto del proceso, y la segunda tendría lugar fuera del proceso.

“La justificación de esta distinción radicaría en la existencia, del proceso, de normas sobre pruebas, que condicionarían de varias formas la determinación de los hechos, y también

¹⁰³ Distinciones inútiles: “Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 100

de reglas que ponen fin a la búsqueda de la verdad, como la que regulan la cosa juzgada.” Lo que lleva a decir a Taruffo que esta forma de argumenta es falaz.-

Porque no existen varias especies de verdad, según nos encontremos fuera o dentro del proceso, y esto es así, ya que los hechos del caso dependen de la realidad de estos hechos, y esto ocurre tanto dentro o fuera de aquel.

Entonces, la verdad del proceso debe coincidir con la verdad fuera de él.

Dice Manuel Atienza, que para Taruffo, da cuenta de la existencia de dos teorías del proceso, en principio contrapuestas.

I) Según una, los tribunales deben establecer la verdad de los hechos en litigio, y deben hacerlo tomando como base los medios de pruebas relevantes y admisibles.

II) La otra, teoría, muy difundida tanto en los países de *common law*¹⁰⁴ como en los del *civil law*, vendría a sostener que el objetivo principal del proceso (el esta pensando en el proceso civil), y de la administración de justicia en general, es resolver el conflicto entre dos partes, de manera que la verdad de los hechos, aunque puede resultar útil, no constituye una meta del proceso.”¹⁰⁵

En su opinión, esas dos concepciones deberían verse como polos de un continuo, sirven para identificar tendencias y enfoques diferentes, pero no pueden considerarse como descripciones de sistemas procesales existentes. El sugiere además una forma de resolver esa contraposición que en realidad supone otorgar cierta prioridad a la primera de las concepciones.

Una manera de armonizar las perspectivas divergentes gira en torno a la suposición de que la mejor solución de una controversia entre las partes es una decisión adecuada y correcta, y que una decisión no puede ser adecuada y correcta a menos que se base en un juicio verdadero acerca de los hechos del caso. Sea cual fuera la solución de un conflicto, no es necesariamente una buena solución solo porque se haya puesto fin al conflicto¹⁰⁶

El valor social de la verdad

¹⁰⁴ Common Law: also known as judge-made law and sometimes equatable with case law, is that body of law derived from judicial decisions of courts and similar tribunals. The defining characteristic of “common law” is that it arises as precedent.-

¹⁰⁵ Curso de argumentación Jurídica Manuel Atienza Editorial Trotta Pag 478.-

¹⁰⁶ Curso de argumentación Jurídica Manuel Atienza Editorial Trotta Pag 479.-

- 1) En una primera dimensión resalta Taruffo el carácter esencial de lo ético.- En donde podemos encontrar reglas que se designan con el término moral.- Y estas reglas morales se corresponden con la *obligación de decir verdad y su correlativa prohibición de mentir*.

“El valor determinante de la verdad como condición para el buen funcionamiento de las relaciones sociales resulta claramente confirmado también desde una perspectiva de análisis diferente. Al formular el principio de cooperación que gobierna la conversación¹⁰⁷. “El que participa de una conversación debe intentar contribuir a ella de modo *veraz*”

La veracidad como regla general corresponde dos reglas más específicas:

- a) No se tiene que afirmar aquello que se sabe falso.
- b) No se tiene que hacer afirmaciones para las que falten pruebas adecuadas.

“La honestidad al razonar requiere sobre todo que se respete la verdad de los hechos”

- 2) La segunda dimensión de la verdad como valor social tiene un carácter eminentemente *político*, y consiste en la conexión entre verdad y democracia¹⁰⁸.

La Verdad es una condición necesaria para que el ciudadano confíe en el Estado, pues esa confianza debe fundarse en el principio que excluye que el Estado engañe a los ciudadanos.

La Verdad es una condición necesaria para el ejercicio de las libertades que deben ser reconocidas a los ciudadanos : la falsificación o el ocultamiento de información constituye un límite grave al posible ejercicio de libertad.

Un sistema fundado en la verdad es democrático, en la medida que garantiza a los ciudadanos la libertad de tomar decisiones no expuestas a la manipulación, sobre sus preferencias con respecto a todos los aspectos de la vida individual y social.- Se sigue de esto que la subsistencia de los derechos fundamentales, que es esencial en un sistema democrático

¹⁰⁷ “Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 111.-

¹⁰⁸ “Eduardo COUTURE, en una de sus Meditaciones sobre libertad, había hecho referencia a un discurso de Roosevelt para resaltar que la verdad debe ser un elemento necesario de la relación entre el Estado democrático y los ciudadanos”. Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 111

, se basa en una concepción objetiva de la verdad: si se tiene en alta estima los valores de la democracia es necesario tener también estima a la verdad.

Michele Taruffo, expresa que : “el principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del brocardo *onus probando incumbit ei qui dicit*¹⁰⁹ .

Se trata de la versión procesal de una regla generalísima de *fairnees*¹¹⁰ , en virtud de la cual, quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo afirmado.¹¹¹

Es muy importante lo siguiente: “ Se comporta de forma incorrecta quien hace una afirmación con la pretensión de que sea asumida como verdadera sin proveer ninguna demostración, descargando en quien desiste de ella la carga de probar su falsedad”.

Porque, “ del hecho de prescindir de que la falta de demostración de la falsedad de una afirmación no equivale a la prueba de *su verdad*”

Más aun : “ Esa conducta parece menos aceptable en la medida que de la afirmación – no demostrada- de un hecho se hicieran derivar consecuencias jurídicas negativas respecto de otro sujeto: esto es lo que ocurriría si se admitiera que la demanda del actor pudiera ser acogida sin que este probara la verdad de los hechos alegados, y, por lo tanto se admitiera que el demandado pudiera perder el caso sin que el actor haya probado tener razón en los hechos.- Atribuir en el proceso la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrar parece un privilegio carente de justificación.

La regla general sobre la carga de la prueba tiene una evidente función epistémica: apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente.- Esta regla esta dirigida entonces a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación.

Véase que esta regla general en cuanto a la carga de la prueba, muy bien explicada por Taruffo, en el Derecho al Consumidor impone a la empresa, proveedor de servicios la obligación de probar la no discriminación, el no abuso de su posición dominante. Ya que el fundamento ultimo de argumento consumeril es equilibrar a las partes en sus derechos en todos los órdenes. Dándole a la defensa del consumidor un elemento fundamental para soslayar la superioridad económica-jurídica que suelen tener los proveedores.- Lo que pone

¹⁰⁹ La carga de la prueba incumbe al que afirma. Definición del Diccionario de la real academia española.-

¹¹⁰ (Justicia)

¹¹¹ Las cargas probatoria “Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 255.-

al Derecho al Consumidor, en un rango de derecho fundamental expresamente reconocido por el art 42 CN.

Incluso, se crea a favor del consumidor la presunción de ignorancia, donde el deber de información a cargo de la empresa o proveedor está dado por la desigualdad que presupone que solo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones mas favorables. La protección a favor del consumidor *o profano*, se encuentra en una suerte de *presunción de ignorancia legitima*¹¹², lo que justifica la minuciosa regulación legal del deber de informar a cargo de proveedor.

Este estatus de prueba a favor del consumidor, lo releva de la oposición a la prueba, a decir de Taruffo: “ La falta de oposición no trasforma en verdadero lo que es falso ni tampoco vuelve verdadero lo que es ya verdadero por si.”¹¹³

En otras palabras, el estatus de prueba a favor del consumidor no significa que la falta de oposición convierta en verdadero algo falso, ni que vuelva verdadero algo que ya es verdadero por sí mismo. Esto significa que, aunque pueda existir una falta de oposición o contradicción en relación a ciertos hechos presentados como prueba, esto no cambia su veracidad.

En el contexto del derecho del consumidor, esta perspectiva enfatiza la importancia de realizar una valoración de la prueba, teniendo en cuenta la debilidad del consumidor, ya que muchas veces este carece de medios necesarios para su defensa.

¹¹² CNFed. CAdm, sala II 6-5-99 “ Poggi, Jose M. c/ Secretaria de Comercio e inversiones” J. A.2000-III-381; RC 423/20.-

¹¹³ “Simplemente la Verdad” Michele Taruffo. Marcial Pons 2010, Pag 149.-

CAPÍTULO III

Los tratados de Derechos Humanos y la injerencia en la relación de consumo.

Específicamente, en esta materia, ni los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional ni las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor hacen referencia expresa a la “relación de consumo”¹¹⁴. Pero ¿Puede un tratado y/o fallo en materia de derechos humanos contradecir los principios constitucionales que amparan derechos fundamentales del ser humano?

La respuesta es clara NO. Ya que si fuera por la afirmativa dicha norma sería injusta y por tanto inaplicable.

Afirma Rodolfo Vigo que: “Los tratados de derechos humanos, se encargan de reconocer que no los están creando cuando sancionan estos textos, sino reconociéndolos y con alcance universal e inalienable. Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que cuenta con el poder de definir en última instancia el derecho vigente en los diferentes Estados de esa región y, si bien es una materia acotada, es indudable que cuenta con una ineludible elasticidad que queda confiada al *self-restraint* de los jueces que la integran”

Cuando el legislador de estos derechos puede actualizar el ordenamiento, como ocurre en las constituciones que han sido actualizadas, no hay grandes problemas, pero cuando estos documentos no pueden ser actualizados legislativamente por ser inviables las reformas la adaptación de estas declaraciones a los nuevos tiempos se realiza a través de la interpretación de los derechos.

Por otra parte, la Corte Suprema de la Nación Argentina, dice enfáticamente que: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 CN una esfera de reserva soberana, delimitada” por dichos principios, “a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad” Dicho artículo de la Constitución Nacional establece que: Art. 27.

“El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

¹¹⁴ Título 2. Estándares constitucionales, convencionales y de normas internacionales en relación al objeto de las relaciones de consumo. La relación de consumo como categoría delimitadora del ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, nacida del contacto social.- Sergio Sebastián Barocelli

El Dr. Renato Rabbi Baldi sobre este argumento dice que: “Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados por el art. 75, inc. 22 en la reforma de 1994-, fueron incorporados a la Constitución, esto es, no ostentan rango supraconstitucional, ...”

Es decir, no son más que la Constitución ni, tampoco, menos que ella. Son parte de la Constitución y, por tanto, sus normas están sujetas a la aplicación e interpretación de los tribunales y, en última instancia, a su “intérprete final” que, conforme constante jurisprudencia del Alto Tribunal, es éste último.

Desde el principio de igualdad, todos los derechos existentes en la Constitución Nacional están en un pie de igualdad. No hay derechos más importantes que otros, ni la constitución prefiere unos derechos sobre otros.

¿Cuál es el alcance de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación?

La obligatoriedad de las sentencias de la CIDH “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”. Esto lo dice la Corte Nacional a partir del caso Fontevecchia.

Pero, lo cierto es que, para el caso que un Estado es condenado, dicha sentencia entra en la característica de la “*res judicata*”, por tanto su cumplimiento es leal e integral para todos los órganos del Estado.

Por regla general se instituye que : el art. 68.1 de la CADH, “se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste”

Ahora bien, las dos variables a que se sujeta el cumplimiento obligatorio son la convencionalidad y la constitucionalidad.

En cuanto a la convencionalidad se refiere a la forma que el estado Nacional entra a dicho sistema y la Constitucionalidad la compatibilidad del Tratado con los principios constitucionales.

Así es que, por un lado se encuentra el compromiso asumido por el Estado Nacional como Estado firmante del tratado, y como consecuencia la obligación de acatar y cumplir las resoluciones Internacionales.- Pero, una sentencia cumplida es un derecho escuchado¹¹⁵.

¹¹⁵ Rabbi Baldi en sus estudios “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Una sentencia cumplida es un derecho escuchado, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257.

Asimismo, hay que destacar que la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado [al] afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas sobre este tema escribió en: “El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevicchia” de 2017) lo siguiente: “La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’ Amico vs. Argentina” (popularmente conocida como “Caso Fontevicchia”) del 14 de febrero del presente año (2017) constituye un hito en el complejo debate en torno de la función y la jerarquía del sistema interamericano de protección de derechos humanos (y de su tribunal interpretativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en lo sucesivo, CIDH-) en el contexto de los ordenamientos jurídicos de los países miembros de dicho sistema (y de sus respectivos máximos tribunales). Como es obvio, la gravitación de esta sentencia concierne exclusivamente a la República Argentina, por lo que el propósito de estas líneas reside en explorar si aquella es conforme tanto con el sistema interamericano, como con el constitucional de ese país”¹¹⁶

En dicho análisis que hace Rabbi Baldi lo hace de la siguiente manera: “El estudio se organiza como sigue: un análisis de la estructura y lógica interna de la resolución que, a mi juicio, responde favorablemente a dichos interrogantes (II); sobre tales bases, de seguido efectúo un examen de la compatibilidad de la respuesta de la CSJN, de un lado, con sus propios antecedentes y con los fundamentos tenidos en cuenta por el constituyente histórico respecto del status y la función de los tratados internacionales en el ámbito de la Constitución Nacional y, de otro, con los principios básicos del derecho internacional público; con los criterios liminares que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y con el grueso de la interpretación de la CIDH en relación con este aspecto (bien que se dejan a salvo algunos votos particulares), todo lo cual aspira a sentar las bases de una relación virtuosa entre ambos sistemas con provecho del único destinatario de sus afanes: la persona humana (III).”

¹¹⁶ El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina Pag.1

Análisis de las facultades de la CIDH en el ámbito de la CADH

1. El Argumento gramatical:

“En primer lugar, la CSJN se plantea el significado de “dejar sin efecto”. Acude (argumento “gramatical”) a la “primera acepción (...) en el Diccionario de la Real Academia Española” y responde que es “sinónimo de revocar”. Sobre tales bases, formula su tesis: la CIDH no puede obrar de ese modo pues ello “implicaría transformar a dicho tribunal (...) en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por esta Corte en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema” (consid. 11).

2. El Argumento Conceptual¹¹⁷:

“De acuerdo con dichos principios estructurales, y con cita de la propia CIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicha Corte no “...revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que (...) es subsidiaria, coadyuvante y complementaria” (consid. 8°. Cfr también consid. 9° y 7° del concurrente). La CIDH no puede, entonces, “recur[r] a un mecanismo reconstitutivo” (consid. 12) y si bien, en ocasiones, así lo ha dispuesto, “ha reconocido explícitamente que en muchos casos tal remedio es improcedente”, señalando “que ‘puede haber casos en que la *in integrum restitutio*¹¹⁸ no sea posible, suficiente o adecuada”, por lo que “de esta manera (...) debe ser interpretado el art. 63.1 de la Convención Americana” (consid. 15, con cita de precedentes de la CIDH);

3. Argumento de la letra de la ley:

Se trata, dice la CSJN, de un “análisis de fundamental importancia” puesto que “la letra de los tratados”, tal y como surge del art. 31 de la Convención de Viena sobre esa

¹¹⁷ Expresa Rabbi Baldi que: “Sigo en la calificación y clasificación de los argumentos, un tanto libremente, las enseñanzas de Giovanni Tarello y de Robert Alexy en sus célebres obras, respectivamente, *Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980 y *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; segunda edición corregida y ampliada por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007”.

¹¹⁸ Definición de la Real Academia Española: Civ. Restablecimiento en la integridad de un derecho, volviendo a su titular a la situación anterior a la violación.

materia, “determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales” (consid. 12). Así, tras transcribir el art. 63.1 del Pacto, concluye categóricamente que “el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional” (consid. 13)

4. Argumento de la voluntad del convencional americano;

“También con referencia al art. 32 de la citada Convención de Viena, la CSJN señala, de manera igualmente enfática, que el “mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana” (consid. 14);

5. Argumento de la manifestación de voluntad del Estado argentino al sistema interamericano:

“Lógica consecuencia del señalado sentido del sistema interamericano –y de la correlativa función de su CIDH- es la manera cómo ingresó la República Argentina a dicho sistema. La CSJN, al respecto, expresa sin subterfugios que la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”, por lo que “es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte interamericana” (consid. 6°; arg. consid. 4° in fine y 7, in fine del voto concurrente)”

6. Argumento procedimental:

Para la CSJN, y retomando el primer argumento, “una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto”, lo cual no es posible respecto de la CIDH pues el proceso en el que interviene “no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y las pruebas” (consid. 11). Este dato es decisivo y sobre él se había reparado en el consid. 3° (“en sede internacional (...) solo intervinieron las presuntas víctimas y los representantes de nuestro país y se ponderaron las pruebas allí ofrecidas”) y en el consid. 5° cuando refiere que se dio *in vista* al ex presidente Menem de lo requerido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, quien respondió “que no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó condenando al Estado Argentino, por lo

que nada tiene que expresar al respecto” (el énfasis de las citas se ha añadido)¹¹⁹ En efecto; como no hay una continuidad en el proceso; como son distintas sus partes (en sede interamericana está la víctima o el demandante pero no el victimario o el demandado, sino el Estado Nacional); como son diversas las pruebas, no existe, en puridad, una cuarta instancia que eventualmente pueda revocar la decisión de la anterior. El procedimiento interamericano es, desde este punto de vista, diverso del procedimiento europeo que permite –desde la implementación del Protocolo n° 11 de 1998- el standing de la víctima o de quien mantiene un agravio contra la decisión de la última instancia de cada uno de los países miembros.

7. Argumento del derecho comparado:

Para la Corte, “esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, enfáticamente abrazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional” (consid. 10, con cita de diversos precedentes de esa Corte. Cfr también, consid. 5°, 2° párr. del voto concurrente). Esta doctrina alude a que en determinadas cuestiones que hacen a aspectos esenciales de la escala de valores de cada nación, éstas conservan un “margen de

¹¹⁹ Este dato ya había sido 5puesto de relieve por el Tribunal en el precedente “Cantos” (Fallos: 326:2968, sent. del 21/8/93) a través de los votos tanto mayoritarios (jueces Fayt y Moliné O’ Connor, consids. 3° y 4° y Vázquez, consids. 7° y 8°; no así en el voto de los jueces Petracchi y López), como del minoritario del juez Boggiano, consid. 6° (no merece una consideración crítica en el de Maqueda, consids. 8° y 11) y constituyó, en los votos de mayoría recién mencionados, la razón que condujo a rechazar el pedido de cumplimiento de la sentencia de la CIDH que había formulado el Procurador del Tesoro de la Nación por considerar que la reducción de honorarios de los profesionales ordenada en aquella no podía efectivizarse dada la ausencia de representación de éstos en dicho tribunal. Y este factor vuelve al centro de la escena en la causa “Espósito” (Fallos: 327:5668, sent. del 23/12/04), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, consids. 10, 12, 14 y esp. 15 y 16; Fayt, consids. 9° y 10 y Highton, consids. 6° y 10; y en el caso “Derecho” (Fallos: 334:1504, sent. del 29/11/11), de modo expreso en el voto disidente de los jueces Fayt y Argibay, consid. 8° y de forma implícita en la remisión que la mayoría realiza a los votos de los jueces Petracchi; Zaffaroni y Highton en la causa “Espósito”. En ambos precedentes, en cuanto aquí interesa, se discutió dejar sin efecto la prescripción declarada en sede nacional ante la condena en el ámbito interamericano al Estado argentino, al que se le había ordenado reabrir las respectivas causas. Se consideró, al respecto, que ello cercenaba los derechos constitucionales y convencionales de quienes no pudieron hacer oír sus razones en el ámbito de la CIDH. A mi juicio, estos votos (y otros que fueron emergiendo con posterioridad) preanuncian el sentido de la sentencia bajo comentario. Sobre dicho carácter anticipatorio, cfr el primero de mis estudios citados en la nota 2. En cuanto a la gestación de la doctrina “Fontevechía” a través del complejo abanico de votos mayoritarios; disidentes y de jueces que hasta ese momento no se habían pronunciado sobre el particular, preparo en la actualidad un estudio que da cuenta de dicho proceso.

Sobre esta doctrina, cfr, entre una amplia bibliografía, las sugerentes consideraciones de Colombo Murúa, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, Suplemento La Ley Constitucional, Buenos Aires, septiembre 2013, 6, esp. pp. 67/68. Cfr, asimismo, a partir de las consideraciones de la CIDH, Gallo, Orlando Juan, “El margen de apreciación nacional y la realidad iberoamericana”, El Derecho, Buenos Aires, diario del 16/6/2016, pp. 4-7.

apreciación” propio y especial sin que resulte alcanzado por el *standard* establecido por dicho Tribunal: existe, entonces, una esfera de soberanía indelegable por parte de dichos estados.¹²⁰

Para Rabbi Baldi este argumento del margen de apreciación propia de los Estados, que proviene de la soberanía indelegable de estos, se emparenta con el alcance del art 27 de la CN y por tanto, con la línea de razonamiento que se estructura en torno las facultades de la CIDH.

A. Sobre las facultades de la CIDH en el ámbito de la Constitución Nacional

En este punto Rabbi Baldi analiza en 6 argumentos, si la revocación ordenada, por la CIDH es compatible con diseño constitucional Nacional. Su respuesta es negativa, dando razones para el sustento de dicha valoración:

1. Argumento de la primacía constitucional.

Denomino de este modo a un dato de evidencia: “esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico” (consid. 5º, voto del juez Rosatti). Es que el Pacto de San José de Costa Rica -como los restantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados por el art. 75, inc. 22 en la reforma de 1994-, fueron incorporados a la Constitución, esto es, ni ostentan rango supraconstitucional (como fue postulado por alguna doctrina en el marco de dicho proceso de reforma); es decir, no son más que la Constitución ni, tampoco, menos que ella. Son parte de la Constitución y, por tanto, sus normas están sujetas a la aplicación e interpretación de los tribunales y, en última instancia, a su “intérprete final” que, conforme constante jurisprudencia del Alto Tribunal, es éste último¹²¹.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, expone en relación al argumento de la primacía constitucional: “ Argumento de la primacía constitucional. Denomino de este modo a un dato de evidencia: “esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico” (consid. 5º, voto del juez Rosatti). Es que el Pacto de San José de Costa Rica -como los restantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados por el art. 75, inc. 22 en la reforma de 1994-, fueron

¹²⁰ Sobre esta doctrina, cfr, entre una amplia bibliografía, las sugerentes consideraciones de Colombo Murúa, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, Suplemento La Ley Constitucional, Buenos Aires, septiembre 2013, 6, esp. pp. 67/68. Cfr, asimismo, a partir de las consideraciones de la CIDH, Gallo, Orlando Juan, “El margen de apreciación nacional y la realidad iberoamericana”, El Derecho, Buenos Aires, diario del 16/6/2016, pp. 4-7.

¹²¹ Cfr, entre muchos otros, el señero precedente “Benjamín Calvete” del 18/10/1864, Fallos: 1:340. Para una glosa de este aspecto, cfr, entre otros, Vigo, Rodolfo Luis, Interpretación constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, esp. pp. 115-116.

incorporados a la Constitución, esto es, ni ostentan rango supraconstitucional (como fue postulado por alguna doctrina en el marco de dicho proceso de reforma); es decir, no son más que la Constitución ni, tampoco, menos que ella. Son parte de la Constitución y, por tanto, sus normas están sujetas a la aplicación e interpretación de los tribunales y, en última instancia, a su “intérprete final” que, conforme constante jurisprudencia del Alto Tribunal, es éste último.

2. Argumento de la coherencia.

El constituyente de 1994, como lo ha recordado una también constante jurisprudencia, efectuó un “juicio constituyente” el que consiste en que las disposiciones de dichos instrumentos no “deroga[n] artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional” (consid. 5° del voto concurrente y 19 del voto de mayoría). La Ley Fundamental se entiende como un todo dotado de un sentido coherente, de modo que ninguna de sus disposiciones se oponen entre sí, en tanto responden a una unidad conceptual constituida, precisamente, por el contenido de los derechos constitucionales históricamente receptados en las convenciones de 1853/1860, los que fueron “actualizados” por la Convención de 1994 a través de la recepción de los citados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos¹²².

3. Argumento de los principios de derecho público constitucional.

Dentro de los artículos de la primera parte de la Ley Fundamental destaca el 27 según el cual los tratados que suscriba la Nación deben ser contestes “con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución”. La Corte es enfática: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada” por dichos principios, “a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad” (consid. 16). Para el juez Rosatti, dicha “reserva soberana” se extiende “con mayor razón aun” a “la interpretación que de tales tratados se realice”(consid. 5°, 2° párr.) . En definitiva, si un instrumento internacional no supera el test que surge de dichos principios

¹²² Esa es, a mi ver, la conclusión que emerge de una lectura armónica de los arts. 7 y 3, inc. “e” de la ley de reforma de la Constitución n° 27.798 que preveían, respectivamente, la prohibición de modificar la parte dogmática de la Ley Fundamental y la necesidad de “actualizar” las facultades del Congreso Nacional. Sobre dicha interpretación, así como acerca de la continuidad de sentido de los derechos fundamentales que asumen los instrumentos constitucionalizados en el art. 75, inc. 22 respecto de los cristalizados en la primera parte de nuestra Constitución federal, cfr mi reseña a la obra de Rodolfo C. Barra, “La protección constitucional del derecho a la vida”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, en Anuario de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, 4, 1998, esp. p. 299, y más ampliamente, mi estudio “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos”, El Derecho, Buenos Aires, 10/12/98, esp. p. 20. Cfr, en igual sentido, la intervención de la convencional Carrió al tratarse el tema en la Asamblea Constituyente de 1994 (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Ministerio de Justicia de la Nación/La Ley, Buenos Aires, 1995, t. IV, p. 4130).

no podrá ingresar al ordenamiento jurídico a título de norma supra legal y, mucho menos, a título de Constitución, como lo ha reconocido una constante jurisprudencia de la CSJN, con anterioridad y con posterioridad a que, desde el precedente “Ekmekdjian” estableciera la supra legalidad de los tratados . Lo expuesto es una derivación del “argumento de la primacía constitucional” y, en el caso de la CADH, como se dijo en la letra precedente, su compatibilidad con la Constitución (no a la inversa) es consecuencia del juicio constituyente que estableció que sus normas no derogan artículo alguno de la parte “dogmática”, es decir, que es conforme con los principios públicos constitucionales a que refiere el art. 27.

4. Argumento de autoridad.

La doctrina de los autores confirma la semántica y el sentido de dicha norma. La CSJN menciona a R. Sáenz Peña; Luis M. Drago y C. Rodríguez Larreta quienes en 1907 plantearon en la Conferencia de Paz de La Haya que los tratados de arbitraje obligatorios no incluyan “las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país”. Todavía más contundente es Joaquín V. González para quien, dos años después, “un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional; cambiar la forma de gobierno (...); restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución (...) En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes” (consid. 18, voto de mayoría. Cfr también consid. 5º, 3º párr., voto del juez Rosatti).

5. Argumento de la supremacía de la CSJN.

Pues bien, uno de esos principios de derecho público constitucional es “sin duda alguna”, el “carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional” (consid. 17, voto de mayoría). Se trata de un principio “inconmovible” (consid. cit.) o, como escribe el juez Rosatti, de un “elemento constitutivo” de tales principios (consid. 6º). Sobre tales bases, “revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” (consid. 17) . Tal vez literariamente menos confrontativo –pero de similares efectos- el juez Rosatti llama a interpretar la revocación ordenada por la CIDH “de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad

jurisdiccional estatuida en el sistema republicano sostenido por el ordenamiento constitucional argentino”, imponiéndose la respuesta negativa pues, de otro modo, la CIDH emergería, como se anticipó, como “una instancia ‘revisora’ o ‘casatoria’ de decisiones jurisdiccionales estatales” (consid. 7°).

6. Argumento del “diálogo jurisprudencial”.

Bajo esta noción el juez Rosatti aboga en favor de una “convergencia decisional” que reconozca “a la CIDH como último intérprete de la CADH (art. 62.1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la CN)”, de donde sí es posible concretar las medidas reparatorias ordenadas por la CIDH más no la revocación formal del decisorio nacional aquí discutido.

Si bien se ha enaltecido esta idea de “diálogo jurisprudencial”, la cual es ciertamente estimulante si bajo ésta noción se asume una genuina apertura a los planteamientos y puntos de vista de ambos tribunales en pos de la cabal defensa de los derechos fundamentales –que, como se anticipó, es su meta común-, empero, la “convergencia decisional” que aquí se plantea no tiene otro alcance que enfatizar la jurisdicción específica de cada tribunal, de resultas de lo cual, y en tanto que intérprete último de la Constitución, la Corte argentina es, en los hechos, el intérprete final de la CADH en tanto ésta es una norma más (en rigor, un conjunto de normas) de esa Constitución. Lo contrario, conduciría a una suerte de competencia bifronte y distante: la CIDH sería la última palabra de un segmento de la Constitución Nacional (la CADH), respecto de la cual a la Corte Suprema no le cabe ningún pronunciamiento, ciñendo su tarea al “resto” de la Constitución.

Dicho razonamiento, además, contradice el papel de intérprete final de las normas constitucionales (de todas, no de algunas) por parte de la CSJN, como cabeza y órgano de “cierre” de la administración de justicia del país, sino que confronta con la estructura de nuestra Constitución (al plantear la quiebra de la Ley Fundamental en tantas competencias como tribunales u órganos internacionales intérpretes de convenios que integran nuestra Constitución existan, respecto de los cuales aquellos –de manera estanca sin tampoco reconocer un superior común- emiten su veredicto final). Y, en fin, también contradice la referida semántica del art. 75, inc. 22, y la voluntad con la que ésta norma fue inserta por parte de los constituyentes en 1994, pues en ningún lugar del debate ocurrido entonces

siquiera fue insinuada la referida tesis de una competencia bifronte respecto de la interpretación última de nuestra Ley Suprema (ni podía serlo, pues como afirma el citado Dictamen del Procurador en la causa “Acosta”, ello hubiera implicado modificar los arts. 108 y 116 cuando la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención (...) competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación” (cfr el citado Apartado V, (b), séptimo párrafo).

Para el autor bajo análisis, considera que “en principio” las decisiones de la CIDH son obligatorias para el Estado Argentino. Ya que la decisión de la CSJN en este Fallo Fontevecchia es consistente con el sistema interamericano y el ordenamiento jurídico constitucional de la República Argentina.

En cuanto a los argumentos que estructuran la sentencia, los mismos fueron dados dentro de los principios de la convencionalidad y la constitucionalidad, íntimamente ligados entre sí.

Pero sostiene que, por el principio de constitucionalidad, el Estado Argentino solo pudo obligarse en el sistema interamericano en los términos de su Constitución y el límite a ello viene dado por el art. 27 de ésta. A demás destaca que en el propio fallo “Fontevecchia” la Corte Nacional, en sus considerando dijo expresamente que: “ con sustento en lo dispuesto por el art. 68.1 de la CADH, “se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste”

Sostiene que este párrafo en la sentencia trae varias consecuencias:

- 1) “La sujeción del Estado Nacional a las sentencias de la CIDH lo es respecto de los casos en que aquél es parte (“procesos contenciosos contra el Estado argentino”), es decir (argumento a contrario), las decisiones de la CIDH carecen de efecto “erga omnes”. La expresa referencia al art. 68.1, cuya semántica es categórica (“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”) (el énfasis se ha añadido), fortalece lo expuesto”¹²³.
- 2) “Es que dicha obligatoriedad lo es “en principio” . ¿Qué quiere decirse bajo este matiz? Si las decisiones de la CIDH en que un Estado es parte resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino”, entonces también deberían serlo

¹²³ “El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017) Pag. 13.-

para la CSJN que integra aquél”. contrario, se caería en la paradoja de que el Estado Nacional es bi o trifronte, es decir, tiene dos o más cabezas (una versión modernamente ampliada de Jano), de donde la Cancillería, esto es, el Poder Ejecutivo Nacional, es responsable en la esfera internacional pero la administración de justicia no. Indudablemente ese razonamiento –que la CSJN sostuvo expresamente en numerosos precedentes -, desde el citado precedente “Ekmekdjian v. Sofovich” no es ya de recibo . Si el Estado es uno, una es la responsabilidad internacional y todos sus órganos están compelidos a cumplir las mandas que se le impongan. No cabe, pues, desde esa lógica, una obligatoriedad “en principio” o “*prima facie*”.¹²⁴

Sobre la primacía de la Constitución Nacional, en especial en su art 27 y la compatibilidad con las normas de derecho internacional público, refiere Rabbi Baldi a que, Convención de Viena, en su art 27, en relación a los tratados regla “que ningún Estado parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por tanto actúa coordinadamente con las demás disposiciones ya que aquella no es la única, dentro del sistema de derechos. Por lo que se deberán recurrir principios interpretativos. Los se consideraran en su contexto y los fines del documento, así como una exégesis de buena fe de sus disposiciones (cfr. art. 31 de dicha Convención).

Agrega si también que el art. 53 de la convención de Viena, dispone que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Para el derecho internacional público, pues, ninguna disposición de un tratado puede violentar una norma de *ius cogens* las que, de tal modo, siempre “derrotan” a cualquiera que se le oponga. De ahí que el art. 46 de dicho documento prescribe la nulidad de un tratado celebrado por un país que “afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

“Ahora bien: conviene reparar que semejante es la respuesta que sobre tan sensible tema brinda el ordenamiento jurídico nacional, con la obvia anterioridad temporal de esta última: en efecto, considero que el art. 53 es, para la Convención de Viena, lo que nuestro art.

¹²⁴ Ídem

27 y, más concretamente, el *ius cogens* que aquél prevé se emparenta con nuestro 118 (ex art. 102), en tanto reconoce la existencia del *ius gentium*, esto es, del derecho natural (o, si se prefiere y como decía Francisco de Vitoria, “derivación del derecho natural”) con sustento en el cual reivindica, también anticipatoriamente, lo que hoy se conoce como jurisdicción universal: “...pero cuando se cometa [el delito] fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que se haya de seguirse el juicio”. Y, del mismo modo, el art. 46 de la citada Convención se correspondería también con nuestro 27 de forma que ningún texto convencional contrario a los principios de derecho público establecidos en esta Constitución (o, si se prefiere, a “una norma de importancia fundamental de su derecho interno”) derrota a aquellos, sino exactamente a la inversa: el art. 27 los sujeta a su contenido “inconmovible”, como se lee en el consid. 17 del voto de mayoría; en definitiva, dicha norma constriñe al test de constitucionalidad a todas las convenciones.”¹²⁵

Continua Rabbi Baldi, párrafo aparte, señala que Convención Americana sobre Derechos Humanos, no contradice la primacía constitucional. Ya que el art. 29 es categórico, disponiendo que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) “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”¹²⁶.

Que para el caso que una convención o una norma de derecho interno (constitucional o infra constitucional) resguarda de modo todavía más pleno los derechos de las personas a como lo hace la CADH, corresponderá –por imperio de la propia CADH- aplicar aquellas disposiciones y no éstas. Cita el precedente “Gottschau¹²⁷”, en donde se discutió, si una persona nacida en la República Federal de Alemania podía acceder a un concurso de Secretaria de Juzgado en los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Alto

¹²⁵ El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevicchia” de 2017) Pág. 17.-

¹²⁶ El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevicchia” de 2017) Pág. 21.

¹²⁷ CSJN, causa Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 329:2986, sent. del 8/8/06 .

Tribunal, advirtió que –en contra de la argumentación del a quo- que no eran de aplicación al caso disposiciones convencionales que establecían distingos entre nacionales y extranjeros cuando la Constitución Argentina no los reconocía.

Sostiene sobre la argumentación de la CSJN, en este tema, es contundente: “Debe señalarse, sin embargo, que esas normas [las convencionales citadas que autorizan tales distingos] deben interpretarse en consonancia con otros preceptos fundamentales. Así, por ejemplo, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que dispone que los tratados de rango constitucional “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella por ella reconocidos”.

Y el art. 29, inc. b de la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de “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” (en sentido análogo el art. 5.2 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”.

Concluye, “resulta de las normas citadas en el párrafo que antecede, que los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla.

Que aquéllos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción. Por tanto, si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público (...) no puede acudir a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede pretextarse que el tratado no reconoce al derecho o lo hace ‘en menor medida’” (consid. 10) .

Asimismo, el autor en cuestión, señala que las interpretaciones y jurisprudencia de CIDH, tampoco contradice la supremacía de la Constitución Nacional.- Y examina la debatida obligatoriedad de la interpretación realizada por la CIDH a las normas de la CADH aun en supuestos en que los estados no intervinieron en un caso contencioso ante aquel órgano.

Analiza la resolución “Gelman v. Uruguay” de 2013¹²⁸, desde el punto de vista de lo que la CIDH entiende como incumplimiento parcial de su sentencia, en la misma causa, del 24/2/11.

El voto de mayoría distingue al respecto según que “la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional” (párag. 67, énfasis añadido). Así, “en relación con la primera manifestación cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal...” (párag. 68, énfasis añadido) . Por el contrario, “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas (...) deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias (...) un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas (...) teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (parág. 69).

A continuación distingue dos circunstancias: La vinculación de un Estado a los tratados internacionales, y de ahí la interpretación CIDH¹²⁹ dependerá, si aquel haya o no sido parte de una contienda.

En el supuesto que haya sido parte de la contienda, resulta vinculado a la resolución en los términos del art. 68.1 y ello se extiende a la “cosa interpretada”. Ya que, como lo tiene argumentado deja a salvo el condicional “en principio” que incorpora la jurisprudencia de la CSJN en los términos del art. 27 de nuestra Constitución.

Afirma que:” no se está en un campo de tensión entre ambos sistemas, ya que una decisión de la CIDH dictada en una causa en la que un país es parte, como regla, vincula a ese país tanto en su parte resolutive, cuanto en sus considerandos, pues, como tiene dicho constante jurisprudencia de la CSJN, las sentencias constituyen una unidad lógico jurídica de

¹²⁸ CIDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia del 20/3/13.

¹²⁹ “res interpretata”.

donde no deben existir incompatibilidades entre sus fundamentos y lo que se resuelve¹³⁰”. Por lo que, no existe inconveniente para que la resolución y los fundamentos de la CIDH sean vinculantes para la República Argentina en un caso en el que es parte.

Con respecto, a la segunda circunstancia bajo análisis dice que: “ los estados deben “tener en cuenta” el tratado y “según corresponda”, la jurisprudencia convencional. Nada hay, pues, en este contexto, que indique que la “cosa interpretada” tenga efectos “erga omnes”. Antes bien, de lo transcrito no creo encontrar rastros que permitan arribar a una conclusión diversa que la que dimana de los principios que informan nuestro sistema constitucional, si se pondera que el párrafo es cauteloso en cuanto a que el control de convencionalidad que reclama de las autoridades públicas no puede verificarse de cualquier manera, sino, como se ha enfatizado más arriba, resguardando las competencias propias de cada órgano y sus procedimientos específicos, lo cual, en lo concerniente a la administración de justicia de nuestro sistema, entraña que no ha de efectuarse sino en el marco de los casos contenciosos sometidos a sus estrados. Asimismo, el *dictum* es categórico en cuanto a que la jurisprudencia interamericana no es vinculante fuera de esos casos contenciosos, ya que, como se transcribió, solo debe “tenerse en cuenta” en cada caso y “según corresponda”¹³¹. Pero, argumenta que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace “referencia al “principio de solidaridad” y considera que ello “implica que la jurisprudencia de” esa Corte “forma parte de Convención extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes)” (énfasis añadido). Y añade: “Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales” (énfasis añadido¹³²). Dice en su opinión que: “no supone que la jurisprudencia tenga efectos “erga omnes”, esto es, que posea una fuerza vinculante “a todas las otras Partes” del sistema que no participaron del caso en cuestión, a menos que se esté ante una completa desvirtuación del significado de “erga omnes”. “Tomar en consideración”, en efecto, mienta “tener en cuenta”;

¹³⁰El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017) Pag. 24.

¹³¹ El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017) Pág. 24.

¹³² El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina” (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017) Pág. 25.

“traer a examen”; “no omitir” y, desde esa lógica, en cuanto concierne al tema bajo estudio, solo entraña que los órganos estatales deben considerar la jurisprudencia por la CIDH en su actuación ordinaria. De ahí que, si bien se mira, ese “tener en cuenta” nada de novedoso entraña con lo constituye nuestra más rancia práctica jurídica. Ésta, en efecto, a través la legislación; la doctrina y la jurisprudencia ha acudido con especial esmero al derecho comparado en orden a nutrirse de su “*auctoritas*” para mejor iluminar y resolver las cuestiones bajo examen . Y, por cierto, dicha práctica nada tiene de contradictorio con los principios liminares de nuestro ordenamiento, sino, en todo caso, su concurso no hace más que coadyuvar a la mejor explicitación y actualización de aquellos y, cuando sucede lo contrario (como en el caso “Gottschau”), su “puesta en consideración” es igualmente valiosa para dejar en claro la razón por la que no se siguen sus criterios¹³³.

Concluye que: el “principio de solidaridad” se asocia al carácter “erga omnes” de las decisiones del Tribunal europeo de derechos humanos, la conceptualización que de inmediato se hace de aquél lo relativiza por completo, en tanto se lo vincula con la necesidad de “tomar en consideración” dicha jurisprudencia, lo que es algo distinto (y distante) que aquel concepto.

Conclusiones sobre este tema de Rabbi Baldi

1) Las declaraciones interpretativas y denuncias se vinculan, con la cuestión nodal. Que si existen normas y/o interpretaciones convencionales que violentan o desconocen las reservas “derecho público constitucional”, aquellas nunca podrán “derrotar” a éstas. (Ya argumentadas en el caso Fontevecchia).

Que si de tales normas e interpretaciones convencionales procuran prevalecer sobre los “principios de derechos público constitucional” consagrados por la República Argentina, se lo impide, categóricamente, el art. 27 de la Ley Fundamental y demás disposiciones concordantes (tal el citado art. 118 y las normas que resguardan los derechos básicos de la

¹³³ Ídem.

Parte Dogmática). Asimismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando se analizan, concordantemente, el contenido de los arts. 27¹³⁴; 46¹³⁵ y 53¹³⁶.

2) Que detrás de toda esta cuestión no late únicamente el afán por desentrañar el genuino alcance del diseño constitucional de la República Argentina y su relación con el sistema convencional americano, sino, además, el indagar sobre la mejor salvaguarda de los derechos de las personas que es la finalidad que tanto el convencional americano como el constituyente histórico de 1853-1860 y el actual de 1994, según se ha visto, han querido plasmar en sus respectivos documentos.

3) Que la CIDH no garantiza, de suyo, como lo sugiere alguna doctrina, dicho resguardo. Tampoco lo garantiza, per se, la CSJN. Y por ello, si el Alto Tribunal ha sentado desde siempre que sus resoluciones no son vinculantes fuera del caso concreto, sino que exhiben una autoridad moral que los tribunales inferiores deben reconocer en razón de ser la cabeza del Poder Judicial, bien que ello no les impide apartarse de dichas resoluciones siempre que medien razones justificatorias al respecto, con mayor razón cabe aplicar dicha doctrina a un tribunal que es el intérprete nato de una parcela de la Constitución que, como tal, tiene en la CSJN a su intérprete último.

4) Que el holding del caso “Fontevicchia” reside en rescatar y situar en el centro de su argumentación el alcance del art. 27 de la Ley Fundamental. Éste estuvo y está en la Constitución desde 1853. Y, como se ha señalado, estuvo y está presente en la historia jurisprudencial de nuestro país en casos de especial trascendencia. Pertenece, pues, a nuestra más señera tradición constitucional. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recientemente, ha venido a reconocer la relevancia de esa noción a través de la auto

¹³⁴ Art 27 Convención de Viena. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Año 1969.-

¹³⁵ Art 46 Convención de Viena. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Año 1969.-

¹³⁶ Art 53 Convención de Viena. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

restricción para inmiscuirse en asuntos que pertenecen “margen de apreciación nacional”, todo lo cual, por cierto, está revelando la perenne vitalidad de un documento de 165 años.

5) Brinda breves proposiciones:

(a) ciertos dicta de la CIDH parecen haber exorbitado su competencia en los últimos lustros, lo que lejos parece favorecer un siempre auspicio “diálogo jurisdiccional” entre ese y los tribunales constitucionales y cortes supremas de los estados miembros del sistema interamericano;

(b) dicha pretensión es ajena a la letra y al espíritu del convencional americano, además de que tampoco resulta consistente con los principios que surgen de la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia más consolidada de la CSJN;

(c) ésta última, empero, no configuró una doctrina clara y robusta en torno de esta compleja cuestión. Acaso contribuyó a ello las variadas alteraciones tanto en su composición cuantitativa (pasó de nueve a siete y finalmente a cinco miembros) cuanto en los recambios producidos, al menos desde 1992 cuando se emitió el fallo “Ekmekdjian” que declaró la supremacía legal de los tratados;

(d) sin embargo, por conducto de diversos votos de los distintos pronunciamientos sobre la materia, se fue configurando una doctrina que parece haberse consolidado en el caso aquí examinado y del cual surge con nitidez: (i) que la CIDH tiene una competencia remedial; (ii) que el art. 68.1 solo vincula a las partes en el caso concreto; (iii) siempre que, para la República Argentina, no viole el art. 27 de su Constitución, esto es, los “principios de derecho público constitucional” que, en la clave de la Ley Fundamental es el *ius gentium*, y en la de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el *ius cogens*. Se trata, en definitiva, del perenne recurso al derecho natural, como límite y fundamento del Derecho todo y, por ende, de la supremacía constitucional.

Para concluir en este tema, diremos que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene la facultad y responsabilidad de evaluar la compatibilidad entre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios constitucionales argentinos. Aunque en principio las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias para el Estado argentino, esta facultad permite que se lleve a cabo una revisión detallada para asegurar que no haya contradicciones con los principios constitucionales establecidos en Argentina.

Es importante destacar que esta evaluación se realiza en el marco del respeto a los tratados internacionales y a las obligaciones asumidas por el Estado argentino. Sin embargo, también se debe tener presente que estos tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios del derecho público establecidos en la Constitución Nacional.

CONCLUSIÓN:

Para concluir diré que:

A lo largo de esta tesis hemos presentado sólidos argumentos sobre la importancia de los principios iusfilosóficos en el Derecho del Consumidor. Como así también, hemos destacado la influencia de estos principios en la interpretación de las normas y su relación con las normas morales dentro del ordenamiento jurídico. Demostramos como los principios rectores del derecho al consumidor subyacen en las relaciones de consumo, dándole un marco de protección, que guían tanto a la empresa y al consumidor en sus interacciones.

También hemos desarrollado el argumento basado en la importancia de considerar que los derechos del consumidor, al participar de la naturaleza *erga homnes*, son Derechos Humanos fundamentales. En este sentido, el caso *Olivera Fuentes c/ Perú* es una referencia relevante para ilustrar cómo el Estado puede ser responsable por actos u omisiones de entidades no gubernamentales, como empresas, ante instancias internacionales. Por lo que sienta un verdadero precedente en la materia, lo que exalta la importancia del mismo en la resolución de conflictos en el marco Nacional como Internacional.

Por otro lado, el argumentos sobre la importancia de la verdad en el marco del Derecho son relevantes, ya que esto es un aspecto fundamental para garantizar una justicia efectiva. Concretamente hemos demostrado la importancia de la Verdad, a través de las enseñanzas de Taruffo. Que muy probablemente, en casos de controversia o disputa entre consumidores y proveedores, la valoración de la verdad se convierta en un elemento central para determinar la responsabilidad y establecer una solución justa.

Para terminar hemos argumentado la importancia de armonizar los principios protectorios del derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno. Como así también, hemos argumentado que la protección de los derechos fundamentales establecidos tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales, deben estar en orden a garantizar la protección de los ciudadanos. Como su mejor Derecho, teniendo en cuenta la importancia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el compromiso de Argentina con dicho sistema. La finalidad es lograr una interpretación coherente y armoniosa entre las normas internacionales y nacionales, promoviendo así una justicia efectiva y respetuosa de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

IUSFILOSÓFICA:

ALEXY, Robert. «Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica.» DOXA 5 (1988).

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás al positivismo jurídico”, Isonomía, Nro. 27, 2007

ATIENZA, Manuel. “Curso de argumentación jurídica...”

ATIENZA, Manuel. “El sentido del derecho”, Barcelona, 2001, Ariel.

ATIENZA, Manuel. Prólogo al libro de GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás Jorge, “Sobre la argumentación jurídica y sus teorías”. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2018.-

ATIENZA, Manuel. “Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad” (Revista IUS ET VERITAS, N° 53, Diciembre 2016 / ISSN 1995-2.-

BOBBIO, Norberto. “El Tiempo de los Derechos” Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema. Fundación Sistema dFuencarral, 127 - 28010 Madrid

CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. Doc. 147. 7 septiembre 2017, párrafo 160; y CIDH. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. Doc. 69. 7 junio 2010, párrafo 70

CLÉRICO, Laura “Derechos y proporcionalidad” Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.- México, 2018

DWORKIN, Ronald. «Is democracy posible here? » Princeton: Princeton, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.

FRANCISCO de VICTORIA “Origen de la modernidad”, Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos, Buenos Aires, vol. XI, año 2017.-

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “IUSMORALISMO”. H.L.A HART .Lima, Año 2014

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina “The Inter-American Court of Human Rights and Multinational Enterprises: Towards Business and Human Rights in the Americas?” Universidad de La Sabana. maria.londono1@unisabana.edu.co

NINO, Carlos S. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

RABBI BALDI, Renato.- Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevicchia” de 2017

TARUFFO, Michale “Simplemente la verdad” Marcial Pons 2010.-

VIGO, Rodolfo. “Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho” Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.-

VIGO, Rodolfo. “Ética judicial e interpretación jurídica”, DOXA, 2006, Nro. 29.

VIGO, Rodolfo. “La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, México D.F., Consejo de la Judicatura Federal, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo “ El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia” Editorial Trotta

CIVIL Y COMERCIAL

BAROCELLI, Sergio Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año VI, N° 1, Febrero de 2015, Buenos Aires: La Ley, 64.

Link: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/barocelli-impactos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-en-el-derecho-del-consumidor.pdf>.-

BAROCELLI, Sebastián. Publicación: Teoría General de las Relaciones de Consumo. IJ Editores. Año:2021:

Link:” <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=702>”

CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Debilidad del consumidor en la sociedad de Consumo”

Código Civil y Comercial explicado . Ricardo Luis Lorenzetti. Editorial Culzoni. Año 2021.

HEIGEL TORRES, Los estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando el sujeto vulnerado es un consumidor o consumidora. Revista de Derecho del Consumidor - Número 15 - Diciembre 2023. Fecha: 11-12-2023 Cita: IJ-V-CLIX-576 Link: <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/39>.-

Naciones Unidas Directrices para la Protección del Consumidor.

Osgoode Hall Law Journal Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article 4 7-1-1994 Are Consumer Rights Human Rights?

STIGLITZ, Gabriel . Los principios del derecho del consumidor y los derechos fundamentales, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Gabriel STIGLITZ y Carlos A. HERNÁNDEZ (Directores), Tomo I, Thomson Reuters, Buenos Aires: La Ley, 2015, 309-316

X Congreso Argentino de Derecho Concursal VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia Tomo 1 Octubre de 2018. Santa Fe.- Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas de Santa Fe.

ANEXO JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO OLIVERA FUENTES VS. PERÚ. SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO DE LOS BUZOS MISKITOS (LEMOTH MORRIS Y OTROS) VS. HONDURAS .SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2021.-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).-

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO 'FONTEVECCHIA Y D'AMICO VS. ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. 14 DE FEBRERO 2017.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL EN EL CASO “PRIEBKE, ERIK S/ SOLICITUD DE EXTRADICIÓN- CAUSA N° 16063/94, P 457. XXXI.-”