

20-204
Universidad de Palermo

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Trabajo Final:

**BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD de PALERMO**

Prohibida su Reproducción - Ley 11723

***“Mecanismos Constitucionales de
Protección al Consumidor”***

Autor: Jorge Alejandro Amaya

Tutor: Roberto Saba

MECANISMOS CONSTITUCIONALES **DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

*HACIA UN DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS
PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE
CONSUMO QUE CONSAGRA EL ARTICULO 42 DE LA
CONSTITUCIÓN NACIONAL.*

Jorge Alejandro Amaya¹

¹ *Resumen de Antecedentes de Jorge Alejandro Amaya*

Jorge Alejandro Amaya es abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Postgrado en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de Palermo); candidato a Master en Derecho (Universidad de Palermo) y doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Realizó estudios de Postgrado en Derecho Constitucional y en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Escuela de Gobierno y Negocios de la Universidad de Harvard (USA); en las Escuelas de Leyes de las Universidades de San Francisco (USA) y George Washington University (USA).

Fue Director de Bloque del Senado de la Nación Argentina; Asesor de Bloque de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado Argentino; de la Convención Nacional Constituyente de 1994 y del Consejo Nacional de la Magistratura. Es jurado de concursos para la selección de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad de Buenos Aires y de profesores en Universidades públicas y privadas.

Fue Director de la Carrera de Abogacía de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires, siendo actualmente Vicerrector del área Sedes y Convenios. Es también Director de la Revista Jurídica de dicha Universidad.

Es Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Derecho Constitucional del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y del Instituto de Derecho Constitucional y Ciencias Política de Sociedad Científica Argentina. Es miembro del Departamento de Legislación de la Unión Industrial Argentina (UIA) y de la Unión Industrial de la Ciudad de Buenos Aires (UICBA).

Es Mediador Certificado por el Ministerio de Justicia de la Nación y Arbitro internacional de la Fundación Belgrano; del Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación Argentina de Dirigentes de Empresa y Miembro Argentino y árbitro del Centro Internacional de Administración y Comercio del Perú (CIAC).

Recibió el Primer Premio en 1999 "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" en la especialidad Derecho Constitucional, y ha recibido la mención "Honor al Mérito" por la labor académica y de investigación por parte de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Universidad Del Perú, Decana de América) y distinguido por la colaboración e investigación académica por el Centro de Altos Estudios Nacionales del Perú.

Es Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Profesor Titular de Derecho Constitucional Político y Derecho Constitucional Profundizado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

Es profesor invitado entre otras de las Universidades de Zaragoza, Toledo y Jaén (España); Monterrey (México); San Marcos, Pontificia Católica de Lima, San Martín de Porres y Alas Peruanas (Perú); Sabana; del Rosario y Los Andes (Colombia); Concepción y Valparaíso (Chile). Es autor de publicaciones de su especialidad.

***“Si la telaraña está bien tejida el león
nunca se escapa”***

(proverbio etíope)

SUMARIO

Capítulo I

Conflicto y consumo

- I. 1. Introducción. Los conflictos y su resolución en la modernidad.*
- I. 2. Algunos principios en torno al concepto y estructura del conflicto.*
 - I. 2. 1. En la búsqueda de una definición.*
 - I. 2. 2. Concepto y algunas consideraciones.*
 - I. 2. 3. La acción.*
 - I. 2. 4. La reacción.*
 - I. 2. 5. Las reglas y procesos.*
 - I. 2. 6. Los cambios.*
 - I. 2. 7. Estructura del conflicto.*
 - I. 2. 8. Actores.*

Capítulo II

El movimiento consumidor en el mundo.

- II. 1. Su protección normativa.*
- II. 2. Protección preventiva del consumidor. Educación e información.*
- II. 3. Promoción y acción de las organizaciones representativas.*
- II. 4. Una clasificación propia de los sistemas de prevención y solución de los conflictos derivados de las relaciones de consumo.*

Capítulo III

Las Vías extrajudiciales como medio de prevención y

Solución de los conflictos derivados de las relaciones de Consumo.

III.1. Algunas técnicas de participación y prevención.

III.2. Tribunales administrativos de consumo.

III.3. Resolución Alternativa de Disputas (RAD).

III.4. Audiencias públicas.

III.5. El llamado "Sistema Legal Prepago" como medio de prevención y solución de los conflictos de los consumidores. Historia y antecedentes. Situación actual en el país.

Capítulo IV

La Vía judicial como medio de prevención y solución de los conflictos derivados de las relaciones de consumo

IV.1. La Justicia ordinaria como vía de solución de conflictos de los consumidores. La Justicia de menor cuantía. Función y fin. Su desarrollo en algunos países del mundo.

IV.2. La Justicia de menor cuantía en Argentina. Antecedentes Nacionales. Saldo deudor del Poder Legislativo.

Capítulo V

Las Vías procesales como medio de prevención y solución de los conflictos derivados de las relaciones de consumo

V.1. La tutela de los Intereses Colectivos en el Derecho Comparado. El problema de la legitimación.

- V.2. Vías procesales generales: El amparo.*
- V.3. Vías procesales generales: La acción popular.*
- V.4. Vías procesales generales: Las Acciones de Clase.*
- V.5. Vías procesales específicas: La injonction de hacer. Una acción procesal imaginativa.*

Capítulo VI

La cuestión procesal y sustancial a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional

- VI.1. ¿Cuál es hoy el alcance de la legitimación activa en el amparo?*
- VI.2. La cuestión en el artículo 43 de la Constitución Nacional.*
- VI.3. No se trata de una acción popular.*
- VI.4. La noción de afectado en el eje del debate.*
- VI.5. Las normas supranacionales.*
- VI.6. El derecho constitucional latinoamericano.*
- VI.7. El Defensor del Pueblo.*
- VI.8. Las asociaciones de consumidores.*
- VI.9. La reglamentación del amparo a la luz del nuevo artículo 43 C. N. Los dictámenes de mayoría y minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado. Su análisis y crítica. El texto sancionado por la Cámara Alta.*

Capítulo VII

Una propuesta doctrinaria en torno a la vinculación entre la garantía del habeas data y el derecho de los consumidores

- VII.1. La garantía del habeas data y su dimensión subjetiva tradicional. La protección*

del derecho individual de autodeterminación informática.

VII.2. Una propuesta doctrinaria sustancial: El habeas data y su dimensión objetiva institucional. La protección global del mercado. El derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz en el proceso de intermediación de bienes y servicios.

VII.3. Una propuesta doctrinaria formal o procedimental. El habeas data como mecanismo de resolución de conflictos derivados del consumo.

Capítulo VIII

Conclusiones finales.

Capítulo I

Conflicto y consumo

I.1. Introducción. Los conflictos y su resolución en la modernidad.

Los últimos cincuenta años han significado profundos cambios de paradigma en la humanidad, los cuales muchas veces resultan difíciles de dimensionar en auténtica magnitud y contexto general porque todos somos - dentro de nuestra esfera de actuación - actores de dichos cambios.

El incremento casi geométrico de la población mundial, la cual en el año 1.800 rondaba los novecientos millones de habitantes, solo cien años después se había casi duplicado, cincuenta años más tarde se situaba en los tres mil millones, hoy se acerca a los seis mil millones y en unos veinticinco o treinta años más se calcula que rondará los 9.000 millones.

El desarrollo explosivo de la genética que ha generado popularmente a la oveja más famosa del mundo y que hoy - al igual que en una película cinematográfica de ciencia ficción - se encuentra en capacidad de clonar seres humanos.

La crisis del sistema representativo el cual - desde el punto de vista de la teoría de la Constitución salvo en lo que respecta a la democracia directa y sus sucedáneos es el principio funcionalmente más importante del Estado contemporáneo - nacido para procurar respuesta al acertijo que tan bien describía Jiménez de Parga al interrogarse sobre ¿quién es el pueblo y donde está? y cuya eclosión se manifiesta con especial fortaleza en nuestros países latinoamericanos y en algunas repúblicas de Europa del Este.

El aporte cuantitativo y cualitativo del cincuenta por ciento de la humanidad a los procesos sociales, o sea la incorporación de las mujeres a los sistemas públicos y privados de reflexión y decisión, ya que hasta hace cincuenta años atrás eran muy pocas las mujeres que opinaban públicamente, participaban y se situaban en los centros de los procesos de decisión.

La interdependencia técnica, social, laboral, educacional, etc. de los países del mundo; el crecimiento y desarrollo de la conciencia ambiental; la creciente rentabilidad de la ética.

El desarrollo tecnológico, comunicacional e informático cuyo proceso abrumador nos obliga a reconocer la existencia de un nuevo, admirado y temido poder: el poder informático. Basta considerar para poder medir la velocidad del crecimiento tecnológico e informático recordar que en Argentina entre la televisión en pantalla de blanco y negro y la posibilidad de dialogar "cara a cara" a través de una computadora con algún amigo real o virtual en algún país del otro lado del mundo han pasado menos de veinticinco años.

Y sumado a estos profundos cambios mundiales se distingue también el progresivo perfeccionamiento del movimiento consumidor nacido bajo el lema del consumo y proyectado a la exigencia de la calidad.

En este contexto y acercándonos a la órbita de este trabajo, no podemos dejar de considerar que en los inicios del siglo XXI el incremento cuantitativo y cualitativo de los conflictos que afectan a la sociedad actual, los cuales mayoritariamente se caracterizan por presentarse revestidos de sofisticadas particularidades técnicas y complejas conformaciones psicosociales - propios de la sociedad

moderna - dificulta su resolución por medio de los procedimientos jurídicos tradicionales.-

Las nuevas necesidades y exigencias que progresivamente la comunidad ha incorporado a su patrimonio como forma de alcanzar una mejor calidad de vida de sus integrantes, nos obliga a una permanente actualización, revitalización y reformulación de los caminos, las formas y los medios dirigidos a preservar el valor "justicia" como fin necesario del estado de derecho y de los sistemas de resolución de conflictos (clásicos y modernos) como camino idóneo para posibilitar dicha meta.-

En este sentido, la problemática judicial del mundo entero y especialmente la de los países latinoamericanos se ha caracterizado, entre otros vicios, por un proceso creciente de acumulación de causas judiciales que no ha encontrado una contrapartida equilibrada en la delineación de renovados medios y recursos, generándose de esta manera un grado de morosidad que se contradice con los fines últimos de su correcta administración.

Esta patología se resume en la conocida frase que recuerda que la justicia tardía implica una auténtica denegación de la misma. La mayor parte de los estudios de opinión acerca de la justicia en Latinoamérica revelan el alto grado de insatisfacción que sienten los componentes de la comunidad respecto de la misma².

Por esto, una visión de la Justicia para el futuro nos conduce inevitablemente a un sistema de resolución de conflictos que integre el

² Una difundida encuesta efectuada recientemente por el Instituto Gallup arrojó como resultados que la mayoría de la población encuentra pocos aspectos positivos en la justicia Argentina (70%) y que entiende como problemas perentorios la excesiva lentitud en resolver las causas judiciales (65%).

sistema clásico tradicional que privilegia el poder y los derechos, conjuntamente con los sistemas alternativos que otorgan prioridad a los intereses de las partes en disputa.

Esto no implica menoscabar la jurisdicción judicial, sino arbitrar medios alternativos y complementarios cuya finalidad no sea sólo descongestionar los Tribunales y proveer soluciones nuevas a los diversos conflictos en el menor tiempo posible, sino también paliar la insatisfacción que muchos sectores de la sociedad exponen al decir que no encuentran acceso a una solución justa de sus disputas ³.-

Bajo estos supuestos, el grado de congestiónamiento judicial cuyas consecuencias padecen los justiciables - problemática que por cierto trasciende las fronteras argentinas- revela la insuficiencia de las soluciones de tipo convencional a las que se ha recurrido sistemáticamente, las que no han dimensionado - a nuestro criterio - como factor decisivo de la composición de los conflictos la dimensión de los cambios mundiales que hemos referido.

1.2. Algunos principios en torno al concepto y estructura del conflicto.

No es intención de este trabajo determinar si los conflictos son buenos o malos, útiles o inútiles, más o menos frecuentes. La cuestión esencial es la forma de su resolución

³ Tal como se distinguió en el "Primer Encuentro Interamericano de Disputas" realizado en Buenos Aires en noviembre de 1994 bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos, una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "solución a la justicia" (entendida como solución justa).-

y específicamente el mejor modo de prevenir y resolver aquellas disputas provenientes de las relaciones del consumo.

Ello podrá indicarnos mucho mas que los datos que nos proveen frías estadísticas cuantitativas con relación a la supuesta eficiencia del sistema de resolución de conflictos. Podrá mostrarnos — entre otros parámetros — en que tipo de sociedad vivimos, o dicho en forma mas precisa y partiendo del supuesto del triunfo del modelo democrático liberal en la sociedad occidental, hasta que punto se ha logrado cambiar un contexto naturalmente hostil y enraizado en la comunidad los valores sobre los que se asienta nuestro sistema democrático de vida. Podrá indicarnos incluso, que tipo de democracia transitamos y hacia que tipo nos dirigimos.

Es que si bien constituye un concepto popularmente repetido que la democracia implica el autogobierno del pueblo, el primer desafío que nos plantea a quienes por distintas razones debemos o deseamos ingresar en un análisis más profundo de esta idea es — como bien recordábamos en el punto anterior — intentar dar respuesta al interrogante de donde se asienta la voluntad popular.

La aspiración ideal del autogobierno — en la tradición jurídica continental como en la anglosajona — transita por la participación en la construcción de la decisión política de las mayorías y las minorías. En este sentido, cabe recordar que una de las principales preocupaciones del constitucionalismo ha sido la limitación y el control del poder. Las constituciones y sus catálogos de derechos aparecen como una forma de limitar el poder de las monarquías absolutas y de las facciones mayoritarias.

Pero siempre debemos recordar que la democracia descansa en la idea de la primacía de la decisión mayoritaria, lo que no comporta — por supuesto — la razón de la mayoría. Debemos necesariamente preservar a las minorías de los abusos de las mayorías, de cuya prueba y consecuencias la historia de nuestro país en todas sus etapas puede rendir ejemplo.

En este contexto, el papel de las minorías en una democracia no puede estar reducido a

su intervención en las elecciones. Deben tener una función relevante con especial dedicación en todos aquellos aspectos que se relacionan con la función de control del Gobierno.

Distintas teorías jurídicas y filosóficas se han desarrollado en pos de estas justificaciones. Los postulados del debate público, en tanto teoría consensual (destacamos la aplicación en la tradición continental en razón que se apunta especialmente a la formación de la ley) ven las primeras luces en el pensamiento de Milton. En él se fomenta la idea del "debate público" como medio para alcanzar la certeza y la verdad.

Mediante esta vía se procura asegurar el consenso y la diversidad de opiniones en el seno de una sociedad. Desde antaño existe el concepto que el diálogo es un gran aliado tanto de la moral como de la estabilidad política de una comunidad.

Modernamente se han desarrollado dentro de las fórmulas liberales nuevas perspectivas discursivas que vinculan de distinta manera el diálogo y el debate al concepto de democracia⁴, tales como los planteos que se formulan desde la democracia electoral, la democracia liberal propiamente dicha y la democracia deliberativa.

Veamos conceptualmente sus facetas distintivas. Podemos caracterizar a la democracia electoral, uno de cuyos clásicos exponentes es Joseph Schumpeter⁵, como aquel sistema político cuya aspiración participativa se limita a que existan reglas claras para que cada parte pueda tener libre acceso para participar en las elecciones. Según el propio Schumpeter la democracia es aquel sistema institucional

⁴ Para un análisis profundo de los modelos de democracia en su visión filosófico jurídica ver David Held, *Modelos de Democracia*, Alianza Universidad, Madrid, 1996.

para llegar a las decisiones políticas en el que los individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha de competencia por el voto del pueblo.

El tipo de la democracia liberal propiamente dicha se caracteriza por su insatisfacción ante las elecciones formales, pues las democracias electorales no se preocupan por lo que ocurre antes y después de las elecciones y esto es percibido como vital para la consolidación de la democracia y las instituciones liberales.

Este tipo sustenta las elecciones a través de un mecanismo de derechos individuales como el de asociación, opinión, comunicación, a efectos que las elecciones no solo sean mas abiertas sino que se constituyan sobre la base de un conjunto de valores (basado en derechos individuales) dándole a la democracia electoral una institucionalidad de la que carece en su vertiente electoral. Como bien indica Sartori⁶ esta democracia busca también preservar y defender a las minorías contra las mayorías, reflejando en este sentido el espíritu de la ideología liberal clásica sustentada en la autonomía de la persona y en la visión negativa de la libertad, que se configura en la ausencia de cualquier tipo de coerción externa.

Los desarrollos recientes de la teoría democrática han incursionado en el modelo de la democracia deliberativa⁷, que se caracteriza por intentar asegurar la individualidad y distribuir el diálogo a todas las esferas de la vida. La propuesta de la democracia deliberativa apunta a dos objetivos concretos: permitir la autonomía dentro del contexto de una comunidad, esto es mantener en armonía lo público y privado; y extender las posibilidades del diálogo a cualquier miembro de la población.

De estas premisas se infiere que solamente aquellas normas y los acuerdos normativos institucionales serán válidos si es que los individuos pueden consentir los mismos

⁵ Joseph Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Madrid, Orbis, 1983.

⁶ Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*, Tº I: El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Universidad, 1988, pág. 55 y siguientes.

libremente conforme prácticas argumentativas. "Discursos prácticos" los denomina Habermas⁷, al establecer los principios a los cuales debe estar sujeta una organización del poder público articulada en términos de estado de derecho.-

Para cumplir con el propósito de la democracia deliberativa quienes ostentan el poder estarían obligados a dar justificaciones razonables y públicas sobre sus decisiones y además, tendrían que defenderlas ante cualquier posible crítica. De acuerdo con este modelo, los procedimientos de deliberación generan legitimidad y aseguran algún grado de racionalidad práctica. Es interesante advertir como los postulados de la democracia deliberativa se explayan dentro del principio de "la razón pública" que John Rawls desarrolla conjuntamente con otros cinco principios⁸.

Según este principio los ciudadanos deben encontrarse dispuestos a "explicarle su voto a los demás en términos de un balance razonable de valores públicos". Deben demostrar la "voluntad de escuchar a los demás sosteniendo un punto de vista equitativo a fin de decidir en que circunstancias resultaría razonable reacomodar sus opiniones".

A nuestro criterio es relevante, en torno a los equilibrios y desequilibrios de los órganos sobre los que se asienta la decisión política, la fortaleza pluralista de la sociedad democrática, lo que significa que la sociedad asuma conscientemente dicha pluralidad y se comporte de tal manera. El meollo se encuentra no en el reconocimiento de la pluralidad sino en el comportamiento practicando la pluralidad, lo que implica el ajuste de los comportamientos a ciertos valores que las normas han incorporado.

⁷ Ver la formidable obra de Nino Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Editorial Gedisa.

⁸ Ver Habermas Jürgen, *Teoría de la Acción Comunitaria*, Ed. Taurus, Madrid, 1987 y *Facticidad y Validez*, editorial Trotta.

⁹ Ver *Liberalismos Políticos*, Bruce Ackerman, Traducción de Juan Diego Villa, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, Nº 1 y 2 página 5.-

El proceso mundial que dio comienzo con la caída del muro de Berlín, extendió definitivamente la idea que la democracia es un sistema moralmente superior. La técnica de la representación forzosamente utilizada en las sociedades modernas, cualquiera sean sus errores, ha cumplido y cumple un papel importante en el desarrollo político de los países. Pero si bien como parafraseó Churchill al afirmar que la designación de los gobernantes por medio de la elección popular es el peor de los sistemas salvo los demás, ciertas y actuales son las palabras de Kennedy cuando sostuvo que era necesario generar una nueva creencia como signo de legitimidad.

Estas reflexiones precedentes, propias de la filosofía política, tienen — contrariamente a lo que muchos lectores podrían pensar — notable incidencia práctica en el diseño de métodos de resolución de conflictos en general.

El derecho internacional es un buen ejemplo. Mientras nos arrimamos muy lentamente a la jurisdicción universal y terminamos de construir las instancias superiores que impongan el respeto de sus normas, están presentes y a disposición los métodos alternativos de resolución de conflictos — negociaciones, mediaciones, arbitrajes — que evitan o al menos moderan el uso de la fuerza y el predominio del poder.

Muchos países han desarrollado el método de las "audiencias públicas" como forma de controlar y participar en las decisiones relacionadas con las empresas que administran bienes o servicios públicos. Los métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution) implementados en el marco del derecho interno procuran privilegiar en la resolución de las disputas los intereses de las partes en conflicto por sobre el derecho y el poder soberano del órgano de decisión, desplazando dicho poder hacia las propias partes en conflicto. El diálogo, el debate y la participación constituyen el elemento característico y diferencial de estos sistemas como medio de control del procedimiento o forma de acceder a la solución del problema.

Es cierto que los conflictos son tan distintos entre sí, que parece necesario usar varias palabras para abarcar el fenómeno. Porque nos deslizamos utilizando el mismo concepto desde la Gran Guerra mundial a la contienda entre esposos y lo hacemos sin mayor preocupación por señalar las diferencias. Utilizar la misma palabra para realidades tan distintas no facilita la reflexión para poder definir reglas generales, es decir métodos que sirvan para todas las circunstancias.

Tenemos en un extremo algunos casos en los cuales las personas lo son todo; en otros casos donde prevalecen los grupos, las empresas, las naciones, las razas. Las formas de resolución no pueden nunca ser las mismas, solo es posible extraer, en el mejor de los casos, algunos pocos principios generales.

Cuando en el enfrentamiento las personas lo son todo, técnicas con sustento psicológico pueden dar resultado. Cuando son los agrupamientos los que se enfrentan, dichas técnicas pierden relevancia y se ven reemplazadas habitualmente por métodos enraizados en la política y en la estrategia, en el predominio del contexto y de un cálculo prolijo de la relación de fuerzas, caso por caso y episodio por episodio en el proceso complejo de distribuir el poder.

Las relaciones morales y psíquicas prevalecientes entre personas, son menos frecuentes entre empresas, grupos y naciones. No es que en los conflictos personales estén ausentes las relaciones de poder y que en los enfrentamientos grupales la psicología no importe, solo señalamos una cuestión de predominio.

Se ha escrito mucho sobre el conflicto y sobre los diversos métodos para solucionarlo. Estamos convencidos que la bondad de las soluciones se relacionan con un nivel superior de convivencia social. Una mejor calidad de vida depende en parte de un buen manejo del conflicto; por tanto reflexionar – en términos generales – sobre su esencia y su tratamiento adquiere valor especial con independencia de las propias características de los tipos de conflicto que abordaremos en este trabajo.

En otras palabras, la sociedad funciona mejor si el diseño institucional de los métodos de resolución de conflictos a ser utilizados se edifica a partir de una concepción clara de las características del mismo y responden a los principios sobre los que se sustenta el modelo democrático delineado por la Constitución.

En este sentido no podemos olvidar que la reforma constitucional de 1994 abandonó en gran medida el modelo liberal clásico para ingresar en la aspiración de un estado social de derecho y que los nuevos derechos y garantías que se consagran en el capítulo II de la Primera Parte del texto constitucional responden a dicho modelo, el cual privilegia – entre otros principios democráticos – la solidaridad, la participación y la deliberación.

1.2.1. En la búsqueda de una definición.

Se ha intentado definir el conflicto infinidad de veces, pues resulta sin duda tentador rescatar la totalidad de sus elementos y resumirlos en un breve párrafo. En alguno de esos intentos se privilegia el paso de una situación a otra distinta y a las conductas que las partes adoptan ante el mismo defendiendo el movimiento o atacándolo, lo que configuraría el conflicto.

En otros intentos se ha privilegiado la voluntad de las partes y la relación incompatible que las une, describiendo así el núcleo del enfrentamiento. O bien se ha sostenido que el “quid pro quo” definiría lo esencial, lo central del fenómeno.

Resulta, sin embargo, difícil encontrar una descripción exacta. Sostener, por ejemplo, que es condición necesaria una situación de cambio para que el conflicto nazca no se corresponde con la realidad. Una cosa es decir que los cambios son tierra fértil para que aparezcan conflictos y otra muy distinta afirmar que el conflicto requiere de un cambio para nacer. Salvo, claro esta, que se le dé a la expresión una latitud tan

grande que entonces se concluya que cualquier acción, contenga los elementos que contenga, produce de por sí una situación previamente inexistente, lo cual es demasiado obvio. Con ese criterio toda acción produce un cambio, lo cual es irrefutable pero inservible.

¿ Hay mayor cantidad de conflictos hoy que en épocas anteriores ? Es difícil afirmarlo contundentemente, pero parecería percibirse que hay conflictos más intensos, más complejos y que se han perdido tres elementos que hacen a la paz social: la equidad, la paciencia y la tolerancia, componentes principales de la prudencia. Si es cierto entonces que una mejor calidad de vida depende de un buen manejo del conflicto y si este se ha incrementado en cantidad, en complejidad y en pasión, reflexionar sobre su esencia y su tratamiento adquiere valor especial.

1.2.2. Concepto y algunas consideraciones.

Cuando observamos el conflicto no es necesario analizar los grandes embates que llenan espacios de la política internacional, ni los laberintos de la política nacional, ni las luchas militares, ni los enfrentamientos por conquistar un mercado. Para encontrarlo basta echar un vistazo a los lugares de trabajo, o a las intimidades de la vida familiar, a los hechos cotidianos de los habitantes en una comunidad. La historia humana es en buena medida una trama interminable de conflictos resueltos - mal o bien - de alguna manera.

Teorizar resulta interesante, pero arriesgado en el mundo del conocimiento que como el de los conflictos se rige por leyes estadísticas o simplemente convencionales. Resulta temerario hablar de leyes, si pretendemos que sean normas constantes e invariables y sabemos que en determinadas disciplinas no lo son. Además, la teoría es un conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. En el quehacer que aquí nos ocupa estamos obligados casi constantemente a adentrarnos

en los hechos de cada caso, alejándonos así de definiciones genéricas, aptas por deducción de ser aplicadas a todos los casos.

Teorizar es relacionar determinados fenómenos, hipótesis cuyas consecuencias se aplican a todo un campo del conocimiento, es decir con normas constantes e invariables. Sugerimos aquí lo difícil que es teorizar en un orden de relaciones humanas tan complejas como las que giran alrededor de los conflictos y su tratamiento.

A pesar de lo dicho, hay descripciones teóricas que pueden y deben ser aceptadas. Así - podemos decir por lo obvio - que el conflicto requiere de dos partes por lo menos para existir: es - según Max Weber - una relación social. Tomamos esta afirmación como un primer principio aplicable a los conflictos derivados de las relaciones de consumo, ya que, como veremos mas adelante en este trabajo, el movimiento consumidor nacido en los Estados Unidos de Norteamérica en la década del cincuenta, se gesta como un movimiento social tendiente a equilibrar la notoria desigualdad de fuerzas entre las empresas productoras y el consumidor individual.

1.2.4. La acción

¿ Requiere el conflicto de una acción? Entramos aquí en un terreno resbaladizo. La respuesta que indica la lógica es afirmativa. Pero que ocurre con los conflictos sólo percibidos por una o ambas partes. Aquellos que quedan, al menos en una primera instancia, sólo en la mente de los actores o en el de uno de ellos. Decimos que no hay conflicto sin acción. ¿ Pero que acción ? ¿ Toda acción ? ¿ O solamente la que arrastra determinados efectos ?

El conflicto es relación entre partes; por lo tanto la acción debe crear la relación para que nazca el conflicto. Y la creará solamente si de alguna manera afecta a la otra parte

o partes. ¿de que modo? No nos queda aquí otro remedio que proponer una hipótesis, con la esperanza - probablemente vana - de crear un principio.

Y entonces decimos que la acción debe disminuir el margen de acción de la otra parte.

Es decir, cuanto mayor margen de acción existe menos dependen los medios propios de los fines ajenos. Muchos tratadistas del conflicto consideran al concepto de la libertad de acción como la esencia de la estrategia, su núcleo.

Un segundo principio nos indica, por consiguiente, que tener margen de acción es fundamentalmente disponer de alternativas. Por estas razones concebimos a la acción que origina un conflicto, como aquella que afecta el margen de acción de la contraparte.

Este principio también resulta aplicable conceptualmente a las relaciones derivadas del consumo. No en vano el artículo 42 de la Constitución Nacional - cuyo antecedente en el derecho comparado lo constituye el artículo 51 de la Constitución Española - hace especial hincapié en el mandato a la autoridad pública para proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales.

1.2.4. La reacción

¿Es necesaria la misma para que el conflicto se perfeccione? La respuesta debe ser negativa. La falta de reacción debe interpretarse como una tácita aceptación de la realidad; quien calla otorga. De lo que se desprende 1) que no es necesaria una reacción para que el conflicto se perfeccione y 2) que evitarlo (accediendo por ejemplo a la demanda del usuario o consumidor) no respondiendo la acción que lo dispara es una forma, mas frecuente de lo que uno puede pensar, de resolverlo.

1.2.5. Las reglas y procesos.

No compartimos la conclusión a la que llegan muchos autores de que en un conflicto si existen reglas, métodos o procesos aceptados a priori que claramente lo norman su resolución (tratamiento) esta asegurado; si bien el conflicto existe en un momento dado, se extingue porque de inmediato (en el sentido lógico del termino no en el cronológico) queda resuelto. Sostienen que existiendo una norma que induzca un resultado que no puede discutirse, no puede haber en esencia conflicto.

Tal el siguiente caso. Si yo paso un semáforo con la luz verde y me encuentro con otro que intenta pasar primero con la luz roja, si no se produce el choque no hay en esencia conflicto; el asunto queda resuelto de inmediato o porque el otro usa la violencia o fuerza (pasando primero) o porque yo logro imponer mi derecho. El conflicto se extingue en el mismo momento de nacer. Hay una norma preestablecida y aceptada. Es como si el concepto de conflicto requiriera para poder ser tipificado como tal, de un proceso de resolución negociado o arbitrado.

Es evidente que el ejemplo elegido es un caso extremo de instantaneidad. También un caso extremo de norma indiscutible y simple. No es lo habitual.

Aunque exista un método o proceso o regla preestablecida - y dejamos de lado el ejemplo anterior - ello no impide : 1) la existencia de un conflicto y 2) el proceso posterior de resolución. Por dos razones. En primer lugar la propia norma puede ser interpretada de modo distinto por las partes, de manera tal que esa diferencia queda incorporada como elemento importante al conflicto básico. En segundo lugar, la aplicación de la norma o regla al caso puede también ser declarada relevante o inaplicable por las partes o por un tercero.

En resumen, parecería que la existencia de normas o reglas establecidas a priori no invalidan "per se" la calificación conflictual de una determinada relación.

1.2.6. Los cambios

Hacíamos referencia en puntos precedentes a la relación que existe entre las situaciones de cambio y la aparición consecuente de conflictos. Aquellas de alguna manera activan la aparición de estos. ¿ Porque sucede esto ? La respuesta, aparentemente simple, es porque generalmente los cambios rompen equilibrios anteriores de poder y redistribuyen recursos existentes. En situaciones estables, o mejor dicho establecidas, la distribución de poder varia muy lentamente o permanece estática.

Esta reflexión no solo se aplica a organizaciones políticas o empresarias, como a primera vista podría parecer; también a agrupaciones de otro orden como las familiares y – por supuesto – a las relaciones derivadas del consumo.

1.2.7. Estructura del conflicto.

Nos adentramos ahora en tratar de determinar desde el punto de vista teórico que hay detrás de un conflicto, su estructura, sus elementos, sus procesos de interacción.

Nos encontramos primero (no en un orden causal ni cronológico simplemente siguiendo una disposición pragmática conveniente solo para reflexionar) con el concepto de interés. Se dice: conozco mi interés luego actúo. Esta frase nos quiere enseñar que nunca debe maniobrase sino se conocen previamente los intereses en juego, por lo menos los propios. ¿ Pero que es un interés ? Es aplicar un valor a un objeto o a una situación o a una persona.

Y un valor es un enunciado que los seres humanos hacemos acerca de lo que percibimos, expresa nuestro juicio hacia una realidad, podría decirse hacia el mundo, hacia nuestra propia vida. Es un proceso esencialmente selectivo.

Imaginemos que para una persona determinada la seguridad es un valor que califica muy alto en su orden de prioridades; esto significa, por ejemplo, que la considera más importante que el poder, que la solidaridad, que el prestigio, que la armonía etc. Sentirse seguro equivale entonces en su caso estar a cubierto de amenazas, de dependencia de otros, de avatares por los que atraviesa habitualmente la gente común. Desde ya es un valor compartido por muchos; en el ejemplo estoy describiendo una prioridad, una prevalencia del mismo sobre otros valores tan trascendentes y tan compartidos.

¿Porque elige esta persona esa prevalencia y no otra? No pueden explicarse racionalmente las causas. A lo sumo, decir que nos movemos en la vida con motivaciones, a veces muy profundas, casi desconocidas en su origen, difíciles de ubicar, pero que existen. Son ellas las que en definitiva nos hacen actuar. No son racionales pero sentimos que surgen de nuestro interior. Y no siempre son sublimes ni confesables. Las heredamos o nos vienen de nuestras experiencias de vida. Podríamos así imaginar que el miedo (un sentimiento algo vergonzante pero que motiva) es una razón que puede explicar esa necesidad imperiosa de tener seguridad. Pero no quisiéramos aquí invadir terrenos que dominan psicólogos y psiquiatras en la compleja tarea de descubrir relaciones entre motivaciones, sentimientos, valores y conductas.

1.2.8. Actores

A todos los que se involucran en un conflicto podemos llamarlos actores, terminología aceptable y que los abarca con una expresión genérica integrando diferentes roles.

Cuando surge el conflicto por medio de la acción original, habitualmente (aunque como vimos oportunamente no hace falta una reacción) brota una oposición de algo o alguien. Y aquí cabe reflexionar sobre la calidad de actor en un conflicto.

Hemos usado ex profeso la palabra algo junto con la expresión alguien. Nos detenemos un instante en considerar la diferencia. Aceptemos que el primer concepto a diferencia del otro se refiere a un hecho, elemento o circunstancia que no encuentra su origen en un acto humano voluntario. De tal manera un hecho de la naturaleza puede afectar el margen de acción de un grupo humano o de un individuo sin que por ello podamos configurar la existencia de un conflicto, en los términos en que lo tenemos descrito. Por ejemplo, un terremoto. No hay alguien que lo provoque, carece el mismo de impulso humano que lo cause. No hay interacción alguna entre partes.

Pero cambia la situación si el hecho se produce como consecuencia de un desorden que reconoce o puede reconocer su origen en la obra previa del hombre. Empieza entonces a tomar forma el conflicto en la acepción que queremos darle. Ejemplos desde ya abundan: inundaciones por manejos imprudentes de corrientes de agua, desertificaciones por tratamientos incorrectos del suelo, etc. Aparecen el actor o los actores y los actos voluntarios de los mismos -aunque frecuentemente no intencionales- en el origen de todo el proceso aunque la relación causa-efecto no aparezca evidente.

En los casos mencionados observamos además una característica de los actores: falta de especificidad, lo difuso de su identidad (e.g. los causantes algo indefinidos de una inundación). Por lo dicho cabe razonar si estamos realmente frente a situaciones que pueden calificarse de conflictos. Que calidad deberían tener los actores, que extensión debe tener el escenario, para que podamos afirmar la existencia de un conflicto.

Es difícil encontrar elementos mas o menos seguros que nos indiquen algún límite, alguna frontera donde podamos distinguir una perturbación de un conflicto.

Hemos podido hasta ahora, aislar dos variables que parecen importantes. La primera de ellas es el mayor o menor grado de identificación de los actores. No solo en la posibilidad de ubicarlos sino de poder perfilarlos. No es lo mismo a estos efectos describir el daño a la población que hacerlo con los jubilados, o responsabilizar a la clase dirigente, que señalar la responsabilidad de los funcionarios. Y así sucesivamente. En suma, la identidad de un actor debe ser lo mas clara e individualizada posible, para que el conflicto en el que se lo involucra alcance toda su dimensión, dicho en otras palabras, para que la interacción entre partes sea lo mas completa posible.

La segunda característica observable, es la mayor o menor posibilidad de relacionar una acción con el efecto causado. Si la acción con la que se determina la iniciación del conflicto es de una naturaleza demasiado genérica u opinable la posibilidad de la interacción aparece relativamente débil a los efectos de determinar un conflicto real. Es decir el intento de relacionar la acción con los perjuicios es endeble. La prueba de la relación resulta insuficiente, opinable en exceso.

Las dos variables descriptas hacen a la configuración de un conflicto. La disputa de un acreedor con su deudor no necesita de mayores refinamientos. En tal caso ambas variables son claras o deberían serlo: una clara identificación de partes interrelacionadas y una relación causal que no admite dudas, si la respectiva documentación la respalda.

En lo que respecta a los actores la situación difiere si se enfrentan dos partes contendientes a si lo hacen mas de dos.

Como asimismo es el caso distinguir en la composición de las partes si reúnen a uno, algunos o muchos integrantes. Y, finalmente, discernir la existencia o no de actores secundarios en cada conflicto.

Es apropiado esclarecer la terminología que hemos usado. Cuando hablamos de partes queremos transmitir una idea de autoría; las mismas han engendrado el conflicto, por decirlo así, lo han hecho posible. Diferente es el caso de partes que no siendo autores son "partenaires" y los llamamos - quizás mal llamados - secundarios, con lo cual no queremos calificarlos como actores menores porque muchas veces no lo son.

Pero éstos tienen tres elementos diferenciales : 1) no son autores originales del conflicto 2) generalmente los objetivos que se proponen no son los mismos que el de las partes primarias; 3) sus maniobras (amenazas, promesas) son casi siempre indirectas, es decir operan de esa forma sobre la voluntad de las partes.

Los terceros constituyen finalmente una última categoría que nos interesa describir. Su carácter esencial es que no actúan, su conducta es totalmente pasiva. Pero su influencia puede ser decisiva. Influyen por el solo hecho de existir, de estar; sea por su poderío reconocido, sea por su eventual intervención, sea por relaciones anteriores que han tenido con una de las partes o con ambas. Con una mínima acción adquieren por ello carácter de actor secundario.

Resumiendo nos encontramos entonces con conflictos que reconocen dos partes o mas, compuestas cada una de ellas por uno o varios integrantes o miembros, con o sin la existencia de actores secundarios y con la presencia o ausencia de terceros influyentes.

Leonard Greenhalgh¹⁰ nos remite a un tema que no debe descuidarse. Es el de la estructura interna de las partes en un conflicto. Esto adquiere relevancia cuando se trata de conflictos intergrupales. Y contiene dos elementos principales : 1) la calidad del liderazgo y 2) el grado de cohesión intra-grupal.

¹⁰ Greenhalgh Leonard "Managing Conflict" en Negotiation (Lewicki, Saunders, Minton. 3ª. Edición) pags. 6 y s.s.

Desde ya no resulta muy difícil relacionar ambos elementos. Si bien un liderazgo fuerte puede complicar el tratamiento de un conflicto por la obvia influencia del propio líder y su casi natural intransigencia nacida de su prestigio, cuando llega el momento de las cesiones y de los compromisos, su libertad de acción es seguramente mayor que el caso de un liderazgo débil o colegiado con dificultades de imponer una determinada decisión o situación, al grueso de sus representados.

El grado de cohesión intra-grupal puede depender de otras causas y reforzar o debilitar las vulnerabilidades del liderazgo. Puede resultar de problemas estructurales, tal el caso de un tratamiento de un conflicto donde los actores que conforman una de las partes reconocen orígenes distintos e intereses diversos no siempre coincidentes. O cuando una de las partes no ha alcanzado como grupo la necesaria madurez de organización que hace difícil su representación frente a la contraparte o terceros.

En definitiva, uno de los más grandes peligros para un buen tratamiento del conflicto es la anarquía, presente en la representación y organización de uno de los actores principales con mayor razón si es generalizado. A tal punto que no debería comenzarse un proceso de tratamiento, si el diagnóstico nos está indicando tal situación. O dicho de mejor forma, solo iniciarlo si se ha logrado un esquema viable y efectivo de representación de partes.

Las partes compuestas por varios miembros individuales exigen una representación eficaz. El mayor peligro es en este caso el de la ambigüedad en los objetivos buscados y en la previsibilidad y confianza en la metodología de resolución que se plantee. En otras palabras, adónde se quiere ir y por qué medios.

Esto ocurre con frecuencia por las distintas posiciones que pueden existir en tales estructuras en cuanto a que representan diferentes intereses o puntos de vista sin que haya sistemas, métodos ni organización alguna que las canalice debidamente. La

anarquía resultante de un grupo numeroso sin liderazgo reconocido, constituye un enemigo de cuidado en la búsqueda de un proceso eficaz de resolución. El problema puede incluso agravarse, si aparecen varios liderazgos que no llegan a configurar una conducción común, situación que cristaliza las posiciones divergentes dentro de una facción.

Un segundo problema no menor al primero, es la exigencia de ratificación por el conjunto de un preacuerdo alcanzado por el grupo o individuo que lidera. La posibilidad de lograr dicha ratificación, es inversamente proporcional a la desestructuración del grupo representado y a la consolidación de un liderazgo efectivo.

Los conceptos expuestos en este acápite encuentran vinculación con el esquema procesal de la representación y de la legitimación, particularmente ampliada para los conflictos de incidencia colectiva como los derivados de las relaciones de consumo - entre otros - a partir de la reforma constitucional de 1994 (artículo 43 CN).

Esta es - como bien señala Quiroga Lavié ¹¹ - una de las reglas de mas impacto social de la reforma constitucional de 1994. La sociedad argentina se ha caracterizado por un marcado individualismo donde cada habitante queda librado a sus propias fuerzas. El principio de la solidaridad o el admirable fenómeno asociativo que destacó Tocqueville en su obra la "Democracia en América" como dato de la participación norteamericana, parecería no haber encontrado eco continuo en la sociedad nacional.

¹¹ Ver "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Quiroga Lavié Humberto, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1996, páginas 234 y siguientes.

Capítulo II

El movimiento consumidor en el mundo.

II. 1. Su protección normativa.

Una realidad muy actual es que el ciudadano común vive en estado de indefensión frente a muchos de los problemas que lo acosan en su vida cotidiana. Este estado de impotencia que se percibe en la mayoría de las sociedades mundiales, pero con mayor presencia en las comunidades de los países menos desarrollados, obedece en gran parte al desconocimiento de la facultad que tienen todas las personas de defender sus derechos elementales y las vías o procedimientos que el sistema legal y social les provee para asegurar dichos objetivos.-

Procurando encontrar un equilibrio donde el hombre pueda defender sus intereses cotidianos - sus derechos como habitante consumidor - nació y comenzó a desarrollarse en todo el mundo el movimiento de los consumidores.

Así, fueron surgiendo progresivamente instituciones públicas y privadas que investigan, proponen, informan y representan a los consumidores, cumpliendo un papel relevante en el sistema educativo de la población y en la protección del individuo frente a las grandes corporaciones productoras de bienes y servicios.-

En búsqueda de antecedentes en el derecho comparado sobre la protección al consumidor, encontramos el tratado de Roma de 1957 que tuvo por objeto crear el mercado común de los países europeos independientes. Este protocolo enunciaba en su preámbulo, como meta relevante de la comunidad, la elevación acelerada del nivel de vida garantizando precios razonables en los suministros al consumidor ¹².-

¹² Ver "Derecho del Consumidor", Stiglitz, Gabriel y otros, Tomo 1, pág 13.-

En 1960 instituciones privadas de Australia, Estados Unidos, Inglaterra, Bélgica y Holanda crearon la "Organization of Consumers Unions" (IOCU) con sede en La Haya, a la que posteriormente se fueron agregando como asociados instituciones de Nueva Zelanda, Francia, Alemania, y Austria en 1960; Japón en 1962; Malasia, Israel y Noruega en 1966; Jamaica en 1967; Corea en 1970; México en 1971; India en 1973; Hong Kong en 1976; y muchos países mas. Argentina concretó su ingreso en el año 1990. Para dar una idea de la fortaleza de las instituciones que representan a los consumidores basta mencionar que Inglaterra agrupa 937.000 socios; Holanda 650.000; España e Italia 250.000; Bélgica 300.000, etc.¹³.-

Un gran impulso al movimiento consumidor fue otorgado por el ex Presidente Norteamericano John F. Kennedy al convertirse en el primer mandatario que enunció ante el Congreso de su país los derechos de los consumidores¹⁴. Finalmente, las directrices para la protección del consumidor se aprobaron por unanimidad en el año 1985 en la Asamblea General de las Naciones Unidas.-

Actualmente, casi todos los países occidentales han sancionado leyes de protección al consumidor, y cuentan con tribunales y procedimientos especiales para su resguardo, sin dejar de señalar que muchas constituciones han incorporado estos derechos categorizados como de "tercera generación" constitucional.¹⁵.-

¹³ Dato suministrado en "El movimiento del Consumidor"; Ana M. Luro; diario La Nación del 18-8-93.-

¹⁴ Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, 15-3-62.-

¹⁵ Ej. Constituciones de Brasil (art. 5 inc. 32, art. 170, inc. 5 y art. 48); España (art. 51); Colombia (art. 78); Perú (art. 62); Paraguay (art. 35).- La doctrina hace referencia a tres generaciones de derechos: 1) los derechos civiles y políticos que emergen del constitucionalismo liberal clásico al que hacíamos referencia en los párrafos anteriores (siglos XVIII y XIX); 2) los derechos sociales que surgen a partir de la guerra mundial de 1914, y cuyos exponentes mas conocidos son la Constitución de Weimar de 1919 y la de México de 1917; 3) y los llamados derechos de "tercera generación", de relativa reciente aparición, aún en estado de evolución, y que constituyen un grupo de derechos sustentados en el principio de la solidaridad como nos enseña Francisco Fernández Segado citando Karel Vasak (nos referimos por supuesto a aquellos derechos relacionados con el medio ambiente, el usuario y el consumidor; la salud y la calidad de vida; el patrimonio histórico, etc.) ("Los nuevos retos del estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", Fernández Segado Francisco, ED, 22-07-94).

Si bien nuestra Constitución Federal de 1853-60 no previó expresamente una normativa a favor de los consumidores, los constituyentes originarios sí tuvieron en cuenta la generación de nuevos derechos que se sucederían con el correr de los años y el progreso de los pueblos. La reforma de 1860 introdujo el actual artículo 33 CN inspirándose en la enmienda IX de la Constitución Americana. Dicha enmienda expresa: "La enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros, derechos que pertenecen al pueblo".¹⁶

A diferencia de la carta norteamericana, nuestro artículo 33¹⁷ precisa el origen de esos derechos no enumerados consignando que surgen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió los derechos de "tercera generación" en varios fallos, con invocación del citado artículo 33 que dio sustento también a la arquitectura jurídica de la acción de amparo en 1957 y 1958 en los leading case "Miguel Angel Siri"¹⁸ y "Samuel Kot S.R.L."¹⁹.

La reforma constitucional de 1994, adhiriendo a una corriente internacional que busca jerarquizar los derechos de "tercera generación", consagró expresamente en su artículo 42²⁰

¹⁶ Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁷ "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

¹⁸ LA LEY, Tomo 89, p. 532. En donde se trató ante la Justicia en lo Penal la clausura por autoridad policial de la provincia de Buenos Aires, del diario "Mercedes", invocándose la violación de los derechos de imprenta y trabajo consagrados en la Constitución Nacional.

¹⁹ LA LEY, Tomo 92, p. 632. En el caso se resolvió la ocupación de una fábrica textil a causa de un conflicto laboral entre patronos y obreros.

²⁰ "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 usuarios".

las prerrogativas de los consumidores y usuarios, estableciendo un amplio espectro de protección que abarca la salud, seguridad e intereses económicos de las personas; condiciones de trato equitativo y digno; e información adecuada y veraz. Se encomienda a las autoridades proveer a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y los monopolios; calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones representativas.

Es importante destacar, la recepción constitucional que hace la norma de los "grupos sociales intermedios" (asociaciones de consumidores y usuarios), creando expresamente una nueva categoría de sujetos titulares de derechos constitucionales, a los que "se les otorga la facultad de participación en los órganos de control de los servicios públicos y en el segundo párrafo del artículo 43 ... se los legitima para interponer la acción de amparo en defensa de los intereses que constituyen su objeto" ²¹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por nuestro país por la ley 23.054, que - antes de la reforma constitucional - en función de lo establecido en el artículo 31 CN formaba parte de nuestro derecho positivo e integraba la ley suprema de la Nación (como es sabido la reforma de 1994 la incorporó con jerarquía constitucional en el nuevo artículo 75, inciso. 22) prevé en el capítulo III, artículo 26 la obligación de los Estados signatarios de garantizar un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes, entre los que se encuentran esta "tercera generación" de derechos a los que hemos aludido.

En otros términos, no podemos mantenernos al margen de la realidad cotidiana que evidencia, desde hace muchos años, y tal como lo ha destacado la doctrina pública y privada, la

"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"

²¹ "La Constitución de los Argentinos", Daniel A. Sabat y Miguel A. Onaindia, Ed. Errepar, Bs. As., 1994, p. 148.

insuficiencia del derecho tradicional para equilibrar lo que se ha dado en llamar la situación estructural de desigualdad de fuerzas.²² -

Es que el movimiento consumidor a través de los cambios económicos, tecnológicos, industriales, empresariales, y sociales que generó en el marco comunitario dejó al descubierto la insuficiencia de los principios jurídicos rectores del liberalismo: la autonomía de la voluntad y la culpa, como presupuesto jurídico del ilícito civil.-

En nuestro país el movimiento del consumidor partió demorado, y en gran medida este atraso ocasionó una notoria desprotección de los ciudadanos en un aspecto tan relevante de sus derechos.

Sin perjuicio de esta situación aún subsistente, el consenso social sobre la necesidad de contar con normas, formas y modos que tutelen de manera efectiva estos derechos; la información sobre la situación en otros países pioneros en la defensa del consumidor y la acción educativa y protectora de instituciones privadas, fueron dando vida a diferentes preocupaciones e inquietudes que se materializaron desde 1989 en la presentación en ambas cámaras del Congreso nacional de cerca de cincuenta proyectos tendientes a la protección del consumidor en diversos aspectos.²³ -

Finalmente, el 22 de septiembre de 1993 fue sancionada la ley 24.240 de Defensa del Consumidor basada en un proyecto de los Senadores León, Mazzucco, Rubeo y Mac Karthy, la que fue promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo el 13 de octubre de 1993.²⁴ -

Pero si bien formalmente se ha saldado una deuda con los consumidores argentinos (Argentina era uno de los pocos países de la región que no poseía una normativa orgánica sobre la

²² Ver Norberto Reich, "Mercado y Derecho", Ariel, Barcelona 1985, pág. 169, citado por Salvador Bergol y Martín Paolantonio, "Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor", ED 22-11-93.-

²³ Ver enumeración de proyectos que se realiza en este trabajo.

²⁴ Boletín Oficial del 15-10-93.-

materia) materialmente queda mucho camino por recorrer. Por un lado cabe reconocer, aunque excede el objetivo que nos hemos fijado en este trabajo, que la ley sancionada adolece de serias deficiencias que fueron notoriamente incrementadas con el veto parcial que sufrió, al alterarse el espíritu de la norma afectando su integridad.²⁵

Por otra parte, si bien estamos convencidos que la implementación de los tribunales administrativos de consumidores en el ámbito nacional y de la ciudad de Buenos Aires han contribuido enormemente a disminuir esa sensación de indefensión a la que aludimos precedentemente, creemos que queda como saldo pendiente del Poder Legislativo Nacional la creación dentro de la estructura de la Justicia Nacional de Tribunales especiales de consumidores; o de causas de menor cuantía que privilegien los principios de economicidad, celeridad, oralidad e informalidad (como existen en la mayoría de los países del mundo) posibilitando un acceso franco de los ciudadanos y permitiendo una inmediata solución a los "pequeños grandes" problemas que quedan sin resolver en la vida de relación de todos los habitantes.

El gran riesgo institucional que afrontamos en este tema, como en otros tantos, es que estas continuas insatisfacciones diarias que potencian la sensación de indefensión que generan en los damnificados los conducen a un descreimiento de las instituciones democráticas, con especial

²⁵ En este sentido entendemos que el veto y promulgación parcial practicado por el Presidente es inconstitucional, ya que desgaja la ley alterando su coherencia sistémica. Nuestra Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la promulgación parcial de leyes interpretando el art. 72 CN en los casos "Giulitta" (fallos 189:156) y "Colella" (fallos 286:352) concluyendo en este último que la promulgación parcial que se cuestionaba (de la ley 16.881) era inconstitucional en razón que el Congreso había dictado las normas que componían la ley como un cuerpo orgánico destinado a reglar el contrato de trabajo y el Poder Ejecutivo mediante el veto de parte de los mismos y la promulgación del resto había arrancado normas de un cuerpo a cuya aplicación integral las vinculaba el Poder Legislativo. La ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional propone en el art. 2 inc. a) en concordancia con lo pactado en el Núcleo de Coincidencias Básicas (punto I.-d)) del acuerdo político que le dió origen, la reforma del actual art. 72 CN para constitucionalizar la promulgación parcial de leyes en este sentido.

énfasis en el deterioro o inutilidad del sistema judicial como medio idóneo para solucionar disputas lo que vemos reflejado en todas las encuestas de opinión de los últimos tiempos.-

II. 2. Protección preventiva del consumidor. Educación e información.

La lucha por la libertad y los derechos del hombre, alcanza dos puntos culmines con las revoluciones americana y francesa de 1776 y 1789 respectivamente. La declaración de los Derechos del Hombre, resumen del triunfo del mismo sobre la concentración de poder que significaron las monarquías absolutistas europeas, y esa guía edificante para nuestro sistema institucional que fue la sanción en 1787 de la Constitución de los Estados Unidos de América, se erigieron en punto de partida de una activa participación del hombre en su preocupación por conservar y resguardar los derechos logrados, y por incorporar e institucionalizar aquellos que fueron surgiendo con el devenir de los años y la evolución de las comunidades.-

Hoy, en el siglo XXI, advertimos que, si bien aún queda mucho por hacer, especialmente en lo que se refiere a la efectividad de los derechos, el espectro alcanzado hubiera resultado inimaginable en la época de aquellos que lucharon por la libertad.-

Pero si bien los derechos del hombre se encuentran reconocidos y protegidos en casi todos los sistemas jurídicos del mundo occidental, elevándose muchos de ellos al rango de fundamentales, el gran desafío de estos años - especialmente para los países en vías de desarrollo - consiste en la consolidación de los sistemas político democráticos, no por el riesgo que pudiera implicar un retorno a interrupciones institucionales, sino como medio de asegurar la efectiva vigencia de esos derechos fundamentales.-

Es que si la organicidad de los sistemas políticos y los diagramas institucionales de un país no aseguran los mecanismos suficientes para lograr dicho objetivo esencial, que implica por otra parte, la última razón del Estado, los derechos incorporados luego de siglos de luchas contra la

limitación del poder, corren el riesgo de transformarse en abstractas declaraciones sin contenido práctico. De aquí, la importancia que tienen sobre los derechos individuales y/o sociales (sin ingresar en la discusión filosófica sobre si existen derechos sociales y/o comunitarios o si todos ellos son individuales) los controles políticos e institucionales que rigen los sistemas de gobierno.-

Dentro de este espectro cabe al Estado asegurar economías libres sobre la base de políticas que procuren mercados competitivos y abiertos pero que garanticen al habitante consumidor la oportunidad real de plantarse frente a los productores de bienes y servicios en una situación de equilibrio.-

En tal sentido, la efectividad del sistema legal de defensa del consumidor no se agota tampoco con el solo reconocimiento de sus derechos, aunque a nivel constitucional, o la sanción de una ley protectora. Es necesario poner en marcha una maquinaria armónica que procure estructurar un sistema general de protección de los consumidores, integrado por políticas destinadas al desarrollo de programas de educación e información de los mismos; promoción de sus organizaciones; implementación de sistemas eficientes de solución de conflictos y un acceso sencillo y rápido a la justicia ²⁶.-

Ante el avance de las técnicas promocionales y publicitarias de productos y servicios (especialmente la sofisticación alcanzada por la publicidad subliminal) desplegadas a través de los medios de comunicación social que invaden la vida del consumidor desde el inicio de su día hasta la finalización del mismo, los derechos de información y educación adquieren una relevancia decisiva para contribuir a que la sociedad consumidora pueda elegir con libertad e individualidad el producto deseado, sin masificarse por responder a impulsos o a modas impuestas por los grandes productores.-

²⁶ Para ampliar estos conceptos ver "Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios", Ediciones La Rocca, pág. 113 y sgtes.-

Como contrapartida del derecho de información y educación de los consumidores pesa sobre los productores el deber de información que, genéricamente, cabe a todo contratante como deber accesorio de conducta, destinado a promover un correcto conocimiento de la realidad necesaria para la valoración del producto o servicio. -

El deber de información y asesoramiento rige especialmente en la etapa pre-contractual y con mayor vigor en aquellos productos o servicios que, por su complejidad técnica, resultan más difíciles de comprender en su necesidad y funcionamiento. Así la jurisprudencia francesa a otorgado particular protección a la información debida a los contratantes de material informático. Otro claro ejemplo al respecto lo constituye el caso "Texas Gulf Sulphur Co." resuelto por la Corte de Distrito de Nueva York (USA)(1969) que quedó firme por rechazo del "certiorari" por parte de la Corte Suprema. En este "leading case" se promovió acción contra dicha compañía, que se dedicaba a la exploración y explotación de minerales, por haber deformado y ocultado información al mercado de valores para luego aprovecharse económicamente de las derivaciones de dicha conducta. -

"El consumidor en general, el público en su gran mayoría, está totalmente ajeno a lo que ocurre, es utilizado, dirigido, inducido, seducido, sin que se dé cuenta. Compra un producto determinado creyendo que él "decide" la compra cuando en realidad dicha compra es el reflejo, el resultado de un impulso dirigido normalmente a su subconsciente, perfectamente estudiado, analizado, para tal fin por técnicos y profesionales en la materia". "La operación de compraventa que realiza un individuo que es inducido por la propaganda subliminal está muy lejos de ser considerada como una operación justa, como un contrato justo en que ambas partes han obrado en un mismo pie de igualdad, de capacidad de decisión". "... Pero lo mas grave de tal manejo del público es que éste no se da cuenta de que es utilizado, por el contrario, puede creer y de hecho cree que su compra es el resultado de una decisión exclusivamente suya" ²⁷. -

²⁷ "La Seducción Publicitaria Subliminal. Nuevo Vicio del Consentimiento Contractual", Luis C. Consiglieri, Rev. Prudentia Iuris, XXI-XXII, pág. 143.-

El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13, inciso. 1ro. otorga a toda persona el derecho a buscar, recibir y difundir información. A su vez, específicamente, la Constitución Española consagra en su art. 51 la obligación de los poderes públicos de promover la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentando sus organizaciones y escuchando a éstas en las cuestiones que puedan afectar los derechos de sus integrantes. Como vimos, nuestra nueva Constitución Federal, consagra el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz en su artículo 42.-

Tal como citan Aída Kemelmajer de Carlucci y María J. Tavano de Aredes en un profundo estudio sobre la protección al consumidor en el derecho comparado, el derecho a la información y a la educación está expresamente contemplado en la ley vasca N° 10 del 18-11-81 que establece el estatuto del consumidor (artículo 3, inciso. c); en la ley portuguesa N° 29/81 de defensa del consumidor (artículo 3, inciso b); en las leyes francesas 78/22 del 10-1-78; 78/23 del 10-1-78 y 79/596 del 13-7-79; en el proyecto de ley reglamentaria de la libertad económica y de la protección al consumidor de Venezuela (artículo 17 inciso 12 y 13); en la Carta Europea de los Derechos fundamentales del consumidor (resolución N° 547 del 17-5-73 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa); en las directrices para la protección del consumidor de Naciones Unidas (resolución 39/248 de la Asamblea General del 9-4-85, artículo 2 inciso d) y c); en la ley federal de protección al consumidor de México del 18-12-75, entre otros cuerpos normativos.

La ley Argentina de Defensa del Consumidor consagra este derecho en tres artículos del Título III, Capítulo XVI (Educación al Consumidor). Así, en el artículo 60 determina que incumbe al estado nacional, provincial y municipal la formulación de planes generales de educación para el consumo, fomentando la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores, propendiendo a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de la ley; el artículo 61 a través de cuatro incisos procura la formación del consumidor a través del impulso, comprensión y orientación del mismo; por último el artículo 62 prevé la posibilidad de que el Estado contribuya financieramente con las asociaciones de

consumidores. Esta nueva normativa complementa en nuestro sistema jurídico lo dispuesto por los artículos 5 y 9 de la ley 22.802 de lealtad comercial que prohíben la información o publicidad que mediante inexactitudes u ocultamientos induzcan al público a engaño, error o confusión sobre las características, cualidades, usos, o resultados de los productos o servicios promocionados.-

II.3. Promoción y acción de las organizaciones representativas.

Otro aspecto de notable importancia para lograr una adecuada protección de los consumidores, constituye la posibilidad de asociarse en instituciones que defiendan y representen los intereses de los mismos.-

Es que, como bien se dice "La efectividad del derecho del consumidor, de acceder con dignidad a los bienes y servicios, no depende exclusivamente del reconocimiento de las soluciones sustanciales... que persiguen la justicia contractual" ²⁸ -

Es necesario la instrumentación de otros mecanismos, entre los que destacamos el acceso rápido y simple a una justicia comprensible para el hombre común, y el ensanchamiento procesal de los conceptos tradicionales por los que se rige la legitimación del reclamante.-

Como es sabido, la doctrina tradicional enseña que solo existen tres niveles de legitimación: el interés simple, el legítimo o el derecho subjetivo, reconociéndose el amparo jurisdiccional al derecho subjetivo y en alguna rara ocasión al interés legítimo.-

Pero esta doctrina tripartita, hoy superada, no consideró nuevas modalidades que se han ido desarrollando después de la segunda guerra mundial y que tienen en cuenta a la comunidad, los contribuyentes, el medio ambiente, los consumidores, que consideran como titulares de un derecho subjetivo a grupos o asociaciones.-

²⁸ "Derecho del Consumidor", Stiglitz Gabriel y otros, Tomo I, pag.36.-

El maestro Morello sostuvo que " en la sociedad de consumo post-industrial y los apareamientos urbanos de nuestra vertiginosa época de cambios, la de los denominados "intereses difusos", trepa a la instancia de las cuestiones principales" ²⁹. A su vez, en "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos" advierte que "no puede haber dudas en que desde la moderna perspectiva del Derecho Procesal, el rol de los cuerpos intermedios (así los colegios profesionales), de aquellas entidades (tales las asociaciones) que defienden los derechos de los consumidores y, por último, la actual problemática de los denominados intereses difusos y de quienes son o pueden legitimarse para promover su defensa, concentran la atención del estudioso"

Es que muchas veces las circunstancias de los individuos pierden relevancia frente a los intereses de los grupos y colectividades. Estos intereses han sido llamados justamente "difusos" por la doctrina Italiana ³⁰. De todas maneras, y mas allá de la denominación, lo importante de la cuestión es que, muchas veces, se trata de defender intereses que no son de una sola persona, sino de todos o de un gran grupo que convive en un medio determinado y cuya suerte tiende a ser común, sea que atañe a la degradación del medio, su destrucción, su historia, su tradición, o su calidad de vida. Es decir, se trata de perentorios intereses de la sociedad. -

Es así, que debe admitirse en estos casos una representación operante y eficaz que puede ser personificada por una entidad de bien o interés público, o por un grupo de personas interesadas, llegándose así a "colectivizar la legitimación". -

En el sentido que venimos apuntando, y como adelantáramos en párrafos anteriores, la Constitución Argentina reconoce en el artículo 42 a las "asociaciones de consumidores", otorgándoles a éstas, y a las agrupaciones intermedias que propendan a los fines de la defensa

²⁹ "La Defensa de los Intereses Difusos y el Derecho Procesal", Augusto Morello, JA, 1978-III, pag. 11.-

³⁰ Ver "La tutela del interessi diffusi del diritto comparato", Milano 1975, citado por Vescovi, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1976, Nro. 2, p. 73.-

de los derechos que el artículo 43 ³¹ enuncia, legitimación para la protección de sus intereses a través de la vía expedita y rápida de la acción de amparo. Cabe destacar que se deriva a la reglamentación legislativa los requisitos y formas que deberán cumplir dichas asociaciones, las que deberán encontrarse registradas conforme establezca la ley para lograr el reconocimiento representativo que las habilite.

Hoy, a mas de ocho años de la reforma constitucional, la cuestión aún no ha sido reglamentada y continúa en el deber del Poder Legislativo o – mejor dicho – en el de los partidos políticos gestores de la reforma.

Ha expresado Capelletti, uno de los mas destacados doctrinarios en este tema, que "... el derecho al ambiente natural y el respeto a la belleza monumental, el derecho a la salud, a la seguridad social, a no ser perjudicados por un desarrollo urbanístico caótico, a una engañosa publicidad comercial, a fraudes bancarios, alimentarios o a la discriminación religiosa, social, o racial, son todos ellos derechos que pertenecen a la colectividad" ³².

Bidart Campos ha puesto de relieve la importancia de los derechos colectivos, al decir que "no hay algo mas real que los intereses llamados difusos y que es infantil y tonto decir que no son

³¹ "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva." "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

"Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodísticas".

³² Ver "Formazioni Sociali e interessi di grupo davanti alla Giustizia civile", Rev. Dr. Proc. Civile, 1975, pag. 361, citado por Vescovi en 1977 y Morello 1978 JA 1978 III, p. 11.-

de nadie o que no son propios de cada uno. Que esos intereses se compartan entre muchos o entre todos, no quita a cada uno de esos muchos o de esos todos su parte - bien subjetiva - en el conjunto de pertenencia colectiva o difusa". Agrega que si bien parte de la doctrina todavía no les reconoce el sitio debido por ausencia de normas, lo cierto es que la realidad ha superado a las normas "... Y con normas o sin ellas - el amparo nació de la Corte sin norma habilitante hace mas de treinta años - el derecho procesal debe desempolvar vejeces para acompañar a la realidad" ³³ -

No puede dejar de mencionarse en la evaluación de la importancia de dicha vía de legitimación el pronunciamiento - previo a la reforma constitucional - de la Corte Suprema de Justicia el 7 de julio de 1992 en los conocidos autos: "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros" fallo donde el Superior Tribunal acogió favorablemente la protección del sistema de creencias de la gran mayoría de la sociedad argentina invocado - solicitando su protección - por la parte actora. En el Considerando 25 se expresó "... a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente, quien replica asume una suerte de representación colectiva...". Este pronunciamiento, criticado por gran parte de la doctrina constitucional en muchos aspectos, aplicó la normativa constitucional sin la existencia de normas adjetivas concretas que establecieran un determinado ritual. Era obvio que el actor pretendía defender no solamente su derecho con respecto a sus creencias sino también la de todos aquellos que sin decirlo se sintieron agraviados. Es decir, los derechos subjetivos colectivos de la grey católica sin tener representación legal ni mandato. La aceptación del planteo por parte del Alto Tribunal, mas

³³ BD, 31-7-91, comentario a la causa "Cartañá c/ Municipalidad. En este fallo de la Cámara Nacional en lo Civil se intentó hallar respuesta a cual era el apoyo constitucional que tiene la protección jurisdiccional de la sociedad. Se entendió que debía mencionarse el art. 33 precepto agregado a raíz del pacto de San José de Flores a instancia de Mitre. En consecuencia la acción pública o los derechos públicos subjetivos como también la llamada "acción popular" tienen fundamento constitucional, solo se requiere que un derecho, garantía o patrimonio social pueda verse afectado. Para ello no se requiere indefectiblemente que el legislador haya reglamentado por ley la protección jurisdiccional, ni que haya implementado la legitimación activa de la sociedad ya que según lo dicho en 1957 por la Corte en el caso "Siri" no es necesario que el legislador haya reglamentado la protección de los derechos para que los jueces restablezcan la garantía invocada.

allá de su crítica, significó la aceptación definitiva de los derechos colectivos en nuestro ordenamiento anterior a la reforma y facilitó el camino de la misma en este aspecto. -

El artículo 3 inciso f de las directrices para la protección del consumidor de las Naciones Unidas de 1985 a las que hemos hecho referencia en este trabajo, consagra la libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores a efectos de hacer oír sus opiniones en los procesos que puedan llegar a afectarlos. -

Como vemos, se trata de lograr una participación activa del público consumidor en defensa de sus intereses para que, agrupados y representados, puedan enfrentar y nivelar los avances sectoriales de las fuerzas productivas.

Conforme expusimos, la ley 24.240 en su artículo 60 prevé como obligación del Estado el fomento y creación de organizaciones de consumidores, posibilitando mediante su artículo 62 el apoyo estatal financiero de las mismas. A su vez en Capítulo XIV (De las Asociaciones de los Consumidores) a través de los artículos 55 a 58 se regula la conformación, funciones y legitimación de estas organizaciones.

Justamente en el artículo 55 de la ley bajo el título de "Legitimación" se otorga a las instituciones representantes de los consumidores constituidas como personas jurídicas (y que se encuadren en la normativa de los artículos 56 y 57 para obtener la autorización y reconocimiento para funcionar como tales) la legitimación procesal para accionar en representación del público consumidor cuando resultan afectados o amenazados sus intereses.

Oportunamente, celebramos la inclusión y vigencia de esta norma (que se anticipó al mandato constitucional) que significó la recepción legal de la representación por parte de entidades intermedias de intereses colectivos de la sociedad, avanzando la legislación Argentina en la materia al nivel de las normativas mas evolucionadas del mundo, en lo que hace al reconocimiento y facultades procesales de las agrupaciones intermedias de consumidores. -

II.4. Una clasificación propia de los sistemas de prevención y solución de los conflictos derivados de las relaciones de consumo.

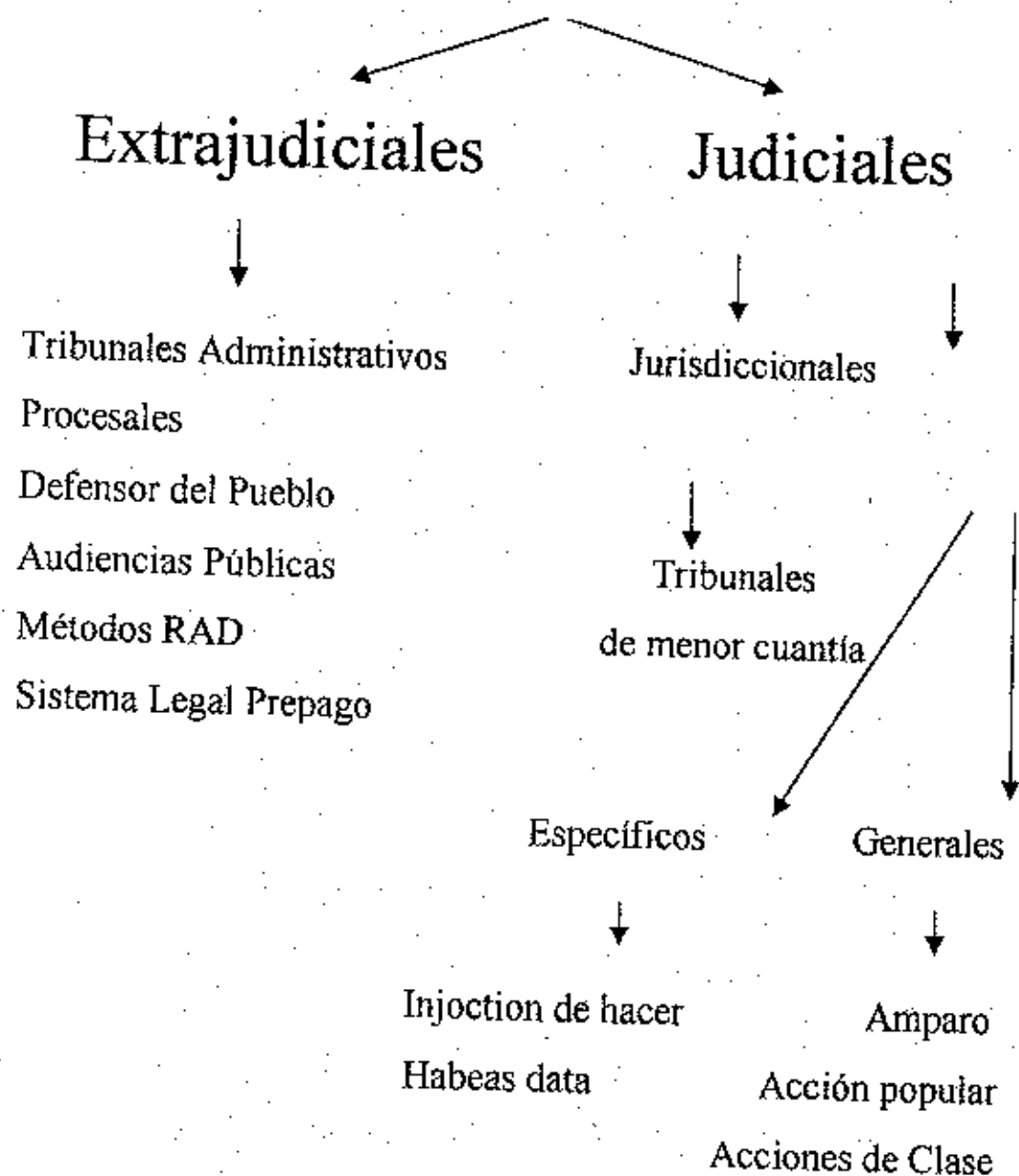
Como anticipamos, la defectuosa prestación de la administración de justicia no es un problema propio de la sociedad Argentina, sino común a la mayoría de los países del mundo.-

Esta falencia estructural que provoca una avanzada frustración en los habitantes se ve reflejada con mayor incidencia en los problemas diarios que afectan al consumidor, en razón de la escasa significación individual de la mayoría de los reclamos.-

Las innumerables injusticias que sufren los consumidores y usuarios a diario por la imposibilidad cierta de acceder a los Tribunales para lograr la reparación del daño, torna imperioso bucear en la búsqueda de nuevas vías y soluciones que permitan al público consumidor obtener una rápida solución a la gran cantidad de inconvenientes que quedan sin resolver, con una notoria afectación del valor seguridad jurídica y de la institución de la justicia.-

Pues bien, acorde con el proverbio etíope que encabeza este trabajo, creemos conveniente que los procedimientos de prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo (PPSCC) deben ser diseñados y edificados a partir de una red institucional estructurada como diferentes engranajes de un solo mecanismo; como hilos tejidos de una misma telaraña. Bajo este concepto, una parte importante de la propuesta que este trabajo encierra consiste en la exposición de una clasificación propia de estos procedimientos de prevención y solución de conflictos, la que pasamos a exponer a continuación:

PPSCC



Como surge del gráfico precedente la clasificación propuesta es entre Extrajudiciales y Judiciales. Dentro de los Extrajudiciales podemos incluir a los llamados Tribunales administrativos del Consumidor que crean casi todas las leyes dictadas por los países en defensa del consumidor³⁴; los procedimientos administrativos que tramitan por ante el instituto del Defensor del pueblo u Ombusman; las técnicas de participación que consagran el sistema de audiencias Públicas nacidas en los Estados Unidos de Norteamérica e incorporadas en muchas legislaciones latinoamericanas para el tratamiento del control en temas de directa afectación de los intereses de los consumidores, como el caso de las tarifas de los servicios públicos; los métodos RAD (Resolución Alternativa de disputas) como la mediación, la conciliación, los terceros neutrales y/o los tribunales multipuertas y el llamado "Sistema Legal Prepago" que regula en nuestro país la superintendencia de Seguros de la Nación.

Dentro de los llamados judiciales distinguimos los jurisdiccionales, como los Tribunales de Menor Cuantía, de los Procesales. Y dentro de estos últimos, los generales como el amparo o recurso rápido y eficaz que consagran casi todas las constituciones latinoamericanas, la acción popular y las acciones de clase y los específicos, como el hábeas data o acción de protección de datos y la "injection de hacer" de la legislación francesa.

Creemos adecuado, a esta altura del trabajo que nos hemos impuesto, recordar una frase del maestro Morello: "mientras los ciudadanos no lleguen a un eficaz conocimiento de lo que el mundo jurídico les reconoce como derechos y les demanda como obligaciones la ausencia de ese especial presupuesto les impedirá a su vez protegerse de la amenazas, perturbaciones o violaciones que tales pretendidos pero ignorados derechos puedan experimentar"³⁵.

³⁴ En nuestro país fueron creados por la ley 24.240 de Protección al Consumidor. En otros países su creación no es por vía legal sino constitucional como en el caso del Brasil.

³⁵ Morello Augusto, "El conocimiento de los Derechos como Presupuesto de la Participación" (El derecho a la información y a la realidad social, ED, 124).

Capítulo III

Vías extrajudiciales como medio de prevención y Solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo

III.1. Algunas técnicas de Participación y Prevención

En el régimen de la ley Argentina de defensa al consumidor (24.240) se prevén sistemas de solución administrativos (art. 52) y judiciales. Esto último ha sido muy criticado en cuanto no arbitra un procedimiento judicial específico ágil y eficiente como podría ser la organización de los Tribunales de menor cuantía.

El arbitraje en materia de consumo – como técnica de resolución alternativa de conflictos – se encuentra previsto en el art. 53 de la ley 24.240 y está regulado actualmente en el sistema Nacional de Arbitraje del Consumo reglamentado por Resolución N° 212/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería y con aplicación tanto a nivel nacional como provincial.

En torno a la legitimación para obrar no debemos olvidar que el texto constitucional dio un paso fundamental al reconocer legitimación a los afectados, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización a los fines de articular el amparo colectivo, cuestión aplaudida oportunamente por la doctrina. Asimismo la ley nacional reconoce legitimación tanto a los consumidores individualmente como colectivamente a favor de las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, el ministerio público y la autoridad de aplicación nacional (art. 52).

Ahora bien, se ha dicho que en la afirmación de la protección de los consumidores y usuarios anida el reconocimiento de su condición de destinatarios principales de la actuación del Estado.³⁶ Evidentemente el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional contiene una proyección en virtud de la cual se generan derechos en cabeza de los consumidores y usuarios, y, paralelamente se imponen obligaciones al Estado para asegurar esos derechos. Estas obligaciones procedimentales del Estado se edifican en gran medida a partir del derecho de participación de los ciudadanos, tal como oportunamente decidió la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo en los autos "Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones".³⁷

Diversas son las técnicas de participación ciudadana (formales o informales) en la actividad estatal que en el derecho comparado coadyuvan al ámbito de protección de los consumidores y usuarios. En este sentido resulta útil relevar - al menos conceptualmente - la diversas formas conocidas en los Estados Unidos de Norteamérica. Los llamados "contactos clave" constituye una de las formas más simple de involucrar a la ciudadanía y consisten que el administrador de cualquier esfera del gobierno consulte a líderes del ámbito de la economía de una comunidad o a dirigentes de grupos organizados que representan los distintos intereses sociales.

La "comisiones asesoras" (una técnica muy difundida) intervienen para solicitar que los representantes de diversos grupos relevantes de la sociedad presten servicios en una comisión que tiene por fin asesorar sobre una política o asuntos específico. Las llamadas "encuestas ciudadanas" que se estructuran a partir de cuestionarios destinados a obtener la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés público o sobre servicios que presta el Estado. Los "contactos ciudadanos" que consiste en una técnica por la cual la ciudadanía se pone en contacto con el gobierno a propósito de diversos programas políticos o temas específicos.

³⁶ Cassagne Juan Carlos, "Derecho Administrativo", p. 61; 5ta. Edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996)

³⁷ LL, 1998, D-712). Un buen comentario sobre el fallo puede verse en Estela B. Sacristán, Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés, La Ley, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, 16-04-99.

"La negociación y la mediación" (que será tratado en un punto siguiente) que se las emplea asiduamente para resolver conflictos multipartes tales como los que afectan por ejemplo al medio ambiente y que han tenido notorio crecimiento en los últimos años en el país. Las "Audiencias públicas" que también serán tratadas por separado en razón de la vigencia que han adquirido en nuestro derecho interno.-

III.2. Tribunales administrativos de consumo.

Habitualmente los sistemas procesales judiciales no están dotados de la celeridad necesaria para satisfacer estos particulares reclamos. Esta realidad nos indica que estamos en presencia de una temática que requiere de una estructura procesal gradual, es decir la implementación de una faz preventiva a través de sistemas administrativos articulados sobre la base de técnicas conciliatorias y regímenes de sanciones preventivas, vías arbitrales y/o sus diferentes derivaciones; y de una faz judicial por medio de Tribunales e instituciones especiales para consumidores, o al menos con reglas accesibles al tipo de reclamos.-

En un trabajo elaborado por la Doctora Nicole L'Heureux ³⁸ se da cuenta sobre un estudio que muestra que en la mayoría de los casos los consumidores no informan sobre sus problemas y raramente interponen acciones judiciales. Cita la autora esta realidad "en especial en los consumidores de bajos ingresos, quienes a menudo carecen de los medios para querellar ante los tribunales". "Por consiguiente las acciones judiciales solo representan una pequeña parte de las disputas entre consumidores y comerciantes". "...Por estos motivos, en el terreno de las transacciones de consumo, los consumidores evitan el proceso judicial. Tienen problemas no resueltos, pero no buscan reparación". En este mismo sentido, en mayo de 1976, en los Estados Unidos se celebró la Conferencia Nacional sobre las causas de descontento popular por la administración de justicia. El informe surgido de esta conferencia recomendó nuevos mecanismos para la aplicación de la justicia (ej. juntas vecinales, tribunales y jurados de arbitraje, etc.).-

³⁸ Publicado en "Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios" pág. 317 y siguientes.-

"Estas frustraciones conforman la mayor parte de las insatisfacciones en una sociedad de consumo, y constituye una política pública hacer que se penalice la conducta de los comerciantes que de esta manera engañan a multitud de personas, y que dichos perjuicios sean rectificados".-

Por esto adquiere vital relevancia en la estructura destinada a la dilucidación de conflictos los diagramas destinados a lograr soluciones extrajudiciales.-

Existen muchas y muy variadas experiencias en el derecho comparado al respecto. En Madrid, Murcia, Valladolid y Huelva funcionan Juntas Arbitrales de Consumo compuestas por un presidente que representa a la administración pública y dos vocales, uno de estos a la organización de consumidores y el otro al sector empresarial. El sometimiento a la evaluación del conflicto por parte de la junta es voluntario. Los establecimientos comerciales que aceptan la competencia exhiben en sus vidrieras un distintivo al efecto. En forma similar, en los países Nórdicos existen Comisiones de reclamaciones.

Asimismo, en Suecia la autoridad de aplicación de las normas es, en principio, el defensor del pueblo del consumidor (ombudsman), solo cuando fracasa la acción de este se recurre a los Tribunales. Este sistema ha dado notable resultado en el citado país nórdico, ya que mas del 80% de los conflictos presentados a la evaluación del funcionario son resueltos por acuerdos voluntarios.-

El Ombudsman del Consumidor actúa ante los Tribunales de Defensa de los consumidores, a modo de fiscal en nombre del interés colectivo de la población. Estos tribunales especiales juzgan casos que les presenta el funcionario u organizaciones de consumidores o comerciantes.

Nuestra ley de Defensa del Consumidor 24.240 prevé un verdadero sistema extrajudicial destinado a la solución de conflictos. Este esquema (Capítulo XII, Procedimiento y Sanciones,

arts. 45 a 51) se divide en un procedimiento administrativo con presencia de una instancia conciliatoria previa y la atribución de la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación (y por delegación los organismos provinciales y municipales competentes) para aplicar sanciones en caso de infracción.

Posteriormente en el art. 59 la ley recoge el arbitraje en materia de consumo como mecanismo alternativo de solución de conflictos, al instar a la autoridad de aplicación a promover la organización de tribunales arbitrales que actuarán, según el caso, como amigables componedores o como árbitros de derecho. Estos Tribunales arbitrales se conforman por las personas que propongan las asociaciones de consumidores por un lado y las cámaras empresarias por el otro.-

La ley propicia el desenvolvimiento de instancias extrajudiciales para la solución de conflictos. Por el art. 58 se habilita a las asociaciones de consumidores a recibir reclamos y sustanciarlos ante los fabricantes, productores o comerciantes, etc. que correspondan, invitando a las partes a reuniones a efectos de intentar un acuerdo. Este artículo en su párrafo final destaca que, en esta instancia la función de las asociaciones es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, limitándose exclusivamente a facilitar el acercamiento entre las partes.

III.3. Resolución Alternativa de Disputas (RAD).

Es sabido que el arbitraje es una forma de resolver conflictos en forma privada que supone la participación de particulares que adquieren – como consecuencia de un acto de voluntad de las partes – la atribución, facultad, potestad, el poder de resolver el conflicto que las partes le someten. Supone, en nuestro medio, un cambio cultural importante, profundo, porque significa concebir el poder de juzgar trasladado hacia particulares, y nuestra sociedad tiene muy internalizado que el poder de juzgar es parte de la soberanía del Estado y que recae exclusivamente en los jueces del Poder Judicial.

La fuente de este poder de juzgar en el caso del Poder Judicial proviene de la propia organización del Estado, de la Constitución y de las leyes que se dictan en su consecuencia. En el caso de los árbitros, este poder de juzgar no proviene de la Constitución ni de la ley, aunque no está en disonancia con ellas. Al contrario, la Constitución y las leyes recogen de manera expresa el fenómeno del arbitraje y le brindan un marco normativo que le reconoce su eficacia. Pero el poder de juzgar de los árbitros, en cada caso concreto, proviene del acuerdo de voluntades entre las partes que le da origen.

Las partes tienen, en virtud que el amplio marco que la Constitución y el Código Civil le otorgan a la autonomía de la voluntad como fuente jurídica, la posibilidad de transigir sobre todos los derechos disponibles. De todos aquellos derechos en los cuales no existen cuestiones de orden público involucradas, susceptibles de transacción o de renuncia.

Así, el arbitraje como instrumento para la solución de los conflictos de los consumidores aparece como una herramienta idónea y así ha sido reconocido por la ley 24.240, siguiendo, en este aspecto la experiencia de España y Portugal.

La experiencia Argentina en este sentido permitiría decir que - para dar algunas cifras - sobre 484 laudos arbitrales emitidos durante el primer año de funcionamiento ninguno lo fue conforme a derecho, sino sobre la base de la equidad, producto de la diversidad de enfoques de los árbitros interdisciplinarios, que permiten verificar en cada caso el tema en discusión desde distintos puntos de análisis.

Hay que considerar también un tema que muy importante: el protagonismo de las partes en el proceso arbitral. La conciliación de los conflictos, que llega al 81 % de los casos (según datos suministrados por la subsecretaría de Comercio Interior) ha requerido de los árbitros intervinientes solamente homologar el acuerdo arribado entre las partes, lo que significa un claro protagonismo de quienes intervienen en el problema, en el litigio, que - cabe reconocer - no la tienen ninguna de las partes ante un proceso judicial. Esto, por supuesto, no va en demérito de las funciones judiciales,

sino que resalta la participación de los interesados en la forma de resolver sus propios problemas y que se vincula íntimamente con el mayor acceso a la información que tienen los consumidores.

Por supuesto que el sistema recién se ha iniciado entre nosotros. Vivimos un proceso de aprendizaje y de consolidación de un sistema alternativo nuevo. El Instituto Nacional del Consumo de España que tiene doce años funcionando considera aun joven el arbitraje de consumo.

La Mediación no es algo nuevo en el mundo, pero sí relativamente reciente en nuestro país, ya que desde los primeros trabajos institucionales alrededor del instituto aún no han pasado diez años. Se cuenta que el emperador Chino K'ang Hsi consideraba que es propio del hombre vulgar caer en pleitos. Por eso aconsejaba que los tribunales fueran "espantosos, podridos, modelos de mal trato", para ahuyentar a los litigantes crónicos y desalentar toda forma adversarial. Estimulaba sí, a que las partes aprendiesen a superar sus diferencias de intereses a través de acuerdos.-

Tal vez es por estos antecedentes es que China ofrece hoy a su comunidad un atractivo sistema de mediación, como tienen también muchos otros países del mundo, tales como Estados Unidos, Francia, Canadá, Suecia, Italia, Colombia, etc.-

Mucho mas cerca de nuestras tierras, algunas tribus indígenas poseían métodos pacíficos de solución de sus diferendos que bien pueden invocarse como antecedentes telúricos del instituto moderno de la "Mediación".-

Si bien la misión de administrar justicia ha sido, desde los comienzos de la humanidad atributo propio de la soberanía estatal, se han ido desarrollando medios alternativos a la conocida solución judicial, de los cuales hasta hace pocos años no se tenía una visión global, que poseen - como acertadamente expusiera la Dra. Gladys Alvarez en una conferencia sobre Reforma Judicial dictada en Washington "características esencialmente democráticas, y la relevante

importancia que a través de ellos se opera un cambio de paradigma social, pasándose de una cultura de litigiosidad a una cultura de pacificación y cooperación". -

Todos aquellos que por distintas razones nos encontramos vinculados en forma continua - directa o indirectamente - con los conflictos sociales (abogados, jueces, asistentes sociales, sociólogos, psicólogos, árbitros, académicos, policías, dirigentes en general, y todo mortal que se ha visto enrolado (¿ o enlodado ?) alguna vez en su vida en un pleito judicial) sabe a ciencia cierta, o al menos sospecha, que la problemática judicial argentina se caracteriza, entre otros vicios, y mas allá de las particularidades propias de cada lugar, por un proceso creciente de acumulación de causas judiciales que no ha encontrado una contrapartida adecuada en la generación de renovados medios y recursos, produciéndose de esta manera un grado de morosidad enfrentado con los fines últimos de su correcta administración. Esta patología, ha sido destacada en reiteradas oportunidades por el máximo Tribunal de la Nación al decir que la justicia tardía implica una auténtica denegación de la misma. -

Al incremento cuantitativo apuntado, debemos adicionar los pormenores cualitativos de los conflictos que afectan a la sociedad moderna, muchos de los cuales se caracterizan por presentarse revestidos de sofisticadas particularidades técnicas y complejas conformaciones psicosociales que dificultan su resolución por medio de los procedimientos jurídicos tradicionales. -

En este contexto, el grado de congestionamiento judicial que todos conocemos nos revela la insuficiencia de las soluciones de tipo convencional a las que se ha recurrido hasta el momento, tales como el aumento de Juzgados y Cámaras existentes, que por otra parte, se enfrenta permanentemente con la problemática actual de la falta de presupuesto, atendiendo, por otra parte, a las severas restricciones económicas que la situación actual impone al país. -

Es que una visión de la Justicia para el futuro nos conduce a un sistema judicial que ofrezca a los justiciables múltiples alternativas de resolución de conflictos, antes y durante la sustanciación del juicio. -

Esto no implica menoscabar la jurisdicción judicial, sino arbitrar medios alternativos y complementarios a ella, cuya finalidad no sea solo descongestionar los Tribunales y proveer soluciones nuevas a los diversos conflictos en el menor tiempo posible, sino también paliar la insatisfacción que muchos sectores de la sociedad exponen al decir que no encuentran acceso a una solución justa de sus disputas.-

Tal como se diferenció en el "Primer Encuentro Interamericano de Disputas" realizado en Buenos Aires en noviembre de 1994 organizado por el "National Center of State Courts" de los Estados Unidos y la "Fundación Libra" de Buenos Aires, bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos (AID) una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "solución a la justicia" (entendida como solución justa).-

Pues bien, dentro de este contexto que con distintos alcances afecta a muchas comunidades mundiales, ha ido creciendo un movimiento llamado de resolución alternativa de disputas (RAD) que tiende a la institucionalización de una variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos sociales por vías distintas a la clásica decisión judicial. Dentro de tales procedimientos se incluyen algunos tradicionales y muy conocidos entre nosotros como el "arbitraje" o la "conciliación", otros menos difundidos, como la "mediación" o la "negociación colaborativa", y algunos casi desconocidos en Argentina como los "expertos neutrales" o el "minijudio".-

Dentro de estos conceptos generales la "MEDIACION" es un procedimiento no adversarial (a diferencia del pleito judicial o el arbitraje mismo) en el que un tercero neutral ayuda a las partes a que en forma cooperativa encuentren un resultado mutuamente aceptable. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las posiciones, a explicar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa; no actúa como juez, pero sugiere a aquellas ponerse de acuerdo, dado que no puede imponerles una solución si es que no actúan por mutuo consentimiento. Es, como

sintéticamente se sostiene: un facilitador de la comunicación entre las partes del conflicto (capacitado mediante un entrenamiento especial). -

A nivel nacional, mucho se ha avanzado al respecto en los últimos años. En 1991 por Decreto PEN 958/91 el Ministerio de Justicia de la Nación designó una comisión de jueces y abogados con el objeto de realizar los estudios y proyectos necesarios para difundir e instaurar la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos. Con posterioridad a la labor de esta comisión se dictó el decreto PEN 1480/92 que declaró de interés nacional la mediación, encomendó al Ministerio de Justicia de la Nación la elaboración de un plan nacional de mediación y dispuso la creación de un cuerpo de mediadores, de la escuela de mediación y de la realización de una experiencia piloto en la Justicia Civil de la Capital Federal a cuyo fin se facultó a dicho Ministerio para invitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta experiencia piloto, fue puesta en ejecución por resolución del Ministerio de Justicia de la Nación N° 983/93 habiéndose cumplido exitosamente - como es conocido - y constituyendo oportunamente el trampolín para la sanción de la actual ley 24.573 de aplicación a la justicia nacional y a los juzgados federales con asiento en el interior del país. -

Cabe apuntar, que las Provincias argentinas no han quedado rezagadas en el estudio de este nuevo movimiento, habiendo avanzado rápidamente en el desarrollo y adopción de estas formas alternativas. -

Sin duda, la Mediación es y será un valioso instrumento de solución de conflictos en los próximos años, en la medida que la introducción en nuestro sistema de este nuevo instituto - en principio ajeno a nuestra cultura social - se opere con la seriedad que requiere y en forma independiente de intereses políticos o sectoriales. -

III.4. Audiencias públicas.

La audiencia pública - prevista en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y distribución de electricidad y gas y en el decreto de la Comisión Nacional de

Telecomunicaciones 1185/90 – constituye, como ha reconocido doctrina y jurisprudencia, uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Como bien señala Gordillo³⁹ existe una diferencia importante entre las denominadas audiencias públicas y las sesiones públicas. Esta última implica celebrar una audiencia administrativa con asistencia pasiva del público, radio, televisión, etc., o sea que tal asistencia pasiva no supone – en principio – comunicación o intercambio de ideas. En cambio, cuando se quiere involucrar la participación activa de un amplio público se recurre a las llamadas audiencias públicas, cuyos antecedentes directos de la recepción del instituto en nuestro derecho los encontramos en los Estados Unidos⁴⁰.

Considerando que el presente trabajo apunta especialmente a recoger las características y la experiencia del derecho comparado en los distintos mecanismos de protección del consumidor, nos ha parecido interesante repasar – al menos sintéticamente – las características principales que las llamadas sesiones públicas (open meetings) revisten en el país del norte.

Cabe apuntar respecto de este instituto, que en el derecho americano el orden local procedió al federal imponiendo este requerimiento a ciertos organismos públicos. Una ley de Kansas de 1968 regulaba encuentros de consejeros escolares; otra del estado de Utah la apertura al público de las sesiones del órgano legislativo; el estado de Florida tuvo su primera ley de sesiones abiertas en 1905.

Hacia fines de la década del setenta solo cuatro de los cincuenta estados americanos carecían de una ley que regulara algún aspecto de esta materia, al menos en cuanto al funcionamiento de ciertos sectores de la administración⁴¹.

³⁹ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, II: La Defensa del usuario y del administrado, 3ra. Edic., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1998, capítulo XI.

⁴⁰ ver John Clayton Thomas, Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1995, p. 12.

⁴¹ Hoy las tienen todos. Ver Open meetings laws: and analysis and a proposal. Mississippi Law Journal, vol. 45, ps. 1151 y siguientes.

- **Disposiciones Constitucionales:** Tanto en la Constitución Federal como en las Constituciones Estaduales existen provisiones que operan sobre el instituto. Así muchas constituciones estaduales establecen requisitos especiales acerca de la publicidad de los actos de ciertos organismos o de los actos de preparación de ciertas normas de carácter o alcance especial, parecería que cuanto mas acotado es el campo de aplicación de la norma mayor es el deber de dar a publicidad previamente durante su gestación, tal es el caso de las constituciones de Alabama, Arkansas o New Jersey.

Casi todas las Constituciones estaduales contienen provisiones genéricas sobre el debido proceso que opera sobre el instituto. Así, por ejemplo, en "Brown's Ferry" ⁴² el Superior Tribunal estadual determinó la necesidad de audiencia pública previa a la adjudicación de un contrato para la recolección de residuos, ya que era el público el que iba a estar afectado cuando se efectuara la adjudicación de la contratación.-

- **Convocatoria de las audiencias:** En términos generales están obligados a abrir sus reuniones al público todos aquellos organismos públicos colegiados que deliberen. El género abarca, sin pretender agotar la nómina, entidades estaduales como comisiones de servicios públicos y de empresas de servicios públicos, de comercio, de juegos, de ética, colegios profesionales, entidades regionales de gobierno, etc.

- **Quórum, deliberaciones, votaciones:** En algunos estados se establece que en las reuniones accidentales o casuales no constituyen sesiones a los efectos de las leyes de "open meetings" o que tales leyes no se aplican a esa clase de reuniones. Otros estados definen "sesión" como reunión convenida previamente de los miembros del organismo a fin de deliberar acerca de un asunto público o para adoptar un accionar oficial. La definición de quórum que se aplica para que pueda haber "sesión" es sencilla y consiste en la mayoría simple de los miembros del organismo. Respecto de las deliberaciones algunos regímenes prevén que en las sesiones se "deliberará" y otros estados prevén que "se adoptará un accionar". La

⁴² "Brown's Ferry Waste Disposal Center inc. V. Trent", 611 So.2d. 226 (Alabama 1992)

diferencia es importante ya que en el segundo caso como no se delibera el público solo tiene acceso a la culminación del proceso por el cual el organismo tomará en consideración un asunto y no puede presencia las etapas anteriores. En relación a las votaciones se puede decir que, en general, los miembros de los organismos públicos deben votar abiertamente, acto que se hace constar en las actas, ya sea que el miembros presente haya efectivamente votado o se haya abstenido de hacerlo. Las prescripciones legales sobre voto secreto se hallan prácticamente prohibidas en todas las leyes sobre sesiones públicas.

- **Aspectos de la participación del público:** Que el público tenga oportunidad de expresarse ante el organismo público que se halla sesionando depende de las normas que regulan a este último. Es que se confiere a los organismos la capacidad de adoptar normas que reglen la naturaleza y duración de las intervenciones del público presente. Así según de que organismo y de que estado se trate será mas o menos amplia la participación del público, se podrá exponer (habitualmente con limitaciones) o presentar datos, opiniones o contra-argumentos en forma oral o escrita. Otras veces se exige que las personas que se van a dirigir al organismo en sesión se registren con anterioridad a que comience la sesión. En lo que atañe al comportamiento del público presente, esto es si efectúa interrupciones o si incurre en otros comportamientos expresivos, las opiniones son en general coincidentes: se puede expulsar a los que alteran el orden de la sesión en curso ⁴³.

- **Algunas alternativas en caso de incumplimiento:** Todos los ordenamientos locales exigen como prerrequisito la demostración de legitimación activa suficiente para iniciar acciones por incumplimiento de la ley respectiva de sesiones públicas. Así, en caso de violación de las leyes de audiencias públicas poseen standing o legitimación activa para instar alguno de los remedios jurisdiccionales disponibles los miembros del público; el attorney general; o el fiscal de distrito (district attorney) y también el organismo en cuestión y sus miembros. En el concepto de público habitualmente se incluyen a los periodistas que cubren el evento. Las

⁴³ ver "Open meetings statutes: the press fights for the right to know", Harvard Law Review, vol 75, pág. 1199, esp. P 1200, 1962, transcripto en Stephen G. Breyer, Administrative law and regulatory policy, Little, Brown y Co., Boston, 1992, p. 963.

III.5. El llamado "Sistema Legal Prepago" como medio de prevención y solución de los conflictos de los consumidores. Historia y antecedentes. Situación actual en el país.

Tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, la desinformación y la falta de una adecuada asistencia en el momento oportuno, impiden muchas veces que el consumidor pueda defender correctamente sus intereses, viéndose de esta forma altamente limitada la capacidad del ciudadano moderno para reconocer los caminos a seguir cuando se presentan problemas legales.-

La creación y desarrollo del llamado "Sistema Legal Prepago" - especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica - por medio del cual un grupo de personas mediante el pago de una cuota periódica accede a determinadas prestaciones jurídicas estipuladas en un plan, ha constituido un gran avance en la consolidación de los derechos de educación e información del consumidor, y en la protección de sus intereses.-

El alto costo de los servicios jurídicos, sobre todo cuando el hecho que lo justifica se produce repentinamente; la lentitud innegable de los tribunales; la cantidad de regulaciones vigentes en un país, muchas de ellas de interpretación oscura y farragosa; y la poca importancia económica que normalmente poseen los conflictos de los consumidores, han activado - como venimos viendo a lo largo de este trabajo - inquietudes, propuestas y planes provenientes de entidades públicas y privadas y de los propios gobiernos destinadas a otorgar una protección adecuada al público consumidor.-

En este sentido, el "Sistema Legal Prepago" aporta su importante cuota al diseño de una justicia moderna mas próxima al hombre común, a través de los objetivos que lo guían: prevención, celeridad, y reducción de costos.-

La "prevención" constituye la columna vertebral del sistema que se estimula desde distintos ángulos. Desde la óptica del usuario, la contratación de un servicio jurídico permanente que permite el rápido acceso a profesionales de distintas especialidades posibilita que el individuo se encuentre asesorado constantemente, evitando de esta manera que el conflicto llegue al abogado cuando muchas circunstancias son irreversibles. -

Desde la óptica de los prestadores los principios preventivos (incluyendo aquí las técnicas de negociación extrajudicial) deben ser ejercidos correctamente y agotados, ya que todo conflicto que termina en los Tribunales implica - en alguna medida - el fracaso de los principios rectores del sistema, demostrando que la "prevención" disuasiva no fue suficiente como para eliminar el pleito, y la "celeridad" y el "bajo costo" se verán notablemente alterados al trasponer el conflicto la puerta judicial. -

El principio de "celeridad" que también rige el sistema se encuentra íntimamente compenetrado con el de "prevención". Normalmente, estos sistemas aseguran a los contratantes servicios de guardia las 24 horas del día y la posibilidad de contar con abogados en forma inmediata en los distintos puntos del territorio nacional. -

Por último, esta forma de prestación del servicio jurídico resulta en términos económicos muy beneficiosa, ya que rige aquí un principio comercial elemental: el poder de compra de un grupo importante de personas reduce siempre el costo final del producto (en EEUU el costo promedio de una plan legal para una familia es de US\$ 100.- anuales).

De esta manera, el servicio legal prepago se convierte, no solo en un auxilio relevante para la defensa de los intereses del público consumidor, sino también en un aporte que favorece el rendimiento individual de las personas en sus tareas, al sentirse protegidas mediante el acceso rápido a la solución de sus problemas, previniendo largos y onerosos pleitos (estudios psicológicos demostraron que existe una correlación directa entre problemas legales y tiempo con productividad y trabajo perdido), armonizando además, los intereses de la comunidad por el efecto de equilibrio que posee en el marco de los conflictos sociales. -

La concepción del sistema legal prepago como forma de otorgar a grupos numerosos de personas, en forma directa o a través de entidades intermedias, asistencia jurídica, se inicia en EEUU. Si bien los planes de servicios legales prepagos resultan ser un fenómeno de los últimos veinte años, ya en el año 1899 una compañía de defensa médica proporcionaba a sus suscriptores coberturas legales prepagas de "mala praxis".-

La necesidad de la mayoría de la población de acceder a la protección legal, comenzó a incrementarse durante fines de la década del cincuenta y principios de la del sesenta, cuando el movimiento consumidor ganó impulso. El desarrollo de planes de servicios legales fue inicialmente trabado por cuestiones de ética profesional y reglamentaciones, pero con base en una serie de fallos de la Corte Suprema se zanjaron las diferencias. -

Un estudio conducido por el "American Bar Association" en el año 1977 estableció que el público en general contactaba a los abogados como último recurso y con gran incertidumbre acerca de los resultados efectivos de su gestión. El estudio demostró la necesidad de crear servicios legales mas integrados y accesibles al ciudadano medio. -

Con el correr de los años setenta los planes de servicios legales prepagos comenzaron a proliferar en los Estados Unidos, siendo favorecidos en el año 1976 a través de un "tax preferencial para los planes de obreros". De esta forma, en este último año fue fundado, con sede principal en la ciudad de Chicago, el "American Prepaid Legal Service Institute" (API) asociación sin fines de lucro que representa los intereses de las diversas entidades de asistencia jurídica prepaga y de los profesionales adheridos al sistema. -

El API fue fundada a través de los esfuerzos de la Asociación del Buffet Americano ("American Bar Association") que continúa su relación con la misma como una organización de apoyo. Está compuesto por firmas de abogados, profesionales individuales, representantes de asociaciones de grupos de consumidores, operadores de planes prepagos y fiadores de los mismos. -

Su misión es fomentar los servicios legales prepagos proveyendo dirección, educación y representación dentro del interés social. Para cumplir la misma el API tiene los siguientes objetivos: 1) Promover el desarrollo y el crecimiento del servicio legal prepago procurando lograr su extensión a todo el público; 2) Ser el foro y tribunal principal para las cuestiones derivadas del servicio legal prepago; 3) Servir a las necesidades de educación e información de todos los segmentos que componen el servicio; 4) Influenciar en la legislación y regulaciones a favor de los servicios legales prepagos.-

Esta organización es gobernada por sesenta miembros directivos entre los que se encuentran representantes de distintos segmentos del servicio. El Directorio es apoyado por un staff profesional de alta calidad y diferentes comisiones (finanzas y operaciones, legislación, educación social, socios, programas, etc) encargadas del estudio particular de los temas.-

El desarrollo financiero se obtiene con las cuotas sociales, fondos provenientes de congresos y publicaciones y franquicias concedidas por el American Bar.-

El sistema legal prepago ha tenido un gran éxito en el país del norte, y en otros países como Australia, Canadá y Alemania. Solamente en EEUU existen aproximadamente 15.000.000 de ciudadanos cubiertos por medio del mismo. Según las estadísticas norteamericanas, los individuos que reciben planes de cobertura legal a través de sus empleadores o sindicatos estiman este beneficio como extremadamente valioso.-

También los abogados norteamericanos se pronuncian a favor del sistema. Según un estudio publicado en "ABA Journal" en marzo de 1986, las dos terceras partes de los profesionales aprobaban el servicio legal prepago, y mas de la mitad estaban resueltos a proporcionar servicios legales a un plan grupal. Dentro de este espectro la mayor desaprobación provenía de abogados mayores de 55 años, y los indecisos se encontraban entre 45 y 54 años. Las ventajas mas comunes expuestas en esta encuesta entre los abogados refería a que los planes prepagos ofrecían a los consumidores un acceso económico a los servicios legales, y la posibilidad para

los profesionales de contar con nuevos clientes con garantía de pago. Según estimaciones del API en 1986 mas de 25.000 abogados participaban en algún plan de servicios legales prepagos.-

Los planes de servicio legal llegan al público consumidor a través de distintas vías de comercialización. Ciertos métodos comerciales han demostrado ser mas efectivos que otros, pero esto dependerá del tipo de plan de que se trate. Algunos son promocionados a través de correos directos, venta de tarjetas de créditos, publicación de avisos y mercado televisivo, otros, se comercializan ofreciéndose como un beneficio social para el empleado, también existe la venta "face to face", o a través de programas de multiniveles.-

En los países donde esta innovadora forma de brindar el servicio legal ha tenido mas desarrollo, existen diferentes sistemas de entrega de los planes jurídicos. Así tenemos por ejemplo firmas legales contratadas por administradoras de estos planes por un honorario fijo (horario, mensual o per cápita) donde los socios pueden comunicarse a través de líneas telefónicas gratuitas; firmas legales contratadas para dedicarse exclusivamente a los problemas de los socios (cuando existe una población importante concentrada en un área geográfica); y diferentes combinaciones. Los planes pueden ser cerrados (el asociado debe elegir entre los abogados de una red) o abiertos (se puede concurrir a cualquier profesional, abonar la prestación y luego la administradora del plan reintegra el importe). ⁴⁴-

En nuestro país hasta hace poco tiempo atrás los servicios legales prepagos no existían con el enfoque que describimos en este trabajo ⁴⁵ pero se han ido desarrollando progresivamente en los últimos dos años, existiendo en este momento una importante cantidad de firmas legales

⁴⁴ Para mayor información sobre el tema ver ABA Journal, mayo 1 de 1988, p. 38/41; ABA Journal, The Lawyer's Magazine, marzo de 1986, artículo de Lauren Rubenstein Reskin; y API NewsBriefs, noviembre de 1990; enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 1991; enero, febrero, abril, mayo, julio y diciembre de 1992; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 1993; enero y febrero de 1994.-

⁴⁵ Ver "La abogacía de los '90" Horacio M. Lynch, LL, 1989-D.-

que promueven y brindan los mismos, agrupadas la mayoría de ellas en dos cámaras empresariales (Asociación Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos y Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos). -

Tal como sucedió en un primer momento en los Estados Unidos, el Colegio de Abogados de la Capital Federal (Colegio Público) se opuso inicialmente a este emprendimiento. Su Consejo Directivo en sesión del 4 de marzo de 1994 resolvió en relación con los prepagos jurídicos aprobar una moción manifestando "oposición al funcionamiento de esta clase de sistemas por entender que existe colisión con la normativa que regula el ejercicio de la actividad profesional en condiciones dignas y decorosas... y accionar... para tratar de evitar que se implementen y desarrollen estos sistemas y advertir al público de la opinión del Colegio Público". -

El Consejo Directivo en su evaluación del tema entendió que "los prepagos jurídicos constituyen entidades destinadas a efectuar una verdadera industria de los juicios", "no constituyen una salida laboral digna para los jóvenes abogados, sino un esquema que conduce a la explotación del joven abogado, quien además será colocado en posición de violar numerosas normas colegiales y del Código de Ética". "Se llegó a la conclusión que además se prestará un mal servicio al público... que servirá en realidad de campo de experimentación para practicantes..." y "... que estos sistemas colaborarán en la destrucción de la abogacía, y redundará en una mayor decadencia de la que ya registra la tarea de impartir de justicia". -

Por último, la moción aprobada "... advierte a los matriculados y en especial a los jóvenes que es opinión del Consejo Directivo que si ingresan a laborar en estos sistemas no lograrán ni tratamiento ni retribución digna, deberán soportar numerosos inconvenientes en forma personal derivados de la violación de las normas vigentes sobre el ejercicio de la profesión y actuarán en contrario a los deberes y fines del Colegio Público y de la letra y espíritu del Código de Ética". -

Finaliza la declaración de la asociación profesional sosteniendo "Estas entidades además no tienen vocación de justicia sino ánimo de lucro..." ⁴⁶.

⁴⁶ Ver Boletín del Colegio Público de Abogados Nro. 63.- correspondiente al mes de marzo de 1994.-

Disentimos abiertamente con la declaración que parcialmente expusimos, y no podemos menos que lamentar que una institución tan relevante como el Colegio Público vierta conceptos tan errados sobre este sistema. -

A nuestro criterio, la declaración del Colegio evidenció un profundo desconocimiento sobre los sistemas legales prepagos, sus orígenes y desarrollo, y especialmente sobre los principios rectores que lo guían, y el eficiente servicio que brindan a la comunidad en todos los países donde funcionan. Los conceptos vertidos, que hemos reproducido textualmente por la inusitada dureza de los mismos, no traslucen una opinión fundamentada, y contienen conceptos mas propios de una arenga política que de un dictamen de evaluación emanado de una asociación profesional. -

Afortunadamente, el tiempo todo lo cura, y esta situación ha sido superada, y si bien no conocemos la posición actual del Colegio Público de Abogados, el sistema legal prepago se ha difundido - aunque sin éxito hasta el momento - habiendo sido regulada la actividad dentro de la espera de la Superintendencia de Seguros por resolución Nro. 23.074 de fecha 4 de febrero de 1994 de este organismo.

Estamos convencidos que el sistema legal prepago emprendido seriamente tendría que ser - con el correr de los años - un valioso aporte a una sociedad que se encuentra en búsqueda permanente de nuevos y renovadores mecanismos que permitan acercar al ciudadano medio a la solución de sus conflictos cotidianos desde una perspectiva de equidad y justicia. Asimismo, este sistema es una interesante alternativa para contribuir a descongestionar nuestros colmados tribunales. -

Si el sistema legal prepago ha servido para elevar la calidad de vida de los ciudadanos norteamericanos, alemanes, canadienses o australianos, no vemos razón de peso para que esta

nueva y renovadora prestación del servicio jurídico no beneficie también a nuestra castigada sociedad.

Un servicio jurídico deficiente solo encuentra su fundamento en el problema educativo de una formación teórica y práctica deficiente. La abogacía del siglo XXI busca necesariamente superar el clásico abogado individual formado para conducir técnicamente los litigios por estructuras profesionales compuestas por distintas especialidades legales y de otras profesiones; continua renovación en el apoyo tecnológico y constantes búsquedas imaginativas para brindar una calidad superadora del servicio cuantitativa y cualitativamente. En esta línea de pensamiento, las áreas de administración, marketing y management, irán adquiriendo un papel relevante en el desarrollo de los servicios jurídicos.

Esto no significa perder eficiencia sino ganarla. Tampoco significa despersonalizar la profesión, sino proveer al abogado de los elementos necesarios para defenderse en un modelo de sociedad diferente al conocido, donde la regla laboral básica será la competitividad. Podemos discernir sobre las ventajas y desventajas, o sobre la conveniencia o inconveniencia de este arquetipo social, pero lo cierto es, que será la sociedad que nos tocará vivir en los próximos años, y debemos estar preparados para enfrentarla.

El abogado del nuevo milenio deberá superar su formación de conductor técnico de litigios para transformarse en un auténtico "sanador de conflictos humanos". En pos de este ambicioso objetivo las escuelas de derecho del país tendrán la máxima responsabilidad.

Capítulo IV

La Vía judicial como medio de prevención y solución de Conflictos derivados de las relaciones de consumo.

IV.1. La Justicia ordinaria como vía de solución de conflictos de los consumidores. La Justicia de menor cuantía.

Función y fin. Su desarrollo en algunos países del mundo.

A pesar de las distintas funciones que se le asignan al Estado según la posición filosófica que se adopte, existe unanimidad en que el servicio de Justicia constituye una función estatal básica e indelegable. En el estado de derecho la monopolización del poder debe quedar en manos de éste como requisito ineludible de su constitución, y vía de hacer efectiva la protección de los derechos individuales.

Los arts. 28 a 30 de las directrices de las Naciones Unidas a las que hemos hecho referencia en este trabajo, establecen determinadas pautas a ser consideradas: 1) solución de controversias en forma justa, rápida y exenta de formalidades; 2) información a los consumidores sobre los procedimientos vigentes; y 3) procedimientos no costosos para los consumidores de bajos ingresos. -

Estas sabias directrices reflejan la realidad del consumidor en la mayorías de los países del mundo. Sostener una reclamación ante un tribunal ordinario es sumamente costoso en todos lados, especialmente en lo que se refiere a los gastos judiciales y honorarios de los abogados. -

Esta particularidad, frente a la poca entidad que poseen en general los reclamos aislados de los consumidores, es la razón por la cual la mayor parte de las frustraciones de estos quedan en el marco personal o familiar de la población, o en el mejor de los casos, ante la consulta disuasiva de un profesional, sin que lleguen a presentarse formalmente ante la Justicia.

Sin bien, algunos podrían sostener, con fundamento, que esto representa un beneficio para el servicio de justicia que, al verse librada de estos pequeños reclamos, puede privilegiar el tratamiento de casos de envergadura, creemos que dicho razonamiento no tiene en cuenta la verdadera importancia que posee en la intimidad del hombre el verse satisfecho y reconocido en sus derechos - por mas poca significación económica que tengan - por las instituciones que regulan el funcionamiento social que él ayuda a sostener con sus contribuciones e impuestos.

Tampoco tiene en cuenta el razonamiento que criticamos, la relatividad y subjetividad de lo que se entiende por "pequeñas causas". La pequeña causa económica de uno, puede ser de tremenda importancia para otro.

Además, las demoras que se dan en los tribunales ordinarios para obtener una resolución judicial que ponga fin al pleito, y los avatares que los litigantes deben soportar para lograr la ejecución de la sentencia, configuran otra de las razones que desalienta a los consumidores, y los conducen a formarse una opinión negativa de la necesidad y conveniencia de solucionar sus diferendos por medio de la justicia.

Estas causas, auténticas realidades mundiales, han conducido a muchos países a crear tribunales de pequeñas reclamaciones o de menor cuantía que han sido diseñados siguiendo lineamientos comunes, mas allá de las diferencias específicas que pueden separarlos. Así, en casi todos ellos rigen algunos de los principios que - solo a título de ejemplo - enumeramos: a) conciliación y/o arbitraje, donde el juez participa activamente para lograr el acuerdo de partes; b) reducción de formalidades; c) eliminación u opción del patrocinio profesional; d) Limitación de la legitimidad a personas físicas; e) En algunas jurisdicciones se limita el derecho de apelar;

e) bajo costo del procedimiento; f) horarios de funcionamiento accesibles y compatibles con los horarios de trabajo; etc.-

Vemos nítidamente como "por intermedio de la creación de estos órganos jurisdiccionales se procura lograr paliar las limitaciones de un gran sector de la población en punto al acceso a la justicia" ⁴⁷.-

En nuestro país, a partir del advenimiento del estado de derecho, la justicia se constituyó en protagonista esencial de la vida pública, retomando el lugar que le corresponde dentro de la trilogía de poder del gobierno republicano. Como dice Eduardo Oteiza ⁴⁸ fue palpable el interés de la ciudadanía en la forma en que eran resueltos los casos judiciales. Pero asimismo, la insuficiencia tanto de normas procesales como de los medios con que contaba la organización judicial se tornó evidente.-

Este proceso de interés ciudadano fue mutándose durante el transcurso de estos años - sin que corresponda en este trabajo analizar las causas que condujeron al estado que señalamos - hacia un notorio descreimiento en el funcionamiento de la justicia como institución idónea para resolver conflictos, llegándose a poner en duda y en tela de juicio la capacidad, honestidad e independencia de muchos de sus componentes. No podemos negar que, bajo una visión realista, la administración de justicia hoy, atraviesa quizás por una de la crisis mas profunda de su historia.-

En este contexto, la desatención por parte de la Justicia de los pequeños incidentes a los que nos estamos refiriendo es una de las causas palpables que contribuyen a crear el escepticismo que reina en la sociedad respecto a la concreta posibilidad de hacer valer sus derechos. No es

⁴⁷ Cappeletti Mauro, "El acceso a la justicia" citado por Oteiza Eduardo, "Los Tribunales de Menor Cuantía como respuesta actual basada en los principios de la justicia de Paz", ED, T 122-846.-

⁴⁸ Oteiza Eduardo, "Los juzgados de Menor Cuantía. Un tema en constante replanteo". LL-1989, IV, p. 747.-

poco habitual escuchar de boca de familiares, amigos, clientes, y hasta de los mismos hombres de derecho, la acuñada frase " en la Argentina no hay justicia" .-

En este contexto resulta correcto sostener que nuestro "actual sistema procesal no se encuentra dotado de la celeridad suficiente para ejercer la eficaz protección jurisdiccional de los consumidores, que exige una estructura judicial y procesal de naturaleza preventiva y de inmediata eficacia, distinta a la justicia ordinaria proporcionándoles medios legales conducentes para permitir que sus derechos puedan ser ejercidos en forma práctica" ⁴⁹ .-

En búsqueda de las necesarias soluciones para facilitar el acceso a la justicia del tipo de litigios a los cuales venimos haciendo referencia, entendemos que la instauración de una justicia de menor cuantía en el radio de la Capital Federal no puede ser demorada debido a la impotencia de la justicia ordinaria y el procedimiento vigente para otorgar adecuada protección jurisdiccional a estos reclamos. La conocida complejidad a estos fines y efectos del Código procesal Civil y Comercial de la Nación, la larga duración de los juicios, el alto costo judicial, el obligatorio patrocinio letrado, la ausencia de oralidad, la falta de inmediatez, etc. configuran un panorama que debe ser sorteado mediante la instauración de estos tribunales.-

Antes de referirnos a los antecedentes nacionales de estos tribunales de pequeñas reclamaciones, entendemos de valor revisar sintéticamente la forma en que otros países han abordado este tema.-

En Estados Unidos existen tribunales de menor cuantía (Small Claims Court). Estos en realidad, como exponen Guido Santiago Tawil y Xavier Ruiz Colónba en un profundo estudio sobre los mismos ⁵⁰ no constituyen verdaderos tribunales especializados, sino, procedimientos especiales establecidos por normas estatales o acordadas ante los tribunales estatales

⁴⁹ "En Torno a los Tribunales de Menor Cuantía y el Acceso a la Justicia", Taboada Marcelo, LL., 1992 - D, p. 1254.-

⁵⁰ Ver LL, T 1988-C, p. 1009 y sics.-

ordinarios que procuran simplificar los trámites judiciales, particularmente en cuestiones de naturaleza civil de bajo monto.

Ohio y el Distrito Federal fueron respectivamente los primeros lugares de su implementación (1913 y 1938). Por ello, es importante resaltar que donde existe este tipo de procedimiento, el tribunal interviniente es una división o parte de un tribunal ordinario. El monto máximo que habilita la utilización de estos procedimientos varía de estado en estado oscilando entre ciento cincuenta y tres mil dólares aproximadamente, y solo procede cuando se reclama el pago de una suma de dinero, es decir no cabe ante peticiones de cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, ni de dar cuando no se trata de dar sumas de dinero.-

El objetivo esencial es reducir el tiempo y los costos del procedimiento civil ordinario, por esto se eliminó en la mayor parte de los estados la exigencia del patrocinio letrado. La oralidad rige el proceso, así como el informalismo y la simpleza al no requerirse mas trabajo que una breve descripción de los hechos a través del llenado de un formulario preimpreso. El demandado no requiere tampoco de una contestación formal, bastando su sola presencia ante el tribunal el día de la audiencia.-

Algunos estados eliminan la posibilidad de apelar, y otros lo limitan al demandado. No tratándose de Tribunales Especiales, los jueces intervinientes resultan los ordinarios a través de un sistema de turnos. Los jueces admiten todo tipo de pruebas vinculadas al proceso, y emiten sentencia - en algunos estados - al finalizar la audiencia, y en otros la decisión es conocida por correo.-

Están legitimados a iniciar estas acciones cualquier persona individual mayor de dieciocho años, encontrándose generalmente prohibidas las acciones llamadas de clase o masa. Es de destacarse, la gran colaboración que prestan los tribunales a los ciudadanos que deciden la utilización de este procedimiento, ayudándoles a completar los formularios y guiándolos respecto de los reclamos, además de estar a disposición de las personas folletos explicativos al respecto.-

Inglaterra y Escocia también cuentan con "small claims court" regidas por audiencias informales donde se puede exponer los casos personalmente o de ser necesario contar con asesoramiento de organismos oficiales. Tienen competencia limitada al monto del reclamo, y se encuentra expresamente vedado que el reclamo provenga de compañías, firmas o individuos en estricta relación con sus negocios. En principio no es necesario el patrocinio legal. Rige un procedimiento arbitral dado por la ley de arbitraje de 1950.⁵¹ -

En 1984 la República de Brasil dispuso la creación y funcionamiento de Juzgados Especiales de pequeñas causas que en dicho país poseen rango constitucional conforme lo expuesto en los arts. 24 punto X y 98 de la Constitución Federativa (ley 7244 del 7 de noviembre de 1984) El sistema que propone esta ley combina dos sistemas de solución de conflictos: 1) conciliación y arbitraje; y 2) prestación jurisdiccional específica.-

Una de las mayores innovaciones constituye la inexistencia de expedientes, limitándose la constancia procesal a una ficha donde se consigna el nombre de las partes, la esencia de la demanda, los actos del proceso y la sentencia. Las declaraciones testimoniales son grabadas.-

Las pericias no existen, ya que son reemplazadas por la inspección judicial o el requerimiento de informes técnicos, siendo otra característica a destacar la gratuidad en primera instancia del proceso.-

La estructura de la justicia de pequeñas causas brasilera se alinea tras el principio conciliatorio, al prever el funcionamiento de un Conciliador (preferentemente un bachiller en derecho) que es una auxiliar de la justicia y vale como multiplicador de la capacidad de trabajo del Juez. Si bien el Conciliador es un órgano extrajudicial, actúa bajo las órdenes del magistrado.-

⁵¹ Ver "Juzgado de Pequeñas Causas: Estudio Comparativo entre Brasil, Inglaterra, Australia, EUA y Canadá", María I. Resende Chaves, Katia M. de Souza Fialho, Cecilia M. Martins Antunes, Revista de Ciencia Política, volumen 33, mayo-julio 1990, Fundación Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.-

La solución alternativa, en caso de fracasar el Conciliador, es el arbitraje. Esta secuencia no es forzosa. Los árbitros son escogidos de entre los abogados indicados por la Orden de los abogados de Brasil, quedando autorizados los árbitros a decidir con equidad, ya que deben observar las mismas pautas del juez.-

La tercera alternativa es el juicio en sí, al que se llega si no se optó por el procedimiento arbitral. Se desarrolla en una audiencia ante el juez de Pequenas Causas donde se concentra la contestación oral o escrita de la demanda, se desarrolla la prueba, se deciden los incidentes que pudiera haberse planteado y se dicta sentencia.-

Las reclamaciones deben versar sobre derechos patrimoniales y no superar un monto determinado.

En Francia se han establecido en los ayuntamientos jueces conciliatorios no especializados en consumo y que por lo tanto pueden conocer en todo tipo de litigios, excepto en los de estado de las personas y aquellos dirigidos contra la administración.-

Las asociaciones de consumidores se encuentra facultadas para representar a estos en juicio por una ley de 1973.-

En España (Madrid y Barcelona) existe un sistema arbitral que fue previsto por la ley general de defensa de los consumidores. El sometimiento de las partes es voluntario y debe constar por escrito. El Tribunal arbitral está compuesto por un presidente representante de la administración pública elegidos por las partes litigantes entre tres funcionarios designados por el alcalde de la localidad, dos vocales pertenecientes a las asociaciones de consumidores y otro representante de las organizaciones empresariales. Los fallos arbitrales se dictan por mayoría de votos y hacen cosa juzgada.-

Bélgica posee un servicio especial que se sustancia ante el Tribunal de Comercio para tratar los problemas relativos con los consumidores y usuarios, rigiéndose a través de un procedimiento de conciliación.-

Australia posee tribunales de pequeñas reclamaciones instituidos por los estados federados. Están compuestos por árbitros (jueces) y secretarios. En algunos estados como Victoria los árbitros pueden ser abogados o legos, en otros como Western Australia solamente abogados. Casi todos duran siete años en sus funciones. Existen montos máximos de reclamo y los reclamos están reservados para consumidores, habiéndose agregado también conflictos entre inquilinos y propietarios. La representación por abogado está prohibida, salvo que las partes lo acordaran.-

El procedimiento tiende esencialmente a la conciliación. En caso de no obtenerse un acuerdo de partes la discreción del Juez en lo que hace al análisis del procedimiento es amplia. La sentencia no es apelable.-

En Canadá cada provincia ha instituido los tribunales de pequeñas causas. Están compuestos por jueces, y en muchos de ellos funcionan servicios de asesoramiento e información jurídica para los litigantes como en Estados Unidos. En este sentido Vancouver fue la primera provincia en establecer este tipo de prestación.-

Existe montos máximos de reclamo que oscilan entre cuatrocientos y mil dólares canadienses. Las causas mas comunes son las relacionadas con daños a vehículos. En algunas provincias de restringe la representación por abogado, encontrándose prohibida en Quebec. En general se aceptan todo tipo de pruebas. Existe una audiencia previa de conciliación, y luego en caso contrario, sustanciadas las pruebas, se dicta sentencia, la que puede ser apelada salvo en la provincia de Quebec.-

IV.2. La Justicia de menor cuantía en Argentina.

Antecedentes Nacionales. Saldo deudor del Poder Legislativo.

Uno de los primeros antecedentes patrios orgánicos de la justicia de menor cuantía lo encontramos en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 23 de enero de 1812. Este reglamento encomendaba la justicia de menor cuantía a los alcaldes pedáneos o de hermandad, quienes debían entender en demandas civiles que no excedieran del valor de cincuenta pesos, guardando lo esencial del juicio ⁵².

La federalización de la ciudad de Buenos Aires, nos trae la ley Nro. 1144 de 1881 que al organizar la administración de justicia establece la creación de alcaldes, jueces de paz, jueces de mercado, jueces letrados y Cámara de Apelaciones. El municipio se dividía en secciones a las que se adjudicaba un juez de paz titular y un suplente. Los Jueces letrados actuaban como tribunal de alzada de los jueces de paz.

Para ser juez solo se requería ser ciudadano mayor de edad, residir en la sección donde se actuaría y saber leer y escribir.

La ley Nro. 1893 estableció la existencia de un Juez de Paz con competencia restringida por el monto del litigio, en cada una de las dieciséis parroquias en que estaba dividido el municipio. Esta norma exigió que el Juez a cargo fuera letrado, recaudo que fue descartado posteriormente por la ley 2860 de 1891. ⁵³

A su vez, por la ley Nro. 3670 de 1898 se ampliaron el número de jueces de paz debido al enorme crecimiento que tuvo la ciudad de Buenos Aires a partir de 1870.

⁵² Piombo Oscar, "La Justicia de Paz en la Pcia. de Buenos Aires", Ed. del autor, 1942, p. 5., citado por Oteiza Eduardo, obra citada en nota (20).

⁵³ Al respecto ver la obra "De Justicia de Paz a Justicia en lo Civil", Salgado, AH J., LL, 1989-A-985.

En el año 1934 se dicta la ley 11.924 que crea jueces y camaristas de paz letrados. Esta ley establecía un régimen de rápida decisión, dejándose constancia de la demanda en el acto. El demandado debía contestar de la misma forma, y las partes debían concurrir a una audiencia junto con el juez, en la cual se ofrecían todas las pruebas de que intentaran valerse. La sentencia dictada era inapelable, salvo para los juicios mayores que eran recurribles en el lapso de 48 horas ante la Cámara de Paz. El proceso era verbal y actuado.

La ley 13.998 del 6 de octubre de 1950 determinó que los jueces de paz pasaran a llamarse jueces Nacionales de Paz de la Capital Federal, y posteriormente, por modificaciones del art. 32 del decreto 1285 la justicia de Paz se llamó Justicia Especial en lo Civil y Comercial. Finalmente, como es sabido, los tribunales especiales en lo Civil y Comercial fueron absorbidos - recientemente - por los del fuero Civil de la Capital.

Las sucesivas modificaciones y atribución de las mas diversas competencias a esta Justicia hizo que quedara desvirtuado la idea primigenia que se mantuvo hasta la ley 11.924. De esta manera desapareció la justicia vecinal o de menor cuantía que había regido desde la época del Virreynato.

No debemos dejar de mencionar, a fin de tener una acabada idea general del tema, que en el ámbito provincial muchas Constituciones como por ejemplo Salta, Córdoba, Buenos Aires, Mendoza, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja, han adoptado la Justicia de Paz como parte del Poder judicial local, debiendo destacarse que en muchos territorios del interior aún no ha podido implementarse el mandato constitucional.

Con el retorno a la vigencia de las instituciones republicanas, acontecido en el año 1983, fueron presentadas en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional gran cantidad de proyectos de ley tendientes a restablecer en el ámbito de la Capital Federal la justicia de menor cuantía o vecinal bajo el convencimiento que la misma podía convertirse en solución a los problemas del hombre común.

Desgraciadamente, a veinte años de aquella fecha, y a pesar - como expusimos - de los cuantiosos proyectos presentados, ninguno de ellos ha llegado a materializarse. Entendemos ilustrativo enumerar algunas iniciativas legislativas presentadas a partir del 10- 12-83. - La reforma Constitucional de 1994 al otorgar a la ciudad de Buenos Aires un status jurídico y político individual con facultades de legislación y jurisdicción desplazó en parte el eje del debate. Sin perjuicio de esto, la cuestión aún se adeuda a la sociedad Argentina. -

- 1) Exp. 0452-D-85. Creación de Juzgados Especiales de Pequeñas Causas. Firmante: Dip. Augusto Conte. -
- 2) Exp. 0325-S-86 (DAE 30). Restablecimiento de la Justicia de Paz de la Capital Federal creada por la ley 11.924. Firmantes: Senadores José Martiarena y Alfredo Benítez. -
- 3) Exp. 0053-PED-87. Creación de la Justicia Vecinal en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Dr. Raúl Alfonsín. -
- 4) Exp. 3132-D-88. Creación de la Justicia Nacional de Menor Cuantía (una Cámara Nacional de Apelaciones de Menor Cuantía y 15 Juzgados). Firmante: Dip. María C. Guzmán. -
- 6) Exp. 1579-D-89. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmantes: Norma Allegrone de Fonte; Roberto Irigoyen; Melchor Cruchaga; Carlos Silva; Nicolás Garay; José Canata; María F. Gomez Miranda; Cesar Loza; Santos Dávalos; Alberto Aramoni; Carlos Tomasella. -
- 7) Exp. 0438-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. (reproducción del Exp. 1579-D-89). -

- 8) Exp. 0430-S-90. Creación de la Justicia Nacional de Menor Cuantía en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Senador Juan Aguirre Lanari. (sancionada por Cámara de Senadores). -
- 9) Exp. 2702-D-91. Creación de los Juzgados Vecinales Letrados en el ámbito de la Capital Federal. Firmante: Diputado Carlos Mosca. -
- 10) Exp. 5129-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmantes: Diputado: J. Argüello y otros. -
- 11) Exp. 5595-D-91. Creación de la Justicia Vecinal de la Ciudad de Buenos Aires. Firmante: Diputada Gabriela Gonzalez Gass y otros. -
- 12) Exp. 1612-D-92. Creación de la Justicia de las Pequeñas Causas. Firmante: Diputado L. Maqueda y otros. -
- 13) Exp. 1376-S-92. Creación de 14 juzgados y una Cámara Vecinal en la Capital Federal para cuestiones de menor cuantía y con competencia en materia civil y comercial. Firmante: Senador José A. Romero Feris. -

Un estudio minucioso de los intentos legislativos descriptos nos lleva a concluir que los mismos, que nacieron de auténticas y urgentes necesidades sociales, no representan un análisis sistemático y profundo de las razones que reclaman la pronta instauración de una justicia de causas menores en el ámbito capitalino. Lo dicho puede, sin duda tomar de imposible aplicación muchos de los proyectos presentados. -

En este sentido, compartimos las ideas propuestas por muchos estudiosos del tema que han propugnado realizar experiencias piloto en el radio de la Capital Federal coordinadas por un conjunto de expertos en las distintas disciplinas aplicables, partiendo de los resultados

conocidos y de los antecedentes nacionales y extranjeros, que, por cierto, son muchos y variados.-

Desarrollada esta tarea investigativa, seguramente el diseño de la norma surgirá fluidamente con la precisión y solidez de la experiencia acumulada y con la garantía de un modelo judicial previamente probado.-

Considerando la especial situación por la que atraviesa la justicia, que clama desesperadamente por medidas que procuren restaurar la fe ciudadana perdida en la misma, sobre lo que nos explayáramos en puntos anteriores, y evaluando las necesidades de una comunidad donde la tensión diaria de los problemas genera un estado de irritación general que es percibido por todos, a punto tal, que muchas veces nos parece estar viviendo al límite de auténticas conmociones sociales, creemos que el Poder Legislativo tanto Federal como local se encuentra en deuda en este aspecto con la ciudad Capital por no haberle provisto de estas estructuras jurídicas tan necesarias para canalizar las vicisitudes diarias del hombre común.-

Capítulo V

Vías procesales como medio de prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo

V.1. La tutela de los Intereses Colectivos en el Derecho Comparado. El problema de la Legitimación.

A partir de la reforma de 1994, con la incorporación de los llamados Derechos de "tercera generación" o de la "solidaridad"³⁴, considerando tales principalmente a los contemplados en los artículos 41³⁵, 42 y 43 de la Constitución nacional; los derechos colectivos adquieren vital importancia en el esquema procesal constitucional. Considerando las características de este trabajo y su objeto — por encima de los problemas que plantean los interrogantes respecto a que son los bienes colectivos y porque necesitan protección jurídica — nos interesa abordar el problema de las distintas formas de tutela procesal.

V.2. Vías procesales generales: El amparo.

³⁴ Tal como los define Karol Vasck.

³⁵ "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

La acción de amparo como recurso rápido y eficaz para reparar derechos de protección constitucional cuando se ven ilegal o arbitrariamente violados o limitados por un acto de terceros nació pretorianamente en los años 1957 y 1958 y hoy se encuentra prevista en el artículo 43 de la Constitución reformada en 1994, aunque no ha sido aún reglamentada en su nuevo contexto no obstante su carácter operativo, a los efectos de posibilitar su aplicación en forma adecuada a las características establecidas por la reforma constitucional.

Dijo en "Siri" en 1957 nuestra Corte Suprema que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la carta fundamental relacionados con los derechos individuales, debía apartarse de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías comprendidas directamente en el habeas corpus.-

"Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consumo - decía por entonces el alto Tribunal - el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas..."-.

Al año siguiente, la Corte acogió por amparo el llamado caso "Kot" que entrañó la novedad de otorgar tutela contra actos lesivos de derechos constitucionales, cuando dichos actos emanaban de particulares.-

En un fallo con dos disidencias, la Corte hizo lugar a la acción de amparo en forma mas restrictiva que la vez anterior, limitación justificada por la calidad de particulares de los sujetos entre los que se trabó la litis. En este marco, se estableció que esta vía excepcional era procedente si la ilegitimidad de la restricción aparecía de modo manifiesto y en tanto las vías ordinarias causaran al justiciable un daño grave e irreparable.-

En 1966 se dictó la ley 16.986, que reguló el amparo contra actos estatales omitiendo la regulación contra actos cometidos por los particulares, a pesar que la Corte Suprema se había abocado a dicha cuestión en autos "Kot SRL". En 1968 el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 17.454, incorporó el amparo contra actos de particulares, regulándolo como un proceso sumarísimo y subsanando el error en que había incurrido la ley 16.986.

La acción de amparo ya tenía antecedentes en el derecho comparado dado que en otros países ya había sido regulada. En este sentido, México fue uno de los pioneros en esta materia, con antecedentes en las constituciones de 1824 y 1836. Pero es en la Constitución de 1917 donde se consagra el amparo como un instituto político social. En España el amparo fue incluido en la Constitución de 1978, siguiendo el texto constitucional de 1931.

Las pautas limitativas, que en principio se dictaron para evitar que los particulares obviaran las vías ordinarias tratando de solucionar sus conflictos a través de la vía sumarísima del amparo, fueron trasladadas a la ley 16.986 que a partir de 1966 reguló la acción de amparo cuando las lesiones a derechos constitucionales provinieran de autoridad pública, actitud que - como bien señala Rosales Cuello - implicó una distorsión de la figura inicial.

La doctrina en general criticó duramente la ley 16.986 por considerar que hería de muerte al amparo. Genaro Carrió expresó en forma elocuente: "las limitaciones de fondo establecidas por ley contra la esfera de procedencia del amparo, unidas a la grave limitación de fondo resultante del régimen de apelación establecido por la primera respecto del segundo, hicieron del juicio de amparo una institución inadecuada. Las esperanzas que hizo nacer la Corte con la fundamental contribución a la reforzada protección de los derechos humanos que se derivaba de la doctrina de Siri y Kot se perdieron en el vacío de una ley dictada con el propósito de consagrar definitivamente la nueva vía de protección...".

Nestor Sagües, refiriéndose a la ley 16.986 opinó: "aunque con aciertos, es castrativa del amparo en algunos aspectos y deficiente en la regulación del instituto en otros. Ello justifica su re-examen en procura de una normatividad que no retase el amparo...".-

Es evidente que una interpretación estricta del artículo 2 de la ley de amparo vigente torna muy dificultoso el acceso a la justicia a través del amparo, violándose de esta manera el principio de supremacía constitucional al impedirse en muchos casos que se hagan efectivos los derechos constitucionales.-

No obstante esto, la interpretación jurisprudencial atemperó paulatinamente el rigorismo señalado permitiendo recobrar al amparo la auténtica dimensión garantista que tuvo en sus orígenes.-

Evidentemente, la reforma constitucional que dio origen a la recepción expresa del amparo en su texto según la redacción del nuevo artículo 43 ha querido al menos disipar toda duda acerca que el mismo procede contra toda violación a un derecho, se origine en la Constitución, en los tratados internacionales o sea consecuencia de su reglamentación.

Tal es lo que surge del artículo mencionado al referirse a derechos nacidos de un tratado o una ley. Esta ha sido una de las más importantes novedades de la nueva tutela constitucional y pone fin a la disputa doctrinaria con respecto a si por vía del amparo se podían tutelar derechos que no encontraban apoyo inmediato en la Constitución, haciendo operativa toda la legalidad que emana de la Constitución.-

Asimismo, en este orden de ideas que implica abarcar todo el espectro de legalidad constitucional, entendemos que en tanto el acto sea manifiestamente ilegal debe abrirse el amparo para la cobertura no solo de derechos nacidos de la Constitución,

las leyes o los tratados, sino también de decretos, resoluciones u ordenanzas, ya que el término ley debe ser considerado en sentido material y no formal.-

Por otro lado, el artículo 43 al decir que podrán interponer la acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines ha ampliado considerablemente la legitimación procesal activa conforme viéramos en puntos anteriores de este trabajo. En este sentido hay que apuntar que - según la reforma - cualquier situación que traspase los límites de lo meramente individual deberá ser admitida por la vía del amparo en razón de la fórmula genérica: "... así como los derechos de incidencia colectiva, en general...".

Por consiguiente, tanto los derechos difusos, es decir aquellos de naturaleza indivisible que pertenecen a personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho, como los colectivos, aquellos indivisibles que pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas por una relación jurídica encuentran clara protección a partir de la reforma constitucional.-

A partir de aquí se ha dado legitimación al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que se registren conforme a la ley, conjugándose un sistema amplio en favor de la tutela de los derechos colectivos. Por supuesto que, a la luz de la nueva letra constitucional el afectado no es cualquier persona como ya analizamos, ya que no se consagra una acción popular sino que se convierte en quien titulariza su porción subjetiva en aquellos derechos transindividuales que al afectarse su cuota personal por el acto impugnado actúa en defensa subjetiva de la misma a la vez que en defensa objetiva del derecho colectivo.-

Debemos tener presente también que la Constitución ha querido que la normativa a la cual deben sujetarse las instituciones intermedias para encontrar legitimación sea

equilibrada y prudente, sin exagerar las condiciones que se les impongan a efectos de no frustrar en forma indirecta el mandato constitucional.

Otro aspecto relevante del instituto es el referido al control de constitucionalidad en el amparo. De acuerdo al artículo 2, inciso d) de la ley aún vigente la acción es inadmisibile cuando la determinación de la eventual validez del acto requiere de la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

Esta disposición tuvo una interpretación variable en la jurisprudencia. En el año 1967 la Corte en el caso "Outón" estableció que dicha norma, si bien era un principio general, no era absoluta, declarándose en ese caso la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Este criterio no fue homogéneo en el ámbito del tribunal, pero prevaleció finalmente en los casos "Arenzon" y "Peralta".

El artículo 43 de la Constitución acoge la postura amplia al decir "que en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Esta reforma incorpora la facultad-deber de los jueces de asumir el control de constitucionalidad.

Se positiviza así una nueva vía procesal para el control de constitucionalidad por vía de acción, lo que no debe ser confundido con acción pura o abstracta de inconstitucionalidad ya que el control operará en un caso concreto. Lógicamente la inconstitucionalidad de la norma deberá ser manifiesta ya que si la cuestión requiere mayor debate esta vía será inadecuada para esa declaración sobre todo si consideramos la presunción de legitimidad de que gozan las normas y actos estatales.

La redacción que la Constitución a dado al artículo 43 en lo referente al control de constitucionalidad abre una puerta para revertir la doctrina autolimitativa de la Corte que establece que la inconstitucionalidad procede en tanto haya petición de parte ya que dicho

artículo no expresa que la misma queda condicionada a que exista tal petición lo que permite inferir que dicha facultad queda librada a la discrecionalidad judicial

V.3. Vías procesales generales: La acción popular.

Manrique Jiménez Mesa⁵⁶ define la acción popular y su naturaleza jurídica, explicando que se trata de una "*acción uti cives*", esto es una acción para todos los ciudadanos nacionales y extranjeros; sean personas físicas o jurídicas.

Al recaer el derecho de accionar jurisdiccionalmente en la amplia generalidad ciudadana la derivación del ejercicio de ese derecho viene dado en forma directa e inmediata del mismo ordenamiento jurídico, sin que sea requisito necesario la afectación previa individualizable de quien plantea la acción. De allí que se plantea una relación de confianza entre el ordenamiento jurídico y el amplio panorama ciudadano. La acción popular en cuanto tal, eleva por sí el ejercicio de un derecho subjetivo público, el que a su vez debe ser acompañado de las mismas garantías procesales y materiales del debido proceso.

A su vez reconoce que la acción popular tiene sus propios límites materiales y procesales que son: a) es indispensable que el ordenamiento jurídico sea la causa existencial; esto es que del mismo provenga y permita la acción popular; b) que el potencial actor tenga capacidad jurídica, según dicho ordenamiento; c) es requisito que en el mismo ordenamiento se establezca el ámbito material y sustancial para el ejercicio de tal acción y d) debe existir la violación pública o privada a un bien jurídico tutelado por dicho Ordenamiento en forma objetiva.

Según el autor costarricense (en cuyo ordenamiento jurídico está prevista la acción popular) el ejercicio de esta acción no es óbice a la interposición de una acción individual por lesión subjetiva a un derecho, lo que el llama "*acción correlativa*". Se

⁵⁶ Manrique Jiménez Mesa, ob.cit. p.224 y ss.

pueden interponer simultáneamente, la acción popular y la acción subjetiva. La simultaneidad procesal en modo alguno invalida una acción respecto de la otra, toda vez que ambas tienen causas e implicaciones diferentes, aunque no significa por ello que sean contrapuestas y excluyentes.

Veamos un ejemplo. Un sujeto ejercita la acción popular en defensa de bienes de valor histórico que considera que pueden ser destruidos y - simultáneamente - inicia una acción subjetiva como vecino afectado, con el reclamo de daños y perjuicios en su favor.

En la causa "*L. Rodríguez s/ acción de tutela. Procedencia*", sentencia del 3-3-95; la Corte Constitucional de Colombia establece que "*de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento de protección de los derechos constitucionales fundamentales que toda persona puede utilizar para la protección inmediata de esos derechos, cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que establece la ley, y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es decir, que efectivamente son dos las circunstancias que permiten la procedibilidad de la acción de tutela: a) Que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial contra la acción y omisión que da lugar a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de que se trate; y b) Que disponiendo de otro medio de defensa judicial, se esté, ante la presencia de un perjuicio irremediable por la vulneración o amenaza de los citados derechos*".

En Colombia, con la acción de tutela, se protegen los derechos constitucionales fundamentales. Se consagra la acción de tutela como una garantía de jerarquía constitucional, a la cual se le definen sus elementos esenciales con el fin de prevenir, en su desarrollo legal, su desnaturalización, su limitación en sus alcances y

su inoperancia. Como mecanismo subsidiario y residual, sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa. No tiene el carácter de instancia adicional en la controversia de los derechos que ya han sido definidos judicialmente, como sí ocurre con el amparo.

En un fallo de la CN Federal Contencioso-administrativo "*Gambier Beltrán c/Estado nacional*"⁵⁷, se estableció que "la acción de amparo deducida en la condición de ciudadano, a fin de que se ordene al Poder legislativo la integración de la Comisión Bicameral Permanente que prevé el artículo 99, inciso 3 de la Constitución nacional por ser la omisión arbitraria e ilegal debe ser desestimada por no alegarse un derecho o interés propio con protección jurisdiccional". Asimismo se argumentó que el recurso de apelación articulado en este caso debía ser rechazado pues su fundamento en razón del interés que ostenta todo ciudadano argentino para promover acciones de esta naturaleza se aparta del criterio reiteradamente sostenido por la Corte. Según nuestra doctrina jurisprudencial, el poder judicial solo puede intervenir para resolver conflicto entre partes a efectos de determinar el derecho debatido entre las partes adversas, con motivo de un daño provocado por la conducta del oponente. De tomar procedente esta acción, estaríamos consagrando una tutela que el constituyente no previó en el texto constitucional, una suerte de "acción popular".

Jiménez⁵⁸ al comentar la sentencia difiere con lo resuelto. Luego de explicar los fundamentos de los derechos de tercera generación; entre los que considera el derecho de participación política en procura de la defensa de las instituciones; sostiene que sin duda estamos ante una profunda crisis de representatividad. Por lo tanto - explica - a) tenemos el derecho (a la eficiencia y regularidad del sistema constitucional); b) también hay partes adversas, un ciudadano y los legisladores que han cometido inconstitucionalidad por omisión; c) hay daño efectivo provocado por la conducta del oponente (el agravio social que implica un patente

⁵⁷ "*Gambier, Beltrán c/ Estado nacional*", Cámara Nacional Fed. Contencioso-administrativo, sentencia 13/10/98.

⁵⁸ Véase comentario al fallo de Jiménez, Eduardo P. en su artículo titulado "El alcance de la legitimación para interponer acción de amparo en calidad de ciudadano de la república", L.L. Suplemento de Derecho Constitucional, 28 de mayo de 1999.

funcionamiento irregular del congreso que en cuatro años no legisló tal como debía hacerlo); d) la omisión por parte del congreso le impidió al ciudadano el reconocimiento de un derecho propio; e) en consecuencia es una acción incoada en defensa de los derechos humanos de tercera generación. El impetrante solo pretendía actuar en defensa de la legalidad constitucional. Concluyendo que *"Quizá debiésemos señalar en este punto, que cuando se trata de promover acciones populares (que personalmente sólo consideramos admisibles en materia de derechos humanos de tercera generación), no se puede señalar que la ilegalidad se desvincula del perjuicio, ya que el perjuicio es aquí social, y por eso nos involucra a todos"*

V.4. Vías procesales generales: Las Acciones de Clase.

Las acciones por "clase de personas", como las denomina Cueto Rúa³⁹ son un típico instituto del *common law*, puesto que surgen en los Estados Unidos como consecuencia de los problemas acaecidos en las décadas de los años 50 y 60 para poner límites a la discriminación racial y para brindar protección jurídica a los ciudadanos de raza negra asegurando así sus derechos individuales. Más recientemente, aún, en las décadas de los años 70 y 80 para proteger a los consumidores frente a los riesgos originados como consecuencia de la producción industrial masiva y para cuidar a la población de los agentes contaminantes del medio ambiente.

Sin embargo su origen es mucho más remoto. Encontramos un interesante antecedente en la Inglaterra del siglo XVII en que se desarrolló el denominado "*bill of peace*", cuando en el caso "*Adair v. New River Co.*", de 1805, se crea una suerte de remedio procesal que permitía al tribunal de equidad ("*equity court*") entender en una acción promovida ya sea por representantes de un grupo o contra representantes de un grupo, si la parte actora podía acreditar que la cantidad de personas involucradas revestía tal importancia que hacía imposible o impracticable la

acumulación de todas las acciones o la de todas las defensas ; si todos los integrantes del grupo tenían un interés común en la materia sometida a decisión judicial ; y además si los representantes del caso lo hacían adecuadamente con los ausentes.

Si bien en el siglo XIX las acciones de clase estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad, en el siglo XX existe un punto clave en las llamadas "*class action*"⁶⁰. En 1938 se sanciona en los Estados Unidos la Regla 23 de procedimiento de justicia federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. Sin embargo esta regla no resolvía algunos problemas, como por ejemplo el caso de los efectos de la sentencia para quienes no integraban la litis, lo que fue posterior y parcialmente solucionado al actualizarse la Regla 23 en 1966.

A partir de ese momento, su utilización ha ido "*in crescendo*", lo que ha generado una importante disputa doctrinaria, mientras que para algunos es considerado uno de los recursos procesales de mayor utilidad; para otros constituyen una legitimación del "Chantaje"⁶¹.

Owen Fiss⁶² justifica estas acciones en razón a los fines sociales que persiguen, pero afirma que "*ello no implica dejar de reconocer que estamos ante una forma no demasiado apropiada de representación*". Resultaría un error -aclara el autor- ignorar que se opone a valores individualistas "*Los valores individualistas que las acciones de clase cuestionan resultan rasgos persistentes y muy profundos de*

⁶⁰ Cuello Ruia, Julio "La acción por clase de personas", L.L. 1988-C p.952 y ss.

⁶¹ Bianchi Alberto B., "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala", Revista Argentina del Régimen de la Administración pública (RAP), abril de 1998; Año XX, n° 335; p. 19-20.

⁶² Fuertemente criticadas por Miller, Arthur en "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, reality and the class Actions Problemis", en 92 Harvard Law Review 664, 1992. Sin embargo uno de los Tratados de Derecho civil más importantes de los EEUU; escrito en 1966 "Federal Practice and procedure" de Wright, Miller y Kane, dedican los tomos 7A y 7B, más de 100 páginas a las class actions.

Ampliar de Bianchi Alberto B. Ob.cit. notas n° 44 y 45; p.20.

nuestro derecho, tal vez de todo derecho, y para bien o para mal, siempre van a ejercer una influencia restrictiva en la gran tentación de los reformadores sociales que se encuentran entre nosotros de crear agrupamientos colectivos que sirvan a sus fines"

El caso "*Brown v. Board of Education*"⁶³ a través del cual la Corte Suprema de los Estados Unidos modificó el concepto de "discriminación racial" cuyos alcances estaban dados hasta el momento (1954) por la doctrina de "*Separados pero iguales*" establecida en "*Plessy v. Ferguson*"⁶⁴ implicó la legitimación de la parte actora para representar sus intereses y la de los demás estudiantes de raza negra, lo que se constituyó sin duda una típica acción de clase. Es a partir de dicho fallo que quien se considere representante de una clase puede accionar en nombre propio y en el de su clase.

El ejercicio de una acción procesal en representación de una clase o categoría simplifica el alcance de la justicia aplicativa. Por lo general, la suma de las afectaciones ocasionadas por una misma situación de hecho o de derecho, hace que el daño global sea de cuantificación considerable y de mayor envergadura que si se hiciera de manera individual y separada.

Sin embargo no es tan sencillo plantear la representación en nombre de otros. La citada Regla 23 prevé algunas pautas tendientes a limitar los alcances de dichas acciones. Meritua que en caso de plantearse una "*class actions*" el tribunal deberá dirigir a los miembros de la clase "la mejor notificación posible, según el caso" - Regla 23.b. (3). Esta norma apunta a permitir que cualquier miembro de la clase renuncie a su participación en el litigio o que pueda iniciar una acción individual. Esto implicaría que los efectos de la sentencia no alcanzarían al miembro renunciante.

⁶³ Fiss Owen "La teoría política de las acciones de clase", (Traducción: Roberto Gargarella); Revista Jurídica de la Universidad de Palermo; Abril de 1996; p.11 -12

⁶⁴ 347 U.S. 483 (1954). Ver comentarios de: Miller Jonathan, Getit María Angélica y Cayuso Susana "Constitución y Derechos humanos", Astrea, Tomo 2, p.1554

Si bien en la Regla 23 a) se establecen los requisitos⁶⁴ para que proceda la acción de clase, es responsabilidad del juez, decidir acerca de quienes han promovido la demanda; su aptitud y responsabilidad. No olvidemos que en muchos casos es una especie de "automandato", puesto que en general los miembros de la clase muchas veces jamás han visto ni conocido a su representante.

El derecho argentino no parece haber acogido este instituto. Desde la doctrina es un tema que se ha trabajado muy poco, con excepción de los autores citados en las notas. Desde la jurisprudencia ocurre algo similar.

Nuestro texto constitucional introdujo a partir de la reforma de 1994 en el artículo 43, segundo párrafo el amparo colectivo, legitimando claramente para iniciar dicha acción a *"el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley la que determinará los requisitos y formas de su organización"*.

Más allá del análisis posterior que realizaremos de la norma, no parece que hubiera estado en el espíritu del constituyente incorporar un instituto prácticamente desconocido para nuestro derecho.

Sin embargo Quiroga Lavie⁶⁶ al interpretar el significado de "afectado" en el 2º párrafo del artículo 43 dice *"... en el debate se sostuvo que la legitimación del titular del derecho afectado ya se encontraba regulada en el 1º apartado del artículo 43 (amparo de los derechos individuales). La apreciación es correcta; pero ocurre que habiendo incluido esta legitimación - la del afectado en el segundo párrafo, debe*

⁶⁴ 163 US537 (1896)

⁶⁵ Regla 23: (a) Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas. Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos solo si:

(1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable. (2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase. (3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y (4) las partes representadas protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

⁶⁶ Quiroga Lavie, Humberto "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Tercera Edición, Zavalla, Buenos Aires 1996, p.256

entenderse que la regulación constitucional no está reiterando una norma... dicha expresión está institucionalizando la "acción de clase" en nuestro texto constitucional".

No compartimos esta afirmación del distinguido constitucionalista y coincidimos con Bianchi⁶⁷ cuando explica que resulta difícil establecer la conveniencia de adoptar para la Argentina las acciones de clase por las diferencias de variado orden que existen en los dos grandes sistemas jurídicos occidentales. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos nos dice claramente que una de las primeras cuestiones que el juez verifica es si el o los representantes de la acción de clase están en condiciones operativas de llevar adelante el proceso. De modo que es necesario montar una organización profesional ad-hoc; si no la acción de clase podría fracasar. *"Paralelamente el juez que interviene deja de desempeñar el papel que le asignan tradicionalmente nuestras leyes procesales para convertirse en el administrador de un sistema complejo que le exige adoptar decisiones no necesariamente jurídicas, para lo cual la estructura de nuestros tribunales no está preparada".*

Sin perjuicio de lo expuesto, entendemos que si bien el instituto no encuentra recepción constitucional expresa, esto no constituye óbice para su posible creación legislativa futura en la medida que nuestro sistema de administración de justicia se encuentre preparado para abordar y afrontar con eficiencia este instituto procesal.

V.5. Vías procesales específicas: La injonction de hacer. Una acción procesal imaginativa.

El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma es reconocida en muchos de los países del mundo, los cuales - además - han implementado mecanismos procesales especiales y

⁶⁷ Bianchi, Alberto B. *op. cit.* P.35

juzgados propios para la dilucidación y solución de la gran cantidad de conflictos que se generan.-

En este sentido, no podemos dejar de admitir, que la ausencia de Juzgados destinados especialmente a intervenir en este tipo de causas constituye un obstáculo para la preservación y defensa del derecho del consumidor. Sin embargo, existen variados mecanismos alternativos, procesales y jurisdiccionales que - vigentes en otros países occidentales - juegan un papel relevante en la estructura diseñada para amparar a los usuarios y consumidores.-

Dentro de las acciones procesales especiales que no requieren de una justicia especializada, pero que resultan muy útiles y provechosas a los fines de la defensa de los consumidores, encontramos la denominada "injonction de hacer" (que solamente a los fines didácticos traduciremos como obligación de hacer) pensada para contribuir a la solución de los pequeños litigios.-

Este procedimiento surgió en Francia en 1980 a propuesta del Instituto Nacional del Consumo, como desprendimiento y derivación de la "injonction de pagar" prevista en los arts. 1405 y siguientes del Código Civil Francés. La propuesta fue concretada en 1984, y puesta en vigor a partir del 1 de enero de 1989 (decreto Nro. 88-209 del 4 de marzo de 1988) a través de la modificación del Código Procesal.-

Este instituto procesal que apunta principalmente a los litigios en materia de consumo (aunque no es excluyente) se otorga por el Juez en la medida que se encuentren reunidos ciertas condiciones materiales para su libramiento:

- 1) Debe existir un contrato que tenga por objeto una obligación de hacer ya que no compete a esta acción la obligación de no hacer o la de dar una suma de dinero (ej. entrega de cosas muebles o prestación de un servicio (no es necesario que sea un contrato de consumo);
- 2) debe darse la posibilidad de la ejecución in natura de la prestación contractual, es decir que la obligación de hacer debe ser posible (ej. limpieza de alguna cosa; reemplazo de piezas o

entrega de bienes) :

- 3) el contrato no debe sobrepasar de un valor máximo y;
- 4) no debe haber sido acordado entre sujetos ambos comerciantes (se excluyen de este procedimiento los casos concluidos entre personas que posean ambos la calidad de comerciantes). -

Reunidos los requisitos esenciales enumerados precedentemente, el procedimiento es sencillo. La demanda es escrita y presentada por el reclamante en forma personal, por apoderado o - incluso - enviada por correo, sin requerirse como condición de viabilidad el patrocinio profesional. -

La ausencia de abogado en la mayoría de los casos ha indicado según los estudios una notable desventaja para el consumidor ante una instancia eminentemente técnica, razón por la cual se ha propuesto la posibilidad de incluir la legitimación de las asociaciones de consumidores para representar al individuo ⁶⁸ -

Además de los datos identificatorios de las partes, la demanda exige que se precise la naturaleza de la obligación cuya ejecución se persigue. El valor de la demanda debe ser expuesto o surgir de la misma para fundar la competencia del Tribunal. Asimismo el escrito de interposición debe ir acompañado de todos los elementos de prueba que posea el reclamante. -

Si la demanda, aparece "prima facie" con fundamento fáctico y legal, el juez emite una orden que contiene la "injonction de hacer". Esta orden no constituye un título ejecutivo ni es susceptible de apelación, y se libra sin conocimiento del demandado. Simplemente el Juzgador ordena la obligación, el modo de ejecución y el plazo de cumplimiento. -

⁶⁸ Al respecto ver el trabajo del procesalista griego Vassili Christianos, "Injonction de Hacer y Protección judicial del Consumidor", publicado en "Derecho del Consumidor", Stiglitz, Gabriel, Tomo 3, pag 19 y siguientes, y en "Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios" p. 343. -

Asimismo, se fija una fecha de audiencia pública para decidir la cuestión la que no se celebra si previamente a la misma el demandado comunica al Tribunal que da cumplimiento a la "injonction de hacer" en tiempo y forma.

Lo dicho hasta aquí refleja que este procedimiento especial se encuentra dividido en dos fases o etapas. En la primera la actuación se sustancia sin el conocimiento ni intervención del demandado, el que solo es compelido por el juez al cumplimiento de la obligación. La segunda acontece solo si el accionado formula oposición a la orden por entenderla injustificada. En este caso el litigio se dirige conforme los principios clásicos del proceso contradictorio.

Evidentemente, no se concibe que el demandado no dé cumplimiento a la acción si no ha satisfecho debidamente la obligación, ya que de continuar el proceso según lo previsto, el encarecimiento del juicio para él sería notorio con el mismo resultado.

Rigen el procedimiento los principios de celeridad, sencillez administrativa, oralidad y acercamiento de las partes. La demanda por ejemplo es notificada a través de carta certificada por el Secretario del Tribunal. Si el demandado se presenta ante el Tribunal cuestionando la orden en la audiencia fijada, la que es oral, se procura un acercamiento y conciliación de los oponentes. En caso que el acuerdo tenga éxito las constancias de la audiencia valen como título ejecutivo, en caso contrario el tribunal en la ausencia dicta sentencia teniendo en cuenta las pruebas aportadas por la parte actora y las defensas y excepciones planteadas por la demandada, imponiendo las costas.

El instituto procesal francés que hemos descripto constituye ciertamente una innovación para el tratamiento de litigios relacionados con los problemas del consumo, y se asemeja en mucho a los procedimientos que rigen en otros países en materia de pequeñas causas.

No podemos desconocer que la implementación en la sociedad de una adecuada prestación por parte del Estado del servicio de Justicia, depende en forma relevante de las posibilidades presupuestarias del mismo. Estamos convencidos de la necesidad de implementar en la

castigada atmósfera de la Capital Federal tribunales especiales preparados para solucionar ágilmente los problemas diarios de los consumidores, o retomar a la justicia de menor cuantía, tal como lo fueron, los primitivos Juzgados de Paz de la Capital.

Sin perjuicio de lo dicho, existen en el mundo muchas formas de hacer realidad la debida protección al consumidor de bienes y servicios, y la "injunction de hacer" es un buen ejemplo de como, a través de procedimientos imaginativos, que pueden ser aplicados por tribunales comunes, es decir sin necesidad de modificar estructuras jurisdiccionales, se puede poner en vigencia efectiva los derechos que la normativa confiere.

Capítulo VI

La cuestión procesal y sustancial a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional.

VI.1. ¿Cuál es hoy el alcance de la legitimación activa en el amparo?

La reforma de 1994 incorporó expresamente al texto constitucional un conjunto de tres garantías: el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data. La primera de las garantías incorporadas ya se encontraba implícita en la constitución histórica de 1853-1860 (cfr. art. 18 CN) y a raíz de ello mereció un profundo desarrollo jurisprudencial. Como vimos el amparo vio la luz en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su creación pretoriana por la Corte Suprema de Justicia en los célebres casos "Siri"⁶⁹ y "Kot"⁷⁰.

Con la ley 16.986 reglamentaria de la acción de amparo se continuó el ciclo abierto por la Corte algunos años atrás en la institucionalización de la garantía. Para parte de la doctrina, la sanción de dicha ley vino a disminuir el alcance del amparo -al punto de ser calificada como "ley de desamparo"⁷¹- al restringirse su procedencia.⁷²

⁶⁹ LA LEY, Tomo 89, p. 532. En donde se trató ante la Justicia en lo Penal la clausura por autoridad policial de la provincia de Buenos Aires, del diario "Mercedes", invocándose la violación de los derechos de imprenta y trabajo consagrados en la Constitución Nacional.

⁷⁰ LA LEY, Tomo 92, p. 632. En el caso se resolvió la ocupación de una fábrica textil a causa de un conflicto laboral entre patronos y obreros.

⁷¹ QUIROGA LAVIE, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina*, Zavalla, Buenos Aires, tercera edición, ps. 233/234.

⁷² Ver GORDILLO, Agustín, *Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*, publicado en "La Ley", Tomo 1995-E, p. 988.



En los años que siguieron se fue imponiendo, con fundamento en la ley citada, una jurisprudencia limitativa que exigía entre otros recaudos la inexistencia de otra vía administrativa o judicial para defender el derecho, la gravedad o irreparabilidad del daño, el carácter manifiesto de la lesión a la garantía constitucional, la imposibilidad de pedir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, etc.

La incorporación del hábeas data, por el contrario, es todo un gesto innovador del constituyente. Nuestro derecho positivo apenas si tenía noticias -sólo el derecho público provincial aportaba algunas nociones- de esta garantía.

La constitucionalización de las citadas garantías es un paso más hacia el perfeccionamiento de los mecanismos de protección con que cuenta nuestro sistema de derechos. Sin aquellos mecanismos, los derechos reconocidos no sólo por la Constitución sino por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc.22), corren el riesgo de convertirse en simples fórmulas declarativas sin mayor eficacia jurídica. Como reza el conocido aforismo anglosajón "There is no remedy There is no right".

Por lo expuesto, consideramos conveniente profundizar especialmente en este trabajo uno de los aspectos más sensibles y decisivos a los mecanismos de protección: la legitimación activa. Pero dado los límites que nos hemos impuesto, sólo nos concentraremos aquí en la acción de amparo.

La amplitud admitida aquí a la legitimación procesal activa va afectar, de manera esencial, el alcance otorgado a la protección. El derecho de acceso a la jurisdicción posee un protagonismo esencial. Ello en virtud que mediante la admisión del amparo el justiciable tiene una herramienta más para construir la defensa de sus derechos.

Por consiguiente debemos preguntarnos hasta que punto una visión restrictiva sobre quienes ostentan la titularidad de la acción de amparo puede llegar a lesionar una garantía constitucional fundamental como la que protege el acceso a la justicia.

Fuera de la redacción dada por cualquier fórmula constitucional o infraconstitucional, el alcance de la protección va a depender mas que nada de la interpretación que se haga del término "afectado" o "persona". En esta línea argumental existen primariamente dos interpretaciones posibles.

Una "interpretación restrictiva" donde los términos aludidos son entendidos como referentes al titular de un derecho subjetivo, de características particulares y excluyentes vinculado de forma directa e inmediata al acto lesivo. O bien, una "interpretación amplia" donde "afectado" y "persona" son tenidos no tanto como titulares de un derecho subjetivo, sino como anudados a un interés general, compartido y colectivo vinculado de forma refleja y mediata al acto lesivo.⁷³

En este segundo caso, el acceso a la jurisdicción mediante la acción de amparo se apoya en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun sin resultar "dueños" de un derecho subjetivo, acreditan un "interés" importante que actúa de soporte para la legitimación.⁷⁴

Según nos refiere GORDILLO⁷⁵, ya en el siglo pasado se distinguía el "derecho subjetivo" propiamente dicho o primitivo -propiedad, libertad, etc.- del todavía no reconocido por la autoridad pública el cual era llamado interés o "derecho en

⁷³ Esta postura es seguida, entre otros, por BIDART CAMPOS para quien la legitimación activa para deducir la acción de amparo debe depararse y reconocerse a todo aquél (o aquéllos) que constitucionalmente ostentan y articulan una pretensión exigida de la preinara tutelar que justifica al proceso amparista (*Tratado Elemental del derecho constitucional argentino*, Editorial Edier, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 767).

⁷⁴ Ver GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Legitimación para actuar en el juicio de amparo*, publicado en "La Ley", Tomo 1994-C, p. 970.

⁷⁵ GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Biblioteca Jurídica Dike - Fundación de Derecho Administrativo, Bogotá, 1998, Cap. II, p. II-1.

expectativa". Este último, dependía para su nacimiento de un acto de la administración. Recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.

De esta forma, en derecho administrativo, toma cuerpo la distinción entre derecho subjetivo (con plena tutela administrativa y judicial) e interés legítimo, del cual se sostendrá -durante más de un siglo- que a veces tiene tutela judicial en los sistemas denominados contencioso administrativos, pero no la tiene en sistemas de tipo judicial.

Así MARIENHOFF⁷⁶ defendió esta última postura argumentando que quien carece de un interés o de un derecho "propio, personal y directo", esto es de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tiene "legitimación" (*legitimatio ad causam activa*) para actuar ante la justicia judicial ya que sólo es titular o portador de un "interés simple" insuficiente de suyo para actuar en ese ámbito jurídico, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante.

Sobre el debate planteado BIDART CAMPOS⁷⁷ sustenta que no vale ya categorizar casilleros comunicados como los de derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, intereses difusos y recluir el amparo solamente para cobertura del compartimiento estricto y rígido de los derechos subjetivos. En el mismo sentido se expresa el maestro español GARCÍA DE ENTERRIA⁷⁸:

"si el ciudadano únicamente pudiera disponer de la proyección de su potestad jurídica para imponer a la Administración Pública la sujeción al ordenamiento jurídico en aquellos supuestos encuadrados dentro de la dinámica del derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares, aun en la hipótesis en que estos se vean perjudicados".

⁷⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *La acción popular*, publicado en "La Ley", Tomo 1993-D, p. 683.

⁷⁷ BIDART CAMPOS German, *Tratado (...)*, Op. Cit., Tomo I, p. 707.

⁷⁸ Citado por GRECCO, Carlos, *Legitimación contencioso-administrativa y tutela judicial del interés legítimo*, publicado en "La Ley", Tomo 1981-C, p. 878.

Como vemos, no existe acuerdo en la doctrina acerca de cómo opera la legitimación activa en la acción de amparo. Un criterio determinante pareciera ser la definición del interés que vincula al afectado. Dicho interés puede ser "legítimo" y representar sólo a quienes exhiben un derecho subjetivo; "difuso" involucrando a un grupo o conjunto de personas identificadas por un derecho colectivo; o bien "simple" haciendo visible la mayor apertura desde el momento que cualquier persona invocando este carácter puede exigir la protección judicial de los derechos.

Pero más allá del acuerdo a que se llegue sobre el contenido y el alcance de cada una de las categorías de intereses enunciadas, creemos que no se debe perder de vista, en cualquier interpretación que se intente, el hecho cardinal de que podría llegar a afectarse el acceso del justiciable a la jurisdicción. Si de determinar pautas de interpretación se trata, nos parece que en la prohibición de violar dicha garantía constitucional encontramos un límite infranqueable.

Teniendo presente la línea argumental expuesta nos avocaremos a continuación al estudio en particular de la legitimación activa en el amparo según surge de la fórmula constitucional desarrollada en el artículo 43.

VI.2. La cuestión en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

El artículo 43 propone una fórmula que replantea todo el debate desarrollado hasta 1994 sobre el alcance de la legitimación activa en el amparo. Antes de la última reforma constitucional doctrina y jurisprudencia discutían - entre las condiciones de admisibilidad del amparo - quienes estaban legitimados para interponerlo.

La corriente dominante -vigorizada como ya fuera dicho desde la sanción de la ley 19.986- circunscribía la aplicación de la garantía que tratamos casi con exclusividad a la defensa de un derecho subjetivo simbolizado en la figura de un "interés legítimo", en virtud que se entendía al amparo como una acción "excepcional", "subsidiaria",

"especial" o "secundaria". La defensa de estos conceptos fue minuciosamente seguida por la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias. Así el Alto Tribunal sostuvo que la existencia de procedimientos para la tutela del derecho que se dice vulnerado basta para el rechazo de la acción de amparo.⁷⁹

La posibilidad que, mediante el amparo se pudiera lograr la tutela de "intereses difusos" relacionados, por ejemplo, con la protección del medio ambiente resultaba excluida y en algunos autores radicalmente rechazada. Es el caso de **MARIENHOFF**⁸⁰ para quien la acción que pretenda la defensa de un "interés público o general", incluso invocando concretamente la defensa o tutela de un presunto o supuesto "derecho o interés difuso" debe ser rechazada por el órgano jurisdiccional ante el cual se la promueva. La protección del medio ambiente —afirma dicho autor— y todo lo que integra el sistema ecológico está a cargo del Estado y en modo alguno a cargo de los administrados o particulares.

Sin embargo, esta corriente dominante comenzó a ceder con el paso del tiempo. Fue la acción de los jueces la encargada de innovar en la materia. Así, en el célebre caso "Kattan" la Justicia Federal sostuvo que:

"Un grupo de personas, en casos particulares puede hacer oír su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad que, si bien permanece silenciosa o ignorante del problema, no deja por eso de tener gravemente afectado su patrimonio y garantías esenciales. (En el caso por haberse acreditado la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora se accedió a la medida de no innovar solicitada por los particulares en una acción de amparo suspendiendo los efectos de resoluciones que autorizaban la caza de toninas overas)."⁸¹

⁷⁹ Ver, entre otros, Fallos: 255:58; 256:323; 257:57259; 285: 262-364, y 268:104.

⁸⁰ **MARIENHOFF**, Miguel S., Op. Cit., ps. 687 y ss.

⁸¹ Primera Instancia en lo Federal Contencioso-administrativa de Capital Federal, Juzgado N° 2, "Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional -Poder Ejecutivo", sentencia de 22 de marzo de 1983, publicada en "La Ley", Tomo 1983-D, p. 568, con nota de Guillermo J. Cano. Más adelante el citado Tribunal agrega: "Están habilitados para interponer la acción de amparo quienes lo hacen en nombre

La Jurisprudencia Federal después de la reforma constitucional de 1994 siguió consolidándose en el rumbo señalado. En el caso "Shroder" se admitió la condición de vecino de una localidad donde se tenía previsto construir una planta de tratamientos de residuos peligrosos, por considerárselo como potencial "afectado" de las actividades futuras de dicha planta⁸². El Tribunal interviniente afirmó:

"el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?, a lo que se suma, como criterio de singular importancia, que no sólo se ésta protegiendo el derecho del particular, sino también el interés público, (...) (punto IV)"⁸³.

Los constituyentes terminaron por volcar la balanza a favor de la corriente innovadora al reconocerse expresamente en el texto constitucional los "derechos de incidencia colectiva"⁸⁴. Esta nueva noción permite a GORDILLO⁸⁵ hablar de una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

propio o en el de sus familias, si es que no se les permite hacerlo invocando derechos de la sociedad entera, y que actúan defendiendo verdaderos derechos subjetivos para defender el medio ambiente amenazado por riesgos inminentes que devienen de conductas sustancialmente antisociales."

⁸² Una persona que habitaba en las inmediaciones de un predio donde se iba a construir una planta de tratamientos de residuos peligrosos, plantea un amparo por considerar que dicha planta importaba un peligro grave e inminente para la salud de la población de la zona (garantizado por el art. 41 de la Constitución Argentina). El principal argumento invocado radicaba en la posibilidad de que se produjera una contaminación masiva de las fuentes que suministraban agua potable a la población. El tribunal interviniente reconoce la calidad de "afectado" al amparista con lo cual opta por una interpretación amplia del citado término y, por ende, de la legitimación procesal.

⁸³ CNCont.-adm. Fed., sala III., "Shroder, Juan c. Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales) s/ amparo", sentencia de 8 de septiembre de 1994, publicada en "El Derecho", Tomo 160, p. 346.

⁸⁴ En opinión de GORDILLO se trata de una "categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso" (GORDILLO, Agustín, Op. Cit., p. II-4).

¿En que términos y alcance quedó consagrada la legitimación activa en el nuevo artículo 437. Se mencionan expresamente tres sujetos: a) la persona individual "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo", continuando en el segundo párrafo "Podrán interponer esta acción (...), el afectado"; b) el Defensor del Pueblo señalado a continuación del afectado en concordancia con lo dispuesto por el artículo 86 CN; y c) las asociaciones especiales que tengan como fin la protección de los derechos de incidencia colectiva y difusa.

VI.3. No se trata de una acción popular.

El artículo 43 indica que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo", a diferencia de la ley 16.986 que establece en su artículo 5 que el amparo se podrá interponer por "toda persona (...) que se considere afectada". La redacción deja abierta la posibilidad de interpretar que se ha consagrado una acción popular.

Por esta acción se entiende la que ejercitare una persona cualquiera del pueblo (civis de populo, para la defensa, protección o tutela de intereses públicos o generales, sin tener para ello otra prerrogativa que un "interés simple"⁸⁵, o sea sin que al efecto dicha persona sea titular de un interés o de un derecho propio, personal y directo. El derecho romano admitía la acción popular en estos términos: *Eam popularem actionem dicimus, quae sum ius populi tuetur*⁸⁷ (Llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo).

Sin embargo, el mismo artículo 43 al final del párrafo primero sostiene "En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Esta, a nuestro criterio, es la primera pauta interpretativa que demuestra la voluntad del constituyente de no incorporar la acción popular.

⁸⁵ *Idem.*, p. II-4

⁸⁶ MARIENHOFF sostiene que por "interés simple" debe entenderse ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera —no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico—, relativo al buen funcionamiento de la Administración Pública (Op. Cit., nota al pie I, p. 683).

En efecto, si el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma sólo en el caso concreto —por tanto no con alcance general— y si hace a la esencia del Poder Judicial que resuelva situaciones concretas donde las partes debatan derechos que los afectan de manera diferenciada no pudiendo dar opiniones, carecería de sentido pensar que se quiso incorporar la acción popular. Asimismo, la expresión “caso” tiene un significado claro en la jurisprudencia de la Corte que excluye toda posibilidad de acción popular.

Otro elemento que admite esta interpretación la da el segundo párrafo de la norma que estudiamos. Si al incorporar la expresión “toda persona” se hubiese pensado en una acción popular no tendría sentido haber incluido al Defensor del Pueblo ni a las asociaciones especiales entre los sujetos legitimados y mucho menos hablar en forma expresa de “el afectado”, pues ya estarían incluidos en la primera parte del artículo.

El tema obtuvo un tratamiento extenso en la Convención reformadora. Pero no fue hasta su discusión en el Plenario donde quedaron despejadas las dudas acerca de que si se consagraba o no el amparo como una acción popular. El convencional CULLEN —autor de la propuesta que finalmente fue aceptada— sostuvo:

“la modificación adecuada no pasa por incorporar la palabra “también”, porque ello daría lugar a una especie de acción popular. Lo correcto sería agregar luego de “general” la expresión “el afectado”, con lo cual el segundo párrafo quedaría redactado de la siguiente manera: “(...) así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines (...)”. De esta forma, el particular damnificado podría promover la acción pero no daría lugar a una acción popular”⁸⁷

⁸⁷ Digesto, libro 47, título 23, ley I.

⁸⁸ Diario de Sesiones, 31 Reunión, 3 Sesión Ordinaria, 16/8/94, p. 4259.

Como vemos, queda en claro que la idea del constituyente fue conceder legitimación procesal al afectado, portador de un interés difuso o colectivo, pero que no bastaba un "interés simple" para accionar lo que equivale a decir que la reforma constitucional no incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la acción popular.

VI.4. La noción de afectado en el eje del debate.

La doctrina nacional se divide en tres grandes bloques al momento de procurar un contenido a la noción de afectado. Una parte sostiene que por afectado debe entenderse al titular de un derecho subjetivo (postura restringida); otros mantienen que a dicha noción debe sumársele el o los titulares de un interés difuso o colectivo (postura amplia) y finalmente una tercera postura sostiene que la noción de afectado alcanza a los titulares de un interés simple, lo que implica defender la tesis de la acción popular (postura amplísima).

Entre los defensores de la postura restringida se encuentra BARRA⁸⁹ para quien:

"no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar, que siempre —con las excepciones que vamos a ver— queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo".

GOZAINI⁹⁰ por su parte sostiene:

"el artículo 43 distingue en la procedencia del amparo, las tres categorías de individuo que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión

⁸⁹ BARRA, Rodolfo Carlos, *La acción de amparo en la Constitución reformada*, publicada en "La Ley", Tomo 1994-E, p. 1088.

⁹⁰ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, publicado en "La Ley", Tomo 1994-E, p. 1380.

discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo; c) las asociaciones registradas. Cada una representaría las defensas del derecho subjetivo, el interés difuso y los intereses legítimos respectivamente”.

En esta línea se encuentra también PALACIO DE CAEIRO⁹¹:

“los legitimados activos reconocidos en la prescripción magna resultan ser: el afectado o agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos”.

La posición amplia que permite accionar a quienes ostenten un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso es defendida —entre otros— por SAGÜES⁹²:

“el amparo común puede ser interpuesto por toda persona, según el párr. 1 del art. 43. Esto no se debe interpretar literalmente ya que no existe acción popular en materia de amparo en la Argentina (...) La ley 16.986 reserva el amparo para la persona afectada (art. 5) y esta voz suscita una discusión, en torno a que si se refiere únicamente a quien tenga un derecho subjetivo lesionado o comprende igualmente a los portadores de un interés legítimo o simple. Nos hemos inclinado por la segunda variable.”

También sustentan esta variable MORELLO⁹³ y EKEKDJIAN⁹⁴. Este último autor afirma:

⁹¹ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial*, publicado en Revista “El Derecho” publicada el 1 de agosto de 1997.

⁹² SAGÜES, Nestor, *Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 674.

⁹³ MORELLO, Mario Agustín, *El amparo después de la reforma constitucional*, publicado en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Nr. 7, p. 240.

"afectado sería aquella persona que se encuentra aquejada o molestada por una acción u omisión arbitraria que lesionara los derechos o intereses mencionados en ese segundo párrafo".

Por su parte BIDART CAMPOS⁹⁵ -como ya adelantamos- mantiene que:

"el art. 43 comenzó legitimando a toda persona, lo que traducimos como toda persona afectada por el acto lesivo. No es una acción popular, porque para que haya legitimación a favor de un sujeto -individual o colectivo- es necesario por el art. 43 que el acto lesivo lo perjudique. Pero afectado es quien, conjuntamente con muchos otros, padece ese perjuicio compartido; por eso, su porción subjetiva en los derechos de incidencia colectiva -como lo señala el texto ya citado de la norma- merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a él bien en litisconsorcio activo con los demás o con una asociación".

Por último, una posición amplísima defiende la tesis de que incluso quien no tenga una afectación diferenciada pero que desee actuar en defensa de la plena legalidad tendría legitimación para interponer la acción de amparo. Se requiere aquí la presencia de un simple interés. Patrocina esta postura JIMÉNEZ⁹⁶:

"estimamos que tal grado de amplitud conceptual, propicia la adopción de la acción de amparo en materia de tutela de derechos de la tercera generación, a

⁹⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Nuevos amparos especiales en la Constitución Nacional y la declaración de inconstitucionalidad a través del amparo*, publicado en BAZAN Victor (Coordinador) "Desafíos del control de constitucionalidad", Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 161.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, Tomo VI, ps. 318/319.



modo de acción popular cuando ella es instalada por el habitante en el solo interés de la defensa de la legalidad".

En el mismo sentido se ha expresado CARATTINI⁹⁷:

"el concepto de afectado es vago y por lo tanto laxo en su alcance. Abarca así a toda persona -tanto física como de existencia ideal- que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple".

La cuestión, como observamos, lejos de definirse por una u otra posición tiende a fragmentarse cada vez más en tesis que - a simple lectura - parecen irreconciliables. Es evidente entonces que - según el alcance más amplio o restringido que le demos al concepto de afectado - podremos considerar como legitimados o no para interponer la acción de amparo a los distintos sujetos mencionados.

A efectos de otorgar un amplio marco informativo al lector en este aspecto no debemos olvidar que una de las interpretaciones a tener en cuenta en torno al término "afectado" es aquella que referencia que el mismo vino a consagrarse en nuestra Constitución inspirándose en la opinión del Juez Scalia en torno al "standing".

Si esto fuera así (no adherimos a esta referencia del derecho comparado) sería pertinente para acercarnos a una mejor comprensión del término citar el caso "Luján" referido a un tema de preservación ambiental y resuelto por el Alto Tribunal Norteamericano, pues la solución que se dio en aquella oportunidad podría ser indicativa de cómo aplicar este concepto específicamente en los casos de daño ambiental. Recordemos que en dicho caso el principio sentado para fijar el objeto de

⁹⁶ JIMÉNEZ, Pablo Eduardo, *Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación*, publicado en "El Derecho", Tomo 170, p. 1153.

⁹⁷ CARATTINI, Marcelo Gustavo, *El amparo en la reforma constitucional de 1994*, publicado en "La Ley", Tomo 1995-A, p. 879.

constitucional en hacerlo (mientras se respete la exigencia de "causa", en los términos del artículo 116 C. N.), pero tampoco está exigido y la legislación vigente al momento de la reforma constitucional no cae entonces salvo en lo que respecta al amparo.

No obstante, la Corte Suprema ha admitido la legitimación procesal de una asociación para interponer la acción prevista en el artículo 322 del C.Pr.C. y C.N., "en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo" ⁹⁹

Por esta circunstancia concluimos negativamente pero sólo en principio, ya que compartimos el criterio de la Corte en el fallo citado, pues, tal como lo señalaba el Procurador General en dicho fallo, en ambos casos se trata de acciones de procedimiento abreviado tendientes a evitar que se consume la violación de derechos y garantías constitucionales. Esta notoria semejanza hace que sea aplicable la habilitación procesal constitucional del artículo 43 C. N.

VI.5. Las normas supranacionales.

La citada reforma constitucional de 1994 introdujo —como ya dijimos— un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El interrogante que nos planteamos en relación a estos instrumentos es determinar en que medida afectan (ampliando o restringiendo) la legitimación activa consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma que:

"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la

⁹⁹ CSJN, AGUIÉRA c/ Provincia de Buenos Aires, ED-177-239, consid.5º

justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Dice GORDILLO¹⁰⁰ que dicha disposición le da al individuo el doble derecho (concurrente no alternativo o excluyente) de acudir a los tribunales de manera genérica en cualquier caso y de manera específica también ("asimismo") para los "derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". En este último caso, se agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo y breve para la tutela de tales derechos y no establece limitación alguna, por ejemplo, que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etc. La redacción es clara -concluye- en cada país signatario la tutela de los derechos constitucionales debe tener un remedio sencillo y breve sin condicionamiento ni limitación alguna.

Lo mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 25 dispone:

"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

¹⁰⁰ GORDILLO, Agustín, *Un día en la justicia*: (...), Op. Cit., p. 989.

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

Una norma similar encontramos en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley."

El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, por su parte, en su artículo 2.3 afirma:

"Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

Estas referencias continuas nos permiten afirmar que la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —especialmente en el ámbito americano— ha configurado la consagración y reconocimiento de un derecho humano al amparo que

tiene toda persona, a fin de obtener la protección o tutela judicial de sus derechos, o sea un derecho-garantía.¹⁰¹

Este derecho constituye un "estándar mínimo común" para los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

"La obligación de los Estados partes de suministrar recurso judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados con las reglas del debido proceso (artículo 8.1), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención".¹⁰²

En lo que se refiere a la legitimación activa, como vemos, todos los instrumentos internacionales optan por defender una postura amplia sin llegar, entendemos, al extremo de consagrar una acción popular. GORDILLO¹⁰³ entiende que los citados tratados internacionales reconocen el derecho al titular efectivo, personal y directo, de la libertad o derecho lesionado.

El recurso de los pactos -afirma- es un recurso de carácter personal e individual. De acuerdo a esta interpretación, los instrumentos internacionales citados solo harían referencia de manera exclusiva a las personas físicas. Con todo, se concluye que la

¹⁰¹ Cf. AYALA CORAO, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Editorial Jurídica Venezolana, San José - Caracas, 1998, ps. 19 y ss.

¹⁰² Corte IDH, "Velásquez Rodríguez y otros", sentencia de 26 de junio de 1987, párrafos 90 a 92.

¹⁰³ GORDILLO, Agustín, *Un día en la justicia: (...)*, Op. Cit., p. 991.

legitimación es muchísima más amplia en el artículo 43 al incluir a las asociaciones de usuarios y consumidores y al prever la tutela de derechos de incidencia colectiva.

VI.6. El derecho constitucional latinoamericano.

Como última etapa de este recorrido consideramos de interés, por la similitud de los sistemas constitucionales involucrados, el aporte del derecho constitucional latinoamericano al estudio de la legitimación activa de la acción de amparo. ¿Cómo resuelven las fórmulas constitucionales de los países hermanos la cuestión? Las técnicas legislativas son muy variadas y presentan diversos matices en cuanto al alcance de la legitimación aludida.

Existen fórmulas, como en el caso de Costa Rica, que al mencionar que "Toda persona" tiene derecho al "recurso" de amparo (artículo 48) parecería indicarnos la presencia de una auténtica "acción popular".¹⁰⁴ Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país ha expresado, en reiterados pronunciamientos, que en materia de amparo no cabe la acción popular a la vez que ha resaltado el carácter subjetivo del mismo. Parte de la doctrina costarricense, por su lado, mantiene que hay legitimación objetiva en tanto se defienda el derecho fundamental ajeno, sin que tenga incidencia directa o indirecta en la esfera de intereses o derechos del propio actor de la acción de amparo.¹⁰⁵

Una redacción similar presenta la fórmula salvadoreña (artículo 247) al mantener que "Toda persona" puede pedir amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La fórmula guatemalteca instituye el amparo con el fin de proteger "a las personas" contra las amenazas de violaciones de sus derechos o para restaurar el

¹⁰⁴ En el mismo sentido se expresa la Ley de la Jurisdicción Constitucional Nr. 7.135 (1989) la cual en su artículo 33 dice: "Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo".

imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido (artículo 265). La fórmula nicaragüense establece que "Las personas" cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo pueden interponer el "recurso" de amparo (artículo 45).

La fórmula brasileña afirma que "Se concederá" el "mandado de segurança" con lo que no se discrimina entre los titulares de la acción (artículo 5.LXIX), pero a su vez establece un "mandado de segurança" colectivo pudiendo ser titular del mismo los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos de un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados (artículo 5.LXX).

La Constitución Panameña, por su lado, afirma que "Toda persona" puede interponer "recurso" de amparo de garantías constitucionales "a petición suya o de cualquier persona" (artículo 50). Mientras que la Paraguaya menciona a "Toda persona" pero sostiene que el procedimiento será de "acción popular para los casos previstos en la ley" (artículo 134).

El flamante texto venezolano (artículo 27) utiliza una referencia genérica a que "Todos tienen derecho a ser amparados", pero aleja la hipótesis de una acción popular cuando al regular el amparo a la libertad o seguridad —recuérdese que el amparo constitucional venezolano históricamente absorbe la acción de habeas corpus— señala que aquél puede ser interpuesto "por cualquier persona" referencia ésta que no utiliza con el amparo común. La citada fórmula venezolana contempla además la legitimación activa del Defensor del Pueblo (artículo 281).

⁽¹⁰⁾ Ver JIMÉNEZ MIZA, Manrique, *Justicia Constitucional y Administrativa*, Investigaciones jurídicas S. A., San José, 1999, ps. 240-241.

La fórmula ecuatoriana (artículo 95), por su lado, determina de manera expresa que "cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad" puede interponer la acción de amparo. Esta fórmula pareciera agrupar las dos nociones en conflicto. Por una parte, hace mención directa al titular de un derecho subjetivo y, por la otra, habilita la acción a los representantes de una colectividad no requiriendo de éstos ninguna vinculación directa e inmediata con el derecho afectado sino legitimidad en la representación. A la legitimación anterior, la fórmula ecuatoriana suma la facultad del Defensor del Pueblo (artículo 96) con jurisdicción nacional para promover o patrocinar la acción de amparo.¹⁰⁶

La Constitución Chilena, por regla, pareciera individualizar al titular de un derecho subjetivo "el que" -pudiendo ocurrir por sí o por cualquiera en su nombre- (artículo 20.1) y, como excepción, al titular de un interés difuso derivado del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación siempre y cuando éste sea afectado por un acto arbitrario e ilegal (artículo 20.2).

El texto boliviano refiere a que el "recurso" de amparo se interpondrá "por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente" y, sólo de modo subsidiario, el Ministerio Público de oficio cuando no lo hubiere o no pudiere interponerlo la persona afectada (artículo 19.2).

La Carta Colombiana, a su turno, indica a "Toda persona" -por sí misma o por quien actúe en su nombre- (86.1), al mismo tiempo que al "afectado" (artículo 86.3). La fórmula hondureña habla de que "toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta" tiene derecho a interponer "recurso" de amparo.

¹⁰⁶ La Ley de Control Constitucional que regula en Ecuador el procedimiento del amparo constitucional limita la amplitud de la fórmula constitucional al establecer en su artículo 48: "Podrán interponer el recurso de amparo, tanto el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de tres días, el Defensor

Finalmente, la Constitución Peruana que regula el amparo (artículo 200.3) -al igual que su homóloga mexicana (artículo 107)- guarda silencio sobre la legitimación activa de esta acción. La cuestión es tratada por la llamada Ley de Habeas Corpus y Amparo (23.506). Esta en su artículo 26 menciona, con derecho a ejercer la acción de amparo, al afectado, su representante o el representante de la entidad afectada.

Sólo como excepción, ante casos de imposibilidad física, puede la acción ser ejercida por tercera persona sin necesidad de poder expreso. En caso de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, la acción puede ser ejercida por cualquier persona aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente.

La Constitución uruguaya vigente, como sabemos, no contiene ninguna fórmula referida específicamente al amparo.

VI.7. El Defensor del Pueblo.

La legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva por parte del defensor del pueblo en el capítulo de "nuevos Derechos y Garantías", guarda relación con la normativa establecida por el constituyente en la parte orgánica.

El artículo 86 de la constitución nacional establece que es misión de este funcionario "*la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración...*". Estableciéndose, expresamente que "*El defensor del pueblo tiene legitimación procesal*"

del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente".

La legitimación del defensor del pueblo para accionar en nombre del pueblo, deja nuevamente ver con claridad que el derecho protegido, no es un derecho individual sino un derecho grupal. Está siendo legitimado para interponer acción de amparo en nombre de un sector o grupo cuyos derechos han sido lesionados. Al tratarse de "derechos de incidencia colectiva"; es este el caso en que se legitima a órganos para accionar en nombre de otros; en nuestra constitución el defensor del pueblo.

El hecho de legitimar a un órgano en especial o a Asociaciones - como seguidamente veremos- ; es la más clara demostración que esta dupla, más la categoría de "afectado", forman una triada que excluye de nuestro sistema la acción popular.

Esta postura de los constituyentes guarda concordancia con las potestades y capacidades reconocidas en la figura de derecho extranjero del "ombudsman".

La Cámara Nacional Civil, ya en 1991 adelantándose a la reforma constitucional en el fallo "*Cartañá, Antonio, y otro c/ Municipalidad de la Capital*"¹⁰⁷ había sentado su postura en sentido de considerar que "en el campo de los "intereses difusos" es evidente que no es solo la cosa pública la que aparece directamente dañada, sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto.... El Controlador General Comunal tiene legitimación activa para interponer una acción de amparo en defensa de los intereses difusos que estima afectados".

Surge a nuestro criterio con claridad que el accionar del defensor del pueblo es en relación a todos los derechos constitucionales que puedan tener cualquier tipo de incidencia colectiva; y no se agota con la enumeración que realiza el 2º párrafo del artículo 43. Ello en primer lugar porque, tal como hemos sostenido en párrafos anteriores; al expresar la norma "así como los

¹⁰⁷ "*Cartañá, Antonio y otro c/ Municipalidad de la Capital*", Cámara Nacional Civil, Sala K, sent. 28/2/91; JA. 1991-II, pag. 501

derechos de incidencia colectiva en general", toma a los derechos expresados en dicho articulado en meramente enunciativos.

El problema se presenta cuando es una sola persona y no un grupo quien está afectado; pero sin embargo las consecuencias de esa sentencia va a su vez a tener efecto en relación a muchas otras personas; ¿podría actuar aquí el defensor del pueblo? Pensamos que la respuesta es sí; por ejemplo que un estudiante de religión musulmana le sea vedado el ingreso a una universidad pública por ese motivo; podría optar por iniciar una acción de amparo por un acto lesivo en los términos del 1° párrafo del artículo 43; pero también podría solicitar que el caso lo iniciara el defensor del pueblo, conforme al 2° párrafo del artículo 43, pensando en el resto de los jóvenes de religión musulmana que pudieran ahora o en un futuro padecer un acto discriminatorio de ese tipo.

Además porque el artículo 86 es sumamente claro al respecto – ver 1° párrafo de este título V.2.b.-

La doctrina no es unánime en relación al ámbito de actuación del defensor del pueblo; en cuanto si; al serlo de la Nación; también puede intervenir en los ámbitos provinciales; o si los mismos quedan solamente bajo la órbita de Defensor del pueblo de cada Provincia. Además si solo se desempeña en el ámbito de la administración pública; vale decir Poder ejecutivo o también lo hace en el ámbito del Poder judicial.

La posición "amplia" está encabezada por Quiroga Lavie¹⁰⁸, quien reconoce a este funcionario facultades para actuar tanto en relación a la administración, como al poder judicial. En el ámbito nacional como provincial.

Sin embargo hay autores más "cautos" al respecto y circunscriben la actuación del defensor del pueblo al ámbito exclusivo de la Nación; así Bidart Campos¹⁰⁹ explica que "...el defensor

¹⁰⁸ Quiroga Lavie, Humberto "El Defensor del pueblo ante los Estrados de la justicia"; L.L. 1995-D-1059

del pueblo fue instituido en el artículo 86 como un órgano de control federal, circunscribe su competencia al ámbito exclusivamente federal, o sea, a las violaciones de autoría federal y a la fiscalización de funciones administrativas públicas de alcance federal... no puede intervenir en la zona que es propia de las provincias".

Barra¹¹⁰, por su parte excluye al Poder judicial y al legislativo totalmente del ámbito de competencia del Defensor del pueblo; agrega además que "... quedaría por ver si esa exclusión comprende los supuestos en los que tales órganos superiores del Estado ejercen actividad administrativa, aunque la referencia constitucional a la "administración" parecería mantener la prohibición aún en tales casos.

Coincidimos con la postura de Bidart Campos; en sentido que se trata claramente de un órgano de control federal; instituido por el constituyente de 1994, para la defensa de los derechos humanos y garantías de la Constitución nacional.

Sin embargo pensamos como Toricelli¹¹¹, que ello no es óbice a que; de no accionar en los Estados provinciales el defensor del pueblo de la provincia; no habría ningún impedimento a que actuara el defensor del pueblo de la Nación.

En ese sentido en 1995, la Cámara 3° Criminal de General Roca, Provincia de Río Negro, legitimó al Defensor del pueblo para actuar en defensa de los prisioneros de la cárcel de dicha ciudad; ante los planteos de violaciones sistemática de derechos humanos; tales como el derecho a la salud y a la dignidad que se efectuaban en dicho penal.¹¹²

VI.8. Las asociaciones de consumidores.

¹¹⁰ Bidart Campos Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", T. VI, Editorial Ediar Buenos Aires, 1995. P. 318-319

¹¹¹ Barra Rodolfo, "Los Derechos de incidencia Colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de justicia" FD, 169-433.

¹¹² Ampliar este título de Toricelli, Maximiliano; ob.cit.p.63-69. Ver "A modo de síntesis" p. 85

¹¹² Cámara 3° en lo Criminal de General Roca, sentencia del 25/8/95. "Defensor del Pueblo de la Nación, Dr. Jorge L. Maiorano. L.L. 1996-A-747

Algunos autores¹¹³ consideran que el origen de la inclusión de estas asociaciones son la "*class actions*" estadounidenses; otros¹¹⁴ explican que las asociaciones como justo pretensor, merece verse como una "*acción de clase*".

Nosotros ya hemos analizado nuestra postura en sentido que, el constituyente a nuestro criterio no ha establecido las acciones de clase en el artículo 43; sin embargo no sería inconstitucional la creación de las mismas por ley; o quizá por jurisprudencia.

En la norma de marras aparece la legitimación colectiva a través del amparo para las asociaciones intermedias que tengan un objeto o fin específico "*que propendan a esos fines*"; es claro que se refiere a asociaciones que protejan a los consumidores o usuarios; asociaciones que protejan a las personas contra la discriminación, que tengan por objeto específico la protección de las especies naturales, etc. La legitimación es otorgada para promover acción judicial - de amparo colectivo - cuando se produzcan actos lesivos que afecten a los derechos de los asociados o de toda la comunidad, según los casos.

En el 2º párrafo *in fine* de la norma del artículo 43; los constituyentes han previsto que dichas asociaciones deberán estar "*debidamente registradas conforme a la ley. la que determinará los requisitos y formas de su organización*"; es bien sabido por todos que el Congreso no ha sancionado dicha norma; a seis años de la reforma es una de la deudas que el mismo tiene con la sociedad. Sin embargo en razón de tratarse de una garantía constitucional; consideramos que la misma tiene carácter operativo; si bien sería de suma utilidad la sanción de la mencionada ley; no es imprescindible para que igualmente las asociaciones que tengan como objeto social los ejemplos anteriormente mencionados o similares puedan estar activamente legitimadas exhibiendo y probando su existencia y organización.

¹¹³ Dalla Via, Alberto, ob.cit. p. 35

¹¹⁴ Véase Bidart Campos, Genuán; ob.cit. p. 319

Midón, Mario "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 309

Esto traerá como consecuencia; claro está mayor discrecionalidad; en razón que mientras no exista la ley es el juez el que en cada caso ameritará si dicha asociación cumple razonablemente con los requisitos y si su objeto es afín con la legitimación solicitada. El poder judicial; mientras tanto suple al legislador.

Como punto de partida es importante que el constituyente coherente con el fin de establecer en la Carta Fundamental derechos colectivos; haya querido dar jerarquía constitucional a estas asociaciones; que cumplen un papel destacado a los efectos del cumplimiento de fines comunitarios.

Recuerda Morello¹¹⁵ que en el Derecho comparado ha habido bastas experiencias en Europa, Japón y América. Sostiene que en Alemania la ley de 1976 exige que dichas asociaciones tengan setenta miembros como mínimo (cantidad que resulta obviamente arbitraria). Destaca el autor que el *"matiz pluralista de las organizaciones multiplica los esfuerzos individuales, y disminuye los riesgos, afectando a todos la cosa juzgada"*

El comentario viene a tenor de dos puntos principales; el primero de ellos es resaltar la necesidad de que dicha ley; si bien va a tener un carácter organizativo con miras al cumplimiento de los fines que el constituyente previó; de ninguna manera deberá tener carácter restrictivo; la defensa de los derechos no debe ser materia de grupos especializados; más bien en contrario deberá contemplarse dentro de esa categoría a aquellas entidades que acrediten seria y razonablemente tener como fin la protección de cualquier derecho de incidencia colectiva, y de esta manera tornar posible el ejercicio de la acción.

El otro punto fundamental es en relación a los efectos que tienen las sentencia en los casos de amparos interpuestos por estas asociaciones; sobre todo si se trata de un caso de legitimación colectiva y el número de personas es indeterminado; ¿podemos seguir afirmando que nuestro control de constitucionalidad tiene efectos *"inter partes"* o podemos afirmar que en estos

¹¹⁵ Morello Augusto M, "Posibilidades y limitaciones del amparo"; ED, 22/11/95

casos sus efectos son "erga omnes"? ¿está preparado nuestro sistema para la legitimación a gran escala?

Consideramos que a partir de esta incorporación de derechos y consiguiente legitimación colectiva se va dejando de lado el criterio individualista, para abrir paso a un sistema más "colectivista"; no es casualidad que a estos derechos de incidencia colectiva o grupales se los denomine derechos de la "solidaridad".

En algunos casos dejaremos de considerar que los efectos de una sentencia son "inter partes"; para comenzar a pensar que en estos casos son "erga omnes"; según como esté planteado el caso.

Esto traerá como consecuencia un papel más activo del juez, erigiéndolo en muchos casos en "legislador"

*"Todos sabemos que los jueces pueden legislar. Lo hacen a través de los fallos plenarios y también a través de la fijación de ciertos principios generales que se trasladan a los fallos posteriores. Pero todo ello constituye una modalidad diferente y pequeña al lado de lo que ocurre al hacer lugar rechazar una acción en la que se discuten los derechos de individuos que no figuran como partes en el proceso ni están identificados. En este caso el juez está mucho más próximo a ejercer una función judicial"*¹¹⁶

El efecto de la cosa juzgada constitucional "erga omnes" en algunos casos; como los de incidencia colectiva, fue reconocido por la propia Corte Suprema en el fallo "Monges, Analía c/UBA"¹¹⁷ cuando sostuvo "Que sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la facultad de medicina, quienes, aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable

¹¹⁶ Bianchi, Alberto B, ob. cit, nota al pie de página n° 16: p. 16

¹¹⁷ L.L. 1997-C-143

duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado "Ciclo Básico Común" de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el "Curso Preuniversitario de Ingreso" creado por el consejo directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos"

Esto motivó que en precedentes posteriores de Tribunales inferiores acataran el "standard" establecido por el más Alto Tribunal, en el caso "Blas, Humberto c/UBA"¹¹⁸ y en "Barsanti"¹¹⁹, la Sala I de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sostuvo que lo resuelto por la Corte atribuyó a su fallo efectos "erga omnes", los que se proyectan sobre el caso sub-examine.¹²⁰

Así Gordillo¹²¹ concluye: "El derecho de incidencia colectiva que tutelan el amparo y otras vías en similares situaciones servirá entonces -si triunfa el actor-, tanto para anular el acto "erga omnes" (Monges, Blas y Barsati), como para ordenar una conducta positiva (Labatón y Viceconti), o canalizar una condena reparatoria en el caso de la pretensión de devolución a los usuarios de las tarifas cobradas en exceso"

VI.9 La reglamentación del amparo a la luz del nuevo artículo 43 C. N. Los dictámenes de mayoría y minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado. Su análisis y crítica. El texto sancionado por la Cámara Alta.

¹¹⁸ L.L. Suplemento de Jurisprudencia Derecho Administrativo 20/2/98; ED, 13/5/98

¹¹⁹ ED, 15/5/1998

¹²⁰ Véase Gil Domínguez, Andrés ob. Cit. p. 246-247;

Gil Domínguez, Andrés "Autonomía Universitaria: la evanescencia consumada"; L.L., 1997-C-143

¹²¹ Gordillo, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, T.2, p.III-7

En fecha 15 de noviembre de 2000 la Cámara de Senadores del Congreso Nacional sancionó un proyecto de ley reglamentario de la acción de amparo (que fue girado en dicha fecha a la Cámara de Diputados) conforme dictamen de su Comisión de Asuntos Constitucionales producido sobre los proyectos presentados por los Senadores Menem; Yoma; Branda y Romero Feris.

El examen de los proyectos presentados originalmente por dichos senadores mereció por parte de la Comisión de Asuntos Constitucionales un dictamen de mayoría que fuera firmado por los senadores Yoma; Oudín; Menem; Alasino; Branda; Maya; San Milán; Pardo; Segnese; Tell y Carbonell; uno de minoría suscripto por los senadores Maglietti y Galván y una disidencia parcial al dictamen de mayoría que formulara el senador Humada.¹²²

Cabe adelantar que, en términos generales, los proyectos reglamentarios que fueron considerados por la Comisión de Asuntos Constitucionales – con excepción del proyecto del senador por la Provincia de Corrientes José A. Romero Feris – son restrictivos respecto de la posición sostenida en este trabajo.

El dictamen de mayoría de la Comisión reflejó la influencia política de los senadores justicialistas autores de proyectos, considerando además que uno de ellos – Jorge Yoma – presidía la misma al momento de la sanción, arrojando como resultado un texto excesivamente reglamentarista que tomaba regresiva la acción de amparo y los avances dados al respecto por la jurisprudencia, apartándose – a nuestro criterio – de la letra y espíritu del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

¹²² Orden del día N° 1006, sesiones ordinarias de 2000, impreso el día 12 de septiembre de 2000.- Cabe destacar como antecedente que luego de la reforma constitucional de 1994, en marzo de 1996 el Senado trató un proyecto reglamentario que fue aprobado y remitido a la Cámara de Diputados la cual lo modificó casi en su integridad y lo aprobó por los dos tercios de sus miembros. Dicho proyecto volvió al Senado y en agosto de 1997 se confeccionaron dos dictámenes: uno de mayoría, por el cual se insistía en la sanción originaria y otro de minoría apoyado por el bloque de la Alianza que defendía la sanción de la Cámara de Diputados.

El proceso fijado por el dictamen de mayoría era largo, engorroso y más extenso que el que establece actualmente la ley 16.986. Entre demanda y contestación transcurría un plazo de diez días que podía ampliarse otros diez días más, desvirtuando claramente el concepto de proceso breve del amparo. Lo mismo cabe para el plazo de prueba y el proceso de sustanciación de la misma, en el cual se proponía una audiencia para que comparezcan a declarar los testigos y en caso que no concurren, se fijaba una nueva audiencia dentro de un plazo de cinco días.

Se regulaba en torno al recurso extraordinario en forma improcedente ya hay legislación que ya lo hace, con el agravante que además se proponía suspender los efectos de la sentencia con la interposición del recurso extraordinario, otorgándose a la Corte Suprema el plazo de sesenta días para expedirse respecto de aquellos recursos abiertos o de las quejas presentadas por denegación del extraordinario.

Este procedimiento nulifica prácticamente la acción de amparo, porque induce a la administración pública a tratar de llevar todos los casos hasta la Corte para lograr los efectos retardatorios y suspensivos del procedimiento propuesto, ocasionando la indefensión de los administrados frente a la acción del Estado.

El dictamen de minoría que hemos mencionado precedentemente fue tomado de la sanción de Diputados de 1996 que luego perdiera estado parlamentario. Es un procedimiento simple, rápido, expeditivo, que respeta adecuadamente la amplitud del artículo 43 de la Constitución.

Propone un plazo amplio para interponer la acción de amparo (sesenta días), autorizando al juez a prescindir del plazo cuando ocurran circunstancias excepcionales en las cuales exista manifiesta violación de los derechos humanos fundamentales. Dentro de las cuarenta y ocho horas de presentada la demanda el juez debe

pronunciarse sobre su admisibilidad y le requiere al accionado un informe fundado, que debe evacuar en un plazo que no puede superar los cinco días.

Las pruebas se producen en una sola audiencia y la sentencia se debe dictar dentro de los tres días subsiguientes. Para el recurso de apelación o de queja se establece un plazo de cuarenta y ocho horas y la sentencia definitiva se debe dictar por el Tribunal de Alzada dentro del plazo de tres días siguientes. No incluye regulación alguna respecto del recurso.-

Asimismo, introduce algunos principios con respecto a las costas sosteniendo que las mismas no se imponen al accionante, salvo que actúe con temeridad o malicia y sí al autor del acto u omisión lesiva si prospera el amparo como efecto para disuadir conductas ilegales de los funcionarios.

El resultado final - luego del debate en el recinto - ha sido medianamente aceptable en términos generales ya que el restrictivo dictamen de mayoría fue flexibilizado en el tratamiento general y particular dado al proyecto a partir de las propuestas surgidas especialmente del dictamen de minoría y de la disidencia a la hicimos referencia, aunque mantenemos la expectativa que la Cámara baja subsane los defectos que aún contiene el texto sancionado .-

Nos anidó una seria objeción el contenido dado por el texto al artículo 3º (plazos para la interposición de la acción). El plazo de veinte días para la interposición es exiguo (aunque supere los quince fijados por la ley actual) a la luz de la experiencia y las dificultades que se presentan en muchos casos.

El plazo de quince días fijado por la ley vigente siempre fue criticado por breve y la doctrina propuso permanentemente un plazo mayor, porque muchas veces las violaciones constitucionales o los actos de los funcionarios no alcanzan una difusión pública suficiente que permitan al particular tener un cabal conocimiento que se están

violentando sus derechos. Por lo tanto, otorgar un plazo mayor es condición de garantía para que el instituto funcione mas eficientemente.

Asimismo resultaba mas propio y representativo de la letra del artículo 43 C. N. – como hemos visto en el tratamiento de puntos precedentes – hablar de “afectado” y no de “afectado directo” como signaba el artículo 3° al consignarse que “La acción de amparo deberá ser promovida dentro de los siguientes plazos: a) La promovida por el afectado directo...”. Esta objeción – que fuera denuncia por varios senadores – fue aceptada y el texto sancionado refiere exclusivamente al “afectado” lo que si bien algunos entendieron como un logro de significación a la luz de la futura tarea interpretativa sobre la extensión de la legitimación activa se ve notoriamente condicionado por el texto del artículo 6° (legitimación activa) el cual en su inciso a) considera “afectado” a “...toda persona que resulte lesionada de manera directa en sus derechos o intereses ...”. (el subrayado es propio).-

Cabe destacar en forma especial que el artículo 4 del texto sancionado contempla el amparo por omisión. Es decir, cuando existe una norma que imponga la obligación específica de cumplir el acto o hecho omitido y no se lo cumple, en ese caso corresponde el amparo por omisión.

El artículo 5° inciso b) establece la improcedencia del amparo cuando esté destinado a impugnar o suplir la actividad u omisión del Poder Legislativo, salvo que se trate de actos de carácter administrativo. Esta norma contenida en el dictamen de mayoría ha sido mantenida por el proyecto sancionado por la Cámara y despierta nuestra profunda crítica pues entendemos que el criterio limitativo está originado en el espíritu corporativo. La propia Corte Suprema de Justicia ha considerado que la omisión legislativa constituye también violación al orden normativo cuando en el conocido citado caso “Ekmekdjian” dijo: “... Que en tal sentido la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas

que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento...” -

Por otra parte, era también injustificada la restricción que planteaba el dictamen de mayoría en el punto 1. inciso f) del artículo 8 (recaudos de la demanda) al establecerse que las asociaciones o fundaciones de las que habla el artículo 43 debían estar referidas a la defensa de una sola categoría o especie de derecho de incidencia colectiva, en un país donde - justamente - las asociaciones de bien público no abundan.-

¿ Que sentido y razón tenía esta férrea limitación si la misma Constitución Nacional hace una enumeración de categorías finalizando con una categoría general al decir “derechos de incidencia colectiva en general” ?

La contradicción del proyecto mayoritario de la Comisión con la letra constitucional devenía evidente al preguntarnos ¿ como podía registrarse una asociación para defender los derechos de incidencia colectiva en general y cumplir con el requisito de defender una sola categoría de derecho de incidencia colectiva ? Este desliz fue corregido en el recinto de la Cámara en la redacción final aprobada. Por otra parte, Constituye un acierto e innovación de este artículo la amplitud de los medios probatorios que admite.

Conforme el inciso g) del artículo 8° cuando la acción se interpone por parte del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o por las asociaciones a que se refiere el artículo 43 deben manifestar los efectos concretos que se espera obtener de la sentencia. Es que en el caso de intereses colectivos la ampliación constitucional de la legitimación ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que ello no excusa a las entidades defensoras y al Defensor del Pueblo a acreditar que exista una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, esto es, la existencia de causa. El amparo es para casos concretos y no puede pretenderse una

declaración erga omnes, o sea una declaración que abarque a todo un universo si es que no hay un caso concreto.

Es acertada la norma que contiene el artículo 9° (admisibilidad) en su inciso 2. la cual - vinculada con las facultades judiciales - establece facultades ordenatorias, al decir que en el caso que no proceda el amparo el juez tiene facultades para encaminar adecuadamente la protección de los derechos que se reclaman imprimiendo el trámite que corresponda.

En cambio, entre los puntos más cuestionables emerge el inciso 3. del artículo 9° el cual fija que el juez deberá considerar si como consecuencia de su intervención se compromete la regularidad, continuidad o eficacia de un servicio público, la salud, la seguridad pública, la defensa de la Nación u otras actividades esenciales del Estado.

Esta norma nos remonta al texto de la ley 16.986, en el que se establece la limitación que el juez debe considerar si como consecuencia de su intervención se comprometen los servicios referidos, debiendo declarar improcedente el amparo en estos casos. Esta limitación desnaturaliza el amparo, porque gran parte de esta acción garantista se entabla en estas materias, permitiendo así que el juez opte lisa y llanamente por el rechazo.

En el artículo 14° prevé la intervención de terceros en el proceso, lo que ha sido motivo de muchas discusiones con respecto a la ley actual. La norma admite la intervención de terceros en la medida en que se proteja su derecho de defensa. Consideramos este aspecto un acierto de la reglamentación.¹²³

¹²³ En el caso "Romero Feris José A. C/ Estado Nacional s/ amparo" CS, 1 de julio de 1994, R 292 XXVIII. Donde se discutió la constitucionalidad del artículo 5° de la ley 24.309 declarativa de la reforma constitucional de 1994 el juez interviniente a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Oscar Garzón Funes aceptó el pedido de citación de terceros propuesto por la parte actora en el

En relación a los efectos de la sentencia los mismos están contenidos en el artículo 16 (Sentencia. Alcances) del proyecto aprobado. Al respecto debemos destacar que se establece en forma expresa que en los supuestos de amparo de intereses difusos las sentencias podrán ser opuestas por las personas que no habiendo sido partes en el proceso compartan la situación jurídica del amparista (inciso 6.). De esta forma se pretende evitar la reiteración de demandas de amparo con un mismo objeto. O sea que, si dentro de un conjunto de personas que ven afectados un interés colectivo una sola de ellas interpone una acción de amparo y la sentencia le es favorable, el resto del grupo puede invocar ese fallo contra el demandado, evitando de esa forma promover nuevas acciones.

El inciso 6) dice textualmente: "En los supuestos de amparo previstos en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, los efectos de la sentencia que haga lugar al amparo podrán declararse oponibles al vencido por quienes, a pesar de no haber sido parte en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que representaron al sector interesado, en la jurisdicción del juez o tribunal interviniente. En tales casos la sentencia deberá establecer las condiciones de tal efecto".

Algunos legisladores, dentro del marco del debate, manifestaron sus reservas respecto del presente inciso, sosteniendo que el mismo podía ser interpretado como que otorgaba a una sentencia firme efectos erga omnes, teniendo por consiguiente la misma calidad de un acto dictado por el Poder Legislativo.¹²⁴ Creemos que la

proceso en los términos del artículo 94 del CPCC a efectos que se llamara a estar en juicio a todos los convencionales constituyentes electos.

¹²⁴ Sostuvo el Senador Por San Luis Alberto Rodríguez Sáa: "Esto puede tener gravísimas consecuencias. Para demostrar lo que esto significaría voy a mencionar un caso hipotético. Supongamos que se estuviera por podar una arboleda en una avenida importante de la ciudad de Buenos Aires. Un ciudadano presenta un recurso de amparo porque considera que la tala de los árboles afecta al medio ambiente. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contesta diciendo que los árboles tienen una plaga y que vale la pena talarlos, ya que van a crecer con más fuerza. El juez ordena las pericias, decide que tiene razón el ciudadano y hace lugar a la demanda. Dispone, asimismo, que se le repare el daño moral porque los árboles han sido cortados y el ciudadano tenía derecho a gozar de ese paisaje natural. Para ello establece una indemnización de cinco mil pesos.

correcta aplicación del último párrafo del inciso salvará debidamente la cuestión, sin perjuicio de que queda en manos de la Cámara Baja la posibilidad de mejorar la redacción de la norma para evitar estos fundados temores.

Otro tema importante relacionado con los efectos de la sentencia es el vinculado con la posibilidad —que se prevé en forma expresa— de que se declare la inconstitucionalidad de oficio (inciso 4.). Es decir, que aun cuando las partes no la hubieran pedido en la acción de amparo la inconstitucionalidad podrá ser declarada de oficio por el juez por imperio de la supremacía Constitucional. Es importante aclarar —en razón de algunas críticas que esta facultad ha despertado— que no se contraviene el principio de congruencia, ya que el juez no resuelve más allá de lo petitionado sino que por aplicación del principio *iura curia novit* respeta la supremacía constitucional de la cual es garante.¹²⁵

Por supuesto que esa declaración de inconstitucionalidad vale únicamente para el caso concreto en que fue planteada. No tiene efecto frente a terceros, porque esta es la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad en nuestro sistema.

Queda el juicio terminado y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires paga los cinco mil pesos. Automáticamente hay cinco o seis millones de ciudadanos reclamando los cinco mil pesos otorgados oportunamente, cuya sentencia quedó firme. Esto afecta absolutamente el sistema constitucional argentino y a las atribuciones de los jueces. En el artículo 31 de la Constitución se establece que el control de constitucionalidad en la Argentina es difuso. ¿Qué significa esto? Que el control de constitucionalidad no es centralizado, el cual se daría si tuviéramos un Tribunal Constitucional, pero nosotros no lo tenemos. Cada uno de los jueces —por eso se llama difuso— tiene la obligación y el derecho o facultad de interpretar la Constitución de acuerdo con el artículo 31, que establece la jerarquía de las normas dentro del orden constitucional. Por su parte, el máximo control de constitucionalidad está dado por la Corte Suprema, a la cual se llega después de que cada instancia tuvo oportunidad de efectuar su interpretación. Esto permite que cada ciudadano tenga en su poder las armas para defenderse con las garantías constitucionales que le otorga la Constitución. En el caso del amparo, esto sería introducir al control de constitucionalidad difuso de la Carta Magna un control centralizado en el juez que dicte una sentencia firme, sea de primera, segunda o tercera instancia.”¹²⁵ Cuando el juez construye la sentencia, cuando elabora el silogismo y determina la norma que tiene que aplicar, si ella está en contra de la Constitución, no tiene otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad de oficio por el principio de supremacía constitucional, que es condición de validez de todo ordenamiento jurídico. Al respecto ver Bidart Campos, Germán, tratado de “Derecho Constitucional”, Ediar, tomo I, página 207.

Sin embargo, un importante desacuerdo que se mantiene en el texto aprobado radica en la norma contenida en el punto 1. del artículo 17, la cual determina que serán apelables en ambos efectos procesales la apelación de la sentencia definitiva y la resolución que declare inadmisibile el amparo. El solo el efecto devolutivo - a nuestro criterio - asegurarla de mejor manera el fin garantista de la institución. Afortunadamente en lo que hace a las medidas cautelares - conforme se establece en el párrafo segundo del inciso 1° del artículo citado - la apelación lo es con efecto devolutivo superándose de esta manera la seria restricción del efecto suspensivo que fija la actual ley 16.986.-

No coincidíamos tampoco con el texto del inciso 6° del artículo 17 del dictamen mayoritario que imponía efecto suspensivo a la interposición del recurso extraordinario contrariando la norma del artículo 258 Del Código Procesal de la Nación y la posición de la doctrina y jurisprudencia altamente mayoritaria. El texto aprobado salvó dicho escollo al modificar el término "interposición" por "concesión" pero la redacción del inciso sigue siendo confusa. Con respecto al recurso extraordinario, creemos que no puede alterarse la ley 48 sobre la cual se ha edificado una riquísima jurisprudencia.

Como es sabido, ha sido siempre una aspiración de la mejor doctrina la eliminación de todo recurso con efecto suspensivo en el procedimiento de amparo, así como el establecimiento de un generoso campo de aplicación de las medidas cautelares. El proyecto en análisis conforme el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales frustraba tan legítimas aspiraciones. El tratamiento de la Cámara en pleno salvó algunos escollos pero no pudo eliminar muchos de los obstáculos que nos hacen pensar que el texto - en gran medida - ordinariza un proceso que es sumarísimo por excelencia.-

Por otra parte, el inciso 7. del citado artículo 17 fija - como ya referimos- un plazo de sesenta días para resolver cuando una acción de amparo llega por apertura de recurso

extraordinario o aceptación de la queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, procurando evitar, de esta manera, la dilación indefinida de un proceso que se sustenta en razones especiales de urgencia. A pesar de este loable objetivo individual, creemos que el diseño general del procedimiento propuesto no cumple eficientemente con dichos principios procesales por las razones que expusieramos a lo largo del presente punto. -

Capítulo VI

Una propuesta doctrinaria en torno a la vinculación entre la garantía del habeas data y el derecho de los consumidores.

VII.1. La garantía del habeas data y su dimensión subjetiva tradicional. La protección del derecho individual de autodeterminación informática.

En 1968 en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, realizada en Teherán quedó establecido el riesgo que implicaban los avances tecnológicos y científicos frente a los derechos humanos y la Asamblea General de la ONU recomendó a los Estados la realización de estudios con miras al dictado de normas que protegieran adecuadamente las libertades individuales especialmente "las aplicaciones de la electrónica que puedan afectar los derechos de las personas y los límites que deberían fijarse para éstas aplicaciones en una sociedad democrática".

En ese mismo año el Consejo de Europa través de su Comité de Ministros, llevó adelante un estudio sobre la normativa de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, con el fin de investigar si en los Estados miembros existía una protección de la privacidad y demás derechos conexos en relación a los avances tecnológicos y científicos. Cumpliendo con éstas disposiciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1976, un grupo de expertos elaboró el texto de lo que fue la Convención para la protección de los individuos con relación al procesamiento

automático de datos personales, conocida como la Convención de Estrasburgo y suscripta por veintiún Estados Europeos¹²⁶

En los Estados Unidos rige la "Privacy Act" de 1974. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos distingue según que el recabamiento de datos parte del gobierno o de un particular; en el primer caso ha sostenido en el caso "Talley Vs. California" 362 U.A 345 (1970) que el derecho a la privacidad no es obstáculo para que el Estado pueda ejercer su derecho de recopilar datos relativos a personas particulares, con algunas excepciones. Sin embargo si la recolección de datos parte de un particular ha sostenido en el caso "Detroit Edison Co Vs. NLRB" 440 U.S 301 (1979) un criterio restrictivo, incluso cuando se trata del uso de datos por medio de la prensa C.S.E.U. 436 U.S 547 (1978), 420 U.S.469 (1975)¹²⁷

El vocablo "habeas" proviene del latín, segunda persona del subjuntivo de habeo... habere, que significa "téngase en su posesión" y "data" que es el acusativo plural de datum que es definido como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Por lo que "habeas data" significa "que tengas los registros, los datos"¹²⁸. El "habeas data" como vía procesal constitucional y con esta denominación surge de la Constitución Brasileña de 1988¹²⁹.

¹²⁶ALTMARK, Ricardo D. y MOLINA QUIROGA Eduardo "Habeas Data", La Ley, T.1996-A pags. 1157 y 1158.

¹²⁷EKDMEKDJIAN Miguel Angel, "El Habeas data en la Reforma Constitucional" La Ley ;15 de noviembre de 1995, suplemento, pag.42.

¹²⁸Otón Sidow J.M. "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional Brasileño: mandamiento de ejecución y habeas data", LL, 1992-E, pag. 1016.

¹²⁹Sin embargo ya había normas supranacionales que protegen el derecho a la intimidad; así V.g. la Declaración de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, cuyo art. 12 establece "...nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, correspondencia..."; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscripta en Bogotá en 1948; y El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 11 inciso 2 establece que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia..."

En Latinoamérica ha sido recibida constitucionalmente por muchos de los países de la región. La Constitución del Perú de 1993 la contempla en el inciso 3 del artículo 100. La Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 15. La norma fundamental del Paraguay de 1992 la prevé en su artículo 135. La Constitución de Guatemala la norma en su artículo 31 y la de México - si bien no la recibe expresamente - el artículo 7 de la misma consagra como límites a la libertad de imprenta - entre otros - el respeto a la vida privada.

Muchas de las Constituciones Europeas han manifestado preocupación por esta garantía. La Constitución Portuguesa de 1976 la recibe expresamente en su artículo 35 y la Española de 1978 la incorpora detalladamente en sus artículos 18.4 y 105.b. Otros países la han consagrado legislativamente, tal el caso de Alemania; Austria; Luxemburgo; Suecia; Francia; Inglaterra; Bélgica; Italia; Finlandia e Islandia, entre otros.

En Argentina la reforma constitucional de 1994 introdujo esta garantía en el actual artículo 43 (tercer párrafo) al decir que toda persona puede interponer la acción de amparo "para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos ". Para muchos autores se trata de una variable del derecho a la intimidad, consagrado tradicionalmente en el texto del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina

En su dimensión subjetiva tradicional el hábeas data tiene por finalidad controlar la información contenida en los bancos de datos respecto de la persona titular de los mismos, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que están directamente vinculados con su intimidad, honor e imagen. Se trata, particularmente de información relativa con la filiación política, las creencias religiosas, el patrimonio, la militancia gremial, el desempeño en el ámbito laboral o

académico, entre muchos otros objetivos. El conocimiento de la finalidad del registro tiene el sentido de permitir que la persona pueda fundamentar la petición de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos registrados en caso de falsedad, discriminación o desactualización.

El avance tecnológico mundial de los últimos cincuenta años, originó como contrapartida a los grandes beneficios que trajo aparejados, una serie de perjuicios y problemas trascendentes e impensados que hacen dubitable la vida futura en el planeta. Este avance, un poder ilimitado de destrucción en manos de muchas de las potencias mundiales; las concentraciones de capitales y los peligros de supervivencia mundial fundamentan y afianzan la tercera generación de declaraciones, derechos y garantías referidas al uso racional de la tecnología, de los recursos naturales y del espacio aéreo que aparecen como respuesta del derecho a la situación denominada contaminación de las libertades.

El fenómeno de la "globalización" sólo posible a partir de la existencia y desarrollo de una tecnología de última generación que permite el flujo constante e ininterrumpido de información entre todas las partes del mundo y el reconocimiento del abismo generado entre las grandes empresas y el pequeño consumidor o usuario, el cual en soledad carece de toda posibilidad de reconocimiento y actuación, han dejado al descubierto las muchas posibilidades de nuevos avasallamientos de los derechos del hombre, inimaginables pocos años atrás.

Frente a este avance informático nace inevitablemente la pregunta ¿cómo controlar la difusión de la información personal? ¿es posible este control? ¿qué tipo de barreras pueden oponerse al avance de la divulgación de la información?

La irrupción de la informática en la sociedad ha replanteado la cuestión de la protección del derecho a la intimidad, en virtud del riesgo que para las personas implica la estructuración de los grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad del entrecruzamiento de la información contenida en los mismos, lo que plantea la necesidad de elaborar un moderno concepto de la

protección de derecho a la intimidad, es decir, la necesidad de respuestas jurídicas que protejan los abusos en la manipulación de la información personal.

Si pasamos una somera revista a las normas sobre habeas data en distintos países vemos que no hay uniformidad en torno a cuales son los derechos tutelados, FE RELIGIOSA, CONVICCIONES POLÍTICAS y VIDA PRIVADA; Portugal (art.35); BUEN NOMBRE e INTIMIDAD PERSONAL y FAMILIAR; Colombia (art.15); HONOR, INTIMIDAD y PROPIA IMAGEN; España (art.18 y 20) esos derechos y otros como BUENA REPUTACIÓN, VOZ e IMAGEN PROPIAS; Perú (art.200); MORAL, PAZ PÚBLICA y VIDA PRIVADA; México (art.7), HONOR PERSONAL; Alemania (art.5); INTIMIDAD PERSONAL, Holanda (art.10), configuran un amplio espectro de protección.

Sin perjuicios de ello parecería que la gran mayoría converge en que el habeas data tutela el derecho a la intimidad, pero no en forma genérica sino como una especie de intimidad: la intimidad informática o autodeterminación informática y a través de ella el derecho a la imagen o el propio perfil.¹³⁰

¹³⁰ BASTERRA, Marcela "Habeas Data: Derechos Tutelados" La Ley, Doctrina Judicial, 1999-3; página 77

El habeas data tutela el derecho a la Intimidad Informática "El hombre presenta una dualidad de tendencias instintivas: por un lado el ser humano tiene necesidad de saber y por otra de ocultar" (Luis Manuel Meján). Servan Schreiber nos dice en su obra "El Desafío Mundial", que en la lucha de selección de las especies vivientes, los vencedores han sido siempre los que disponen de mayor información.

Creemos sin dudas que el punto justo se encuentra en establecer el equilibrio entre los derechos conexos con nuestra necesidad de saber y los conexos con nuestra necesidad de ocultar, estableciendo los límites para que dentro de un sistema de garantías como el nuestro el ejercicio de un derecho no vaya en detrimento del ejercicio de otro. Consideramos que el derecho a manejar información y el derecho a preservar una esfera de intimidad tienen fundamento en primer lugar en la propia naturaleza humana por ello constituyen Derechos Fundamentales que deben ser garantizados y regulados por el Estado.

La informática es sin duda uno de los grandes descubrimientos del siglo, que utilizada por la administración pública y por las empresas privadas proporciona entre otras cosas eficiencia y eficacia, celeridad a la hora de tomar decisiones o de recabar informaciones, el medio ideal para brindar servicios, tanto públicos como privados, y también el medio propicio para guardar datos de las personas. El encuentro entre informática y administración ha producido una nueva rama del saber, una nueva manera de trabajar.

Debemos tener presente que el uso de la informática en manos tanto del Estado como en manos de los particulares, crea diversos riesgos que pueden suponer una amenaza de agresión a la intimidad de los gobernados o usuarios de servicios.

Resulta interesante traer a colación una encuesta realizada en 1971 por el Younger Committee on Privacy, que cuenta Adoración de Miguel Castaño en su obra "Derecho a la Información frente al Derecho a la Intimidad", en la que se preguntaba: ¿Objetaría que se dispusiese de información sobre su...? (los números son el porcentaje de respuestas afirmativas); Vida Sexual 87; Ingresos 78; Historial Médico 51; Opiniones Políticas 42; Número de Teléfono 34; Dirección 33; Opiniones Religiosas 28, etc.

Méjan define a La Intimidad como "el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quien le da acceso al mismo según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita".

Quedan sentados dos principios básicos; el primero: El hombre tiene valores individuales que no pueden ser sacrificados jamás en aras de ningún otro valor, tal el caso del derecho a su propia intimidad; el segundo: Existen casos y circunstancias de excepción en que el valor comunitario, el bien general, debe prevalecer sobre los intereses particulares.

Reconocemos la utilidad y la importancia de la información, pero también es innegable que a veces sentimos amenazada nuestra intimidad. Es necesario una fórmula de equilibrio, que creemos es el art. 43 de la Constitución nacional, que a través de la garantía de habeas data establece: 1) el acceso a las fuentes de información, para conocer los datos que se tengan en relación a la persona; 2) la posibilidad de conocer la finalidad con que se han recabado dichos datos; 3) si dichos datos se consideran falsos o discriminatorios, que a través de la doctrina y la jurisprudencia se hace extensivo a los datos obsoletos y a los llamados "datos sensibles" 4) se prevé la posibilidad de solicitar la supresión, rectificación, actualización y confidencialidad de los datos.

Queda a nuestro criterio por medio de ésta garantía tutelada la INTIMIDAD INFORMÁTICA de las personas.

Es necesario destacar que bajo ningún punto de vista se pretende rotular de insuficiente la cláusula del art. 19 de la Constitución Nacional "...las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...", que nos rige desde 1853 y que dio origen a una jurisprudencia tan rica como variada, contradictoria en algunos casos, cuyas notas más sobresalientes se observan a través de la doctrina sentada por la corte en los fallos "Bazterrica" y "Capalbo" ambos de 1986 sobre tenencia de estupefaciente en los que la Corte cambia la doctrina, para ampliarla en sentido de considerar la tenencia de estupefacientes comprendida en el concepto del derecho a la intimidad del art. 19 CN. En el caso "Colavini" de 1978 había considerado que la conducta del condenado no se encontraba bajo el ala de protección de las acciones privadas contempladas en el art. 19 de la Constitución Nacional; para en 1990 en el caso "Montalvo" volver definitivamente a la doctrina "Colavini".

En todos ellos se hace un análisis exhaustivo del derecho a la intimidad; pero es en "Ponzetti de Balbin" de 1984, en el cual la Editorial Perfil fue condenada a indemnizar a la viuda del extinto líder político por el daño moral que le causó la publicación de una foto de su esposo semidesnudo y moribundo en terapia intensiva. En éste fallo la Corte estableció el concepto de derecho a la intimidad como "el derecho de decidir por sí mismo en que medios compartirá con los demás, sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal". Pensamos que fue un primer paso hacia una especie dentro del género Derecho a la intimidad. En definitiva la nueva garantía lejos de dejar de lado los conceptos desprendidos del artículo 19 en relación al concepto de intimidad, viene a abonarla estableciendo una especie que es la Intimidad Informática, cuyo fundamento está en la revolución tecnológica e informática producida en los últimos años, para mitigar los efectos de lo que Sagués llama "poder informático" estableciendo un equilibrio que es regla de oro en el derecho Constitucional; si hay poder debe haber garantía.

2) El habeas data tutela el derecho a la propia imagen

Los orígenes de la noción de derecho a la imagen podemos remontarlos al llamado "ius imaginum romano" que alcanza notable importancia durante la República Romana, y que consistía en la

práctica de tomar una máscara de cera sobre un cadáver poder exhibirlo en el atrio de las casas y se llevaran en público en los cortejos fúnebres, solo tenían éste derecho las familias nobles. Claro que éste es el punto de partida pero se refiere a la imagen en su aspecto material, y no en el concepto de imagen al que queremos llegar, como un signo de identidad, de individualidad, como una manifestación esencial de la personalidad, ya que constituye uno de los elementos fundamentales de la proyección externa de la persona.

Ana Azurruendi Adarraga divide en tres períodos el recorrido del derecho a la propia imagen hasta su reconocimiento como derecho humano.

1) 1839 a 1900: es la etapa en que comienza a reconocerse el derecho a la imagen, pero considerado como un aspecto particular del derecho de autor.

Así está contenido éste derecho en tal sentido en las leyes sobre propiedad intelectual y artística de Alemania (1876), Austria (1885) y Bélgica (1886), que constituyen el primer paso hacia la regulación del mismo, sin embargo podemos decir que en éste período no hay aún conciencia jurídica de la existencia de un derecho a la propia imagen. La jurisprudencia francesa reconoce de manera implícita en la segunda mitad del siglo XIX el derecho a la propia imagen, por supuesto con contornos confusos y sobretudo en cuanto a la relación de éste derecho con la entonces llamada libertad de prensa, y obviamente que aún no se vislumbraba la aparición de la informática y la incidencia que tendría en el desarrollo del contenido del derecho a la imagen.

2) 1900 a 1919: con el cambio de siglo se produce un cambio de la perspectiva en la concepción jurídica en el derecho a la propia imagen, tanto desde la jurisprudencia como la doctrina comienza a ser tratado como un bien esencial de la persona. Es decisiva la influencia que tienen en éste período a) por un lado, en el ámbito europeo, sobretudo en Francia y en Italia la doctrina alemana de los derechos de la personalidad. Gierke es uno de los doctrinarios, que si bien no trata específicamente la imagen humana obra permite el marco jurídico adecuado para hacer que el derecho a la imagen se vaya desvinculando de los derechos de autor. Esto parte de conceptos tales como expone en su trabajo, el derecho general de la personalidad tiene por objeto esencial el libre desarrollo de su propia personalidad. Si Gierke va a proporcionar resortes doctrinales válidos para el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la imagen humana no es menos cierto que su teoría dará pie a que bajo la noción del libre desarrollo de la personalidad se comience a desdibujar las fronteras entre honor, intimidad e imagen de la persona. En 1902 en el marco del XXVI Congreso de Juristas Alemanes, celebrado en Berlín, queda abiertamente reconocido el derecho a la propia imagen como uno de los derechos inherentes a la personalidad. b) por otro lado hacia fines del siglo pasado en Estados Unidos se conocía el célebre artículo de Warren y Brandeis "The right of privacy" de 1890, que se refiere al derecho a la imagen personal como la forma más simple del right of privacy, y cuyo antecedente más inmediato es la expresión acuñada por el Juez Cooley en 1879, "the right to be let alone," "el derecho a ser dejado en paz". Estos autores plantean que si la Common Law cada vez ampliaba más su protección a las personas y a sus bienes, dicha protección debía extenderse a los particulares en su vida privada y si se tenían en cuenta las nuevas circunstancias sociales, tecnología y desarrollo de la prensa, crecimiento del interés informativo, etc. sería conveniente considerar al right of privacy como reconocido por la cuarta enmienda de la Constitución Americana. En 1904 por primera vez un Tribunal Supremo, el de Georgia en el caso "Pavesich v. New England Life Insurance co." sanciona la utilización publicitaria del rostro de una persona sin su consentimiento; y en 1909 el Tribunal Supremo de Kentucky dicta una sentencia en igual sentido. Queda así ratificado el doble contenido del right of privacy, la defensa de la vida privada del individuo y la de evitar el uso de la propia imagen sin consentimiento de la persona representada.

3) de 1910 a 1948

Es el período llamado de consolidación del derecho a la propia imagen en el que se orienta definitivamente el derecho hacia un nuevo marco jurídico: el de los derechos humanos. Con las características propias de los planteos jurídicos de cada país, este derecho tiene sus primeras manifestaciones en las peticiones de reconocimientos constitucionales y en la consolidación de los derechos de la personalidad como el marco ideal para la comprensión del derecho a la propia imagen.

En 1928 en el caso "Olmstead v. United States" el Tribunal decidió no reconocer el right of privacy implícito dentro de la cuarta enmienda; tuvieron que pasar treinta años para que fuera así reconocido por el mismo tribunal. En la doctrina mientras se abría el camino en sentido que el derecho a la propia imagen, como elemento del right of privacy se consideraba "uno de los derechos más valiosos de los ciudadanos", se estaba preparando el terreno para su reconocimiento como un derecho humano. En Estados Unidos no rige un reconocimiento positivo del carácter federal del derecho a la propia imagen, pero sí es de destacar que cada vez hay más normas que tutelan algunos de sus aspectos y la tendencia a un reconocimiento constitucional del right of privacy. Finalmente en 1965 el Tribunal Supremo Federal decidió en el caso "Griswold Connecticut", que el right of privacy está implícitamente reconocido por la Constitución de los Estados Unidos en la cuarta enmienda.

4) Nosotros situamos la cuarta etapa a partir de 1948, con la declaración Universal de Derechos del Hombre, que si bien no obliga a los Estados su influencia es notoria en los textos constitucionales posteriores a ella.

Es necesario mencionar que en los textos supranacionales no se menciona el derecho a la propia imagen expresamente, pero surge implícitamente de muchos de ellos. En la Declaración Universal de 1948 el art. 12 se refiere a la vida privada y a la honra; asimismo el art. 30 expresa "Nada de la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en ésta declaración". En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales de 1966 en el art. 19 I. "Nadie podrá ser molestado en sus opiniones..." a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y el art. 5 es casi exacto al 30 de la Declaración Universal. En Argentina rigen éstas normas después de la reforma de 1994 quedando incorporadas a nuestra Constitución por el art. 75. inc. 22.

Los textos constitucionales que tienen expresamente incorporadas normas en las que se reconoce el derecho a la propia imagen son:

1) La Constitución Portuguesa de 1976; art. 26; 1- "Todos tendrán derecho a la intimidad personal, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y a la reputación, a la imagen y a la y intimidad en su vida privada"

2) La Constitución Peruana de 1993 art. 2 "Toda persona tiene derecho ... 5. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"

3) La Constitución Brasileña de 1988 art. 5 "Se garantiza el derecho ... V. de réplica, proporcional al agravio, y a la indemnización por daño material, moral o a la imagen."

4) La Constitución Española de 1978 art. 18 "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; art. 20.1 "se reconocen y protegen los derechos: d) a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión... 4- Estas libertades tienen un límite en el respeto de los derechos reconocidos en éste título, en los preceptos especialmente en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen...". Queda claramente establecido el límite entre el derecho de dar y recibir información y el derecho a la imagen como parte del derecho a la privacidad. Además rige la Ley Orgánica 1/1982 en la que se establece como lesivo al derecho de la personalidad, art. 7. ... 3. "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre... 4. "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

En los textos constitucionales preferidos que mencionan específicamente al derecho a la imagen propia y la herramienta o garantía de protección de ese derecho es el Habeas data.

En nuestra Ley fundamental no hay un artículo que se refiera al derecho a la imagen propia, o al propio perfil, pero está implícito a través de las normas supranacionales que quedaron incorporadas a nuestra Constitución después de la reforma de 1994, en el art. 75. inc. 22. Por su parte el art. 43 establece la garantía de habeas data como el acceso a los datos, y la finalidad que se dará a los mismos y la posibilidad según los casos de rectificación, supresión, confidencialidad y actualización de los mismos. Nada dice en relación a los derechos protegidos en doctrina varios autores consideran entre los derechos tutelados por ésta garantía el derecho a la propia imagen.

VII.2. Una propuesta doctrinaria sustancial: El habeas data en su dimensión objetiva institucional. La protección global del mercado. El derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz en el proceso de intermediación de bienes y servicios.

Si partimos de una definición aceptada de mercado como la intermediación en la compraventa y transferencia de bienes y/o servicios es fácil advertir como el uso de la información o del poder informático puede generar riesgos que amenacen la intimidad, la honra, la imagen o la autodeterminación informática de cualquiera de nosotros, derechos todos protegidos – según las distintas posiciones doctrinarias – por la acción de hábeas data ¹³¹.

Vanos al referirse a los bienes jurídicos tutelados "de nada sirve que llenemos los anaqueles con dispositivos legales que protejan otros aspectos como los bienes u otros desenvolvimientos de esa misma persona, si no empezamos por proteger lo más inherente a esa propia persona, que es el derecho a su perfil y el derecho a su imagen". En ese sentido también enuncian el derecho a la imagen como bien jurídico tutelado por el hábeas data Merovich ; Puccinelli; Santos Cifuentes también reconoce entre los derechos personalísimos de las personas a amparar a través del instituto tales como honor, buena reputación, intimidad, identidad, imagen y voz .

Toda persona que vive en una sociedad tecnológicamente desarrollada, a diario brinda información sobre sus datos personales: domicilio, número de teléfono, documento de identidad, profesión, estado civil, miembros que integran su familia, participación académica o gremial, militancia en partidos políticos, creencias religiosas, estudios cursados, desempeño laboral, si posee o no tarjetas de créditos, cuenta bancaria o automóvil, etc. ; todo ello susceptible de ser almacenado en banco de datos o archivos, si se entrecruza esa información se obtiene un perfil total de la persona, una verdadera radiografía, la imagen en su totalidad, creemos que sin dudas está tutelado por medio de ésta garantía el derecho a la imagen propia y al perfil propio, que va a depender en muchos casos de la utilización que se den a los datos personales. A través de la protección de la imagen propia una persona tiene la posibilidad de proteger, su buen nombre, su honor, su honra, su buena reputación y su dignidad, todos conceptos que quedan comprendidos dentro del concepto de derecho a la propia imagen.

¹³¹ En este contexto de imagmercado en el que interactuamos la información circula globalizadamente y constituye un "bien preciado" y un factor de gran poder, se ha calculado que un hombre medio de nuestra época recibe en una semana la información que en la edad media hubiera recibido en toda su vida y que por ejemplo los habitantes de nuestra ciudad Buenos Aires estamos sometidos diariamente a entre 25.000 y 35.000 estímulos comerciales de los que solo podemos absorber aproximadamente.

Los datos personales los cuales configuran el perfil del consumidor revisten interés económico por la información que encierran y constituyen — muchas veces — un elemento de intermediación y compraventa. Todos nosotros desarrollamos cotidianamente a través de nuestras actividades distintos roles: somos consumidores de información y al mismo tiempo nuestro perfil personal, social, económico, laboral, nuestras opiniones, nuestra vida personal, constituye información deseable y económicamente valuable para el sistema.

Actualmente, como hemos visto a lo largo de esta ponencia, muchos países del mundo han sancionado tanto leyes de protección al consumidor como de protección de los datos personales, tal el caso en mi país la República Argentina de las leyes 24.240 de Protección al Consumidor y 25.326 de Protección de datos personales y acción de habeas data y se cuenta además con tribunales y procedimientos especiales para su resguardo tal el caso de los tribunales del consumidor, el amparo colectivo y el hábeas data, ya sea que se la considere una acción autónoma o una subespecie de la acción de amparo.

España por ejemplo contaba con una ley al respecto del tratamiento de datos personales que era la LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal) que debido a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

La publicación de la LOPD supone, según la doctrina, una modificación del régimen sobre protección de datos de personas físicas que anteriormente se contenía en la ya mencionada LORTAD, pero a la hora de examinarla vemos que no posee exposición

de motivos al tratarse, realmente, de una copia bastante fiel, de la Directiva Comunitaria 95/46/CE, en cuya exposición de motivos, se considera que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre y que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y en particular, la intimidad, y contribuir al progreso Económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos. Considera también, dicha exposición de motivos, en lo que respecta al punto que ahora nos interesa, que el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, hacen necesaria no sólo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro de la CE a otro, sino también la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Vemos así que la protección de la integridad de la información personal, como derecho fundamental trata de conciliarse con el libre flujo de los datos en el mercado lo que constituye una auténtica necesidad en la vida actual (esto se refleja por ejemplo en las transferencias bancarias o las reservas de pasajes aéreos).

La integración económica, social y cultural resultante del establecimiento y funcionamiento de mercados integrados conforme las realidades y ambiciones de los procesos de integración entre los países que hoy el mundo nos expone, implica un aumento notable de los flujos transfronterizos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social de los Estados integrados, ya se trate de agentes públicos o privados.

En este contexto, mi ponencia consiste en identificar la garantía del *habeas data* o acción de protección de datos personales con el derecho objetivo de los consumidores a mercados transparentes que brinden información adecuada y veraz respecto de los bienes y datos que circulan en los mismos, especialmente a partir del hecho que el avance permanente de la tecnología de la comunicación y los procesos de integración regional entre países han borrado las fronteras entre los mercados.

En estos casos, el hábeas data o acción de protección de datos personales ¹³² posee un doble carácter: SUBJETIVO y OBJETIVO.

El SUBJETIVO en cuanto a la protección del derecho a la intimidad específica, a la imagen o a la autodeterminación informática del afectado que encuentra fundamento constitucional (en Argentina) en el tercer párrafo del artículo 43 y el OBJETIVO en cuanto a la protección global del mercado consumidor quien tiene derecho a una información transparente, adecuada y veraz respecto de los bienes, servicios y datos que se ofrecen y circulan, cuyo sustento constitucional se halla en el primer párrafo del artículo 42 de la Constitución Argentina .-

Por consiguiente, una propuesta sustancial o material consiste en interrelacionar en el caso de las normas constitucionales argentinas el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución de mi país que consagra la garantía del hábeas data con el primer párrafo del artículo 42 que consagra la protección de los consumidores y usuarios en la parte que establece "el derecho a una información adecuada y veraz respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado".

A partir de esta concepción en Argentina quienes administran lucrativamente o no archivos, registros o bancos de datos destinados a proveer informes o con fines de publicidad o relativos a encuestas estarán regulados tanto por la ley 25.326 de protección de datos personales y habeas data como por la ley 24.240 de protección al consumidor.

Análogamente sucedería en España, entre las normas constitucionales de los artículos 18.4 que consagra expresamente esta garantía en protección de la intimidad y el artículo 51 de la Constitución Española que consagra el derecho de los consumidores a una información también adecuada y veraz respecto de los bienes que circulan en el mercado. Existiría en el caso de este país una aplicabilidad coordinada entre la LOPD

¹³² Como la define el capítulo VII de la ley 25.326 que lo regula en mi país.

y – por ejemplo – la ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación¹³³.

Creemos que esta postura también encuentra sustento en muchas de las normas constitucionales latinoamericanas a las que ya hemos hecho referencia, tal el caso de las Constituciones de Brasil: artículos 5 inciso LXXII¹³⁴; 5 inciso XXXII¹³⁵; 170, inciso V¹³⁶; Colombia, artículos 15¹³⁷ y 78¹³⁸; Perú, artículos 200 inciso 3¹³⁹ y 65¹⁴⁰; Paraguay, artículos 135¹⁴¹, 28¹⁴² y 38¹⁴³; Guatemala, artículos 31¹⁴⁴ y 130¹⁴⁵; entre otras.

¹³³ Ver una postura en igual sentido en "La protección del derecho a la intimidad y la nueva ley sobre cláusulas abusivas. El caso español del contrato de servicios telefónicos y la venta de datos de los usuarios", Elda Margarita Suárez Barrera, *Dikáion, Revista de fundamentación jurídica*, N° 8, julio de 1999, pág. 127/143. Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia.

¹³⁴ "Se concederá habeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo"

¹³⁵ "El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor".

¹³⁶ "El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia social, observando los siguientes principios: ... V defensa del consumidor"

¹³⁷ "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado tiene que respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución..."

¹³⁸ "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización".

¹³⁹ "La acción de Habeas Data que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere el art.2 inc. 5,6 y 7 de la constitución", que respectivamente aluden al "habeas data exhibitorio", o sea a poner en conocimiento de la persona que interpone el habeas data de los datos a ella referidos (inc.5); se prevé el no suministro de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inc.6) y por último el habeas data que tenga en miras asegurar los derechos al "honor y buena reputación, intimidad personal y familia, voz e imagen propias"

¹⁴⁰ "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

¹⁴¹ "Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre la misma y sobre sus bienes obren en registros oficiales o de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afecten ilegítimamente sus derechos".

¹⁴² "Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y equánime".

Recordemos que la libertad de expresión también ha sido justificada en un doble carácter: como un aspecto básico para el desarrollo de la autonomía de la persona y como un elemento esencial del sistema democrático de gobierno.

Esta posición, conocida como el "modelo de la libertad" protege el discurso público no como un medio hacia un bien colectivo sino por el valor que tiene el discurso para el individuo, al promover tanto la autorealización individual como la autodeterminación individual-colectiva ¹⁴⁶.

"...La garantía constitucional (de la libertad de expresión) ... fue creada para asegurar el irrestricto intercambio de ideas con el objeto de provocar los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo..." ¹⁴⁷ "... Para un ordenamiento estatal democrático (la libertad de expresión) es directamente un elementos constitutivo, pues posibilita la permanente confrontación intelectual, la lucha de opiniones, las que constituyen su elemento vital. En cierto sentido constituye el fundamento de cualquier otra libertad "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom..." ¹⁴⁸ .-

En torno a este doble carácter y con fundamento constitucional en la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos el derecho Norteamericano ha

¹⁴³ "Toda persona tiene derecho individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa... de los intereses del consumidor..."

¹⁴⁴ "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos".

¹⁴⁵ "... El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores".

¹⁴⁶ ver C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. Rev. 964).

¹⁴⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos "NY Times c/Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

¹⁴⁸ Fallo del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, BVerfGE 7,198,208).

construido la llamada "teoría de las libertades preferidas"¹⁴⁹ cuya aceptación doctrinaria y jurisprudencial es notoria.

En forma equivalente a estos conceptos creemos que la moderna garantía del habeas data encuentra esta relación bidimensional en la íntima relación que posee con el derecho a la información que le sirve de sustento, cuya relación directa con la libertad de expresión se asemeja a una de las caras de una misma moneda.

En el caso de ambos institutos, este doble carácter distingue su esencia y la refuerza recíprocamente. Poseen una impronta personal subjetiva y un sello objetivo institucional. El aspecto institucional propone y produce un refuerzo del derecho individual.

VII.3. Una propuesta doctrinaria formal o procedimental. El habeas data como mecanismo de resolución de conflictos derivados del consumo.

Este capítulo contiene también una propuesta que hemos denominado procedimental o formal y que consiste en incluir la acción de habeas data como un procedimiento de prevención y solución de conflictos derivados del consumo.

Tanto el artículo 51 de la Constitución Española como el 42 de la Constitución Argentina¹⁵⁰ consagran la preocupación por que la legislación establezca procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos derivados del

¹⁴⁹ Para ampliar el contenido y los alcances de la teoría de las libertades preferidas ver Alberto B. Bianchi, Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, páginas 459 y siguientes.-

¹⁵⁰ "...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

consumo, previendo la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control.

Disposiciones similares consagran entre otras, la Constitución Colombiana en su artículo 78 ¹⁵¹; la Peruana en su artículo 62 ¹⁵²; La Brasileña en los artículos 24 punto X ¹⁵³ y 98 ¹⁵⁴ y la Paraguaya en su artículo 38 ¹⁵⁵.

Como surge del gráfico desarrollado en el Capítulo II, punto 4, la clasificación que en relación a los sistemas de prevención y solución de conflictos del consumidor que proponemos se divide en Extrajudiciales y Judiciales. Dentro de los Extrajudiciales considerábamos a los llamados Tribunales administrativos del Consumidor; los procedimientos administrativos que tramitan por ante el instituto del Defensor del pueblo u Ombusman; las técnicas de participación que consagran el sistema de audiencias Públicas nacidas en los Estados Unidos de Norteamérica e incorporadas en muchas legislaciones latinoamericanas para el tratamiento del control en temas de directa afectación de los intereses de los consumidores, los métodos RAD (Resolución Alternativa de disputas) y el llamado "Sistema Legal Prepago".

Dentro de los judiciales distinguimos los jurisdiccionales como los Tribunales de Menor Cuantía de los Procesales, y dentro de estos, los generales como el amparo y

participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control"

¹⁵¹ "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atentan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos"

¹⁵² "... Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley".

¹⁵³ "Compete a la unión, a los Estados y al distrito Federal legislar concurrentemente sobre: X Creación, funcionamiento y proceso de los juzgados de pequeñas causas"

¹⁵⁴ "La Unión creará en el distrito Federal y en los Territorios y los Estados: I juzgados especiales, integrados por jueces togados o togados y legos, competentes para la conciliación, juicio y ejecución de causas civiles de menor cuantía..."

los específicos como el hábeas data o acción de protección de datos o la "injection de hacer" de la legislación francesa.

Nuestra propuesta clasificatoria formal apunta a que el habeas data se constituya también como un mecanismo procesal hábil para prevenir y resolver los conflictos derivados del consumo en el sentido y la extensión que hemos elaborado en esta ponencia. En estos términos, el procedimiento que las distintas legislaciones de los países consagren para regular esta garantía bidimensional bien podría tramitarse por la vía judicial - como habitualmente sucede - o por la vía administrativa por alguno de los mecanismos de prevención y solución de conflictos de estas características como los Tribunales administrativos o el Defensor del Pueblo, lo que redundaría en beneficio de la celeridad, economicidad y confidencialidad del sistema. Estos procedimientos deberían prever la participación y/ control de las asociaciones representativas de consumidores y usuarios ¹⁵⁶

¹⁵⁵ "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitad, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor..."

¹⁵⁶ Bajo esta óptica entiendo que cuando el artículo 29 de la ley de protección de datos Argentina N° 25.326 crea un órgano de control descentralizado dentro del ámbito del Ministerio de Justicia debió haber previsto en el mismo la participación de los usuarios de bancos de datos de titularidad privada, así como les delegó por el artículo 30 de la ley la facultad de elaborar códigos de conducta de práctica profesional que contengan normas para el tratamiento de datos personales. De esta forma se hubiera asegurado de mejor manera los principios de control y participación que guían la democracia social de derecho a la cual parecería haber dirigido su norte la constitución luego de la reforma constitucional de 1994.

Capítulo VII

Conclusiones finales.

La teoría moderna del conflicto aborda al mismo como uno de los grandes motores de la sociedad. El conflicto define los grupos de interés; inspira la expresión de ideas; organiza alianzas y grupos de oposición y, por lo tanto, requiere la construcción de estructuras y procesos para su resolución pacífica. -

Si abordamos el conflicto desde una visión "macro" el mismo nos deja al descubierto algunas características y conclusiones:

- El triunfo del modelo democrático liberal:

Finalizado el siglo veinte podemos afirmar que la ideología democrática de gobierno participativo ha capturado el interés mayoritario y se ha convertido en la aspiración de la mayoría de las naciones occidentales, donde la libertad de expresarse, asociarse y competir se predicán en un sistema de derecho creíble, lo que nos habla del surgimiento de alternativas diferentes a la aplicación formal de las reglas y procedimientos.

- La aparición de nuevos y renovados conflictos y de su generalización:

Los últimos treinta o cuarenta años han significado una revolución mundial en casi todos los aspectos públicos y privados de los habitantes del mundo que han conmovido los paradigmas sobre los que se asienta gran parte de la cultura occidental. El ingreso en el nuevo siglo se ha efectuado a partir de una serie de fenómenos conflictivos nuevos, donde muchas veces las decisiones de los países tienen impacto sobre los ciudadanos de otros países.

El desastre de Chernobyl por ejemplo, excedió en mucho el territorio de Ucrania; la destrucción de las selvas amazónicas o el libre comercio puede enriquecer a sectores y perjudicar a otros. Estos nuevos conflictos exceden en mucho el sistema tradicional de resolución y por lo tanto se han venido incorporando metodologías nuevas que cobran importante vigencia a partir de acuerdos derivados democráticamente.

Así, los acuerdos de paz para Bosnia incorporaron metodologías de mediación y conciliación; el Nafta aplica procesos de mediación para la solución de problemas laborales y ambientales; la organización para la seguridad y cooperación en Europa utiliza técnicas facilitadoras para resolver reclamos étnicos; nuestro Mercosur - a través del protocolo de Brasilia para la solución de controversias - establece un sistema con negociación directa y arbitraje para los problemas de los estados miembros y de los particulares. -

- El desarrollo de una sociedad civil fuerte y dinámica:

Cada uno de los ejemplos anteriores destaca condiciones previas democráticas para la aplicación de procesos de prevención y solución de conflictos. Esta situación del modelo capitalista liberal ha renovado los desafíos que le toca enfrentar. Parecería que ya no podemos tener esperanzas de poder crear una gran sociedad a partir de abarcadores programas gubernamentales.

Las instituciones políticas y económicas hoy dependen de una sociedad civil (instituciones empresas, asociaciones, clubes, iglesias, institutos educacionales, sindicatos, etc) fuerte y dinámica. Una próspera sociedad civil depende de los hábitos y costumbres y el carácter distintivo del grupo humano. Estos elementos se nutren a través de la conciencia y del respeto por la cultura. Por esto, muchos pensadores de hoy sostienen que la identificación primaria del hombre de este siglo no será ideológica sino cultural.

Por otra parte, si abordamos el conflicto desde una visión "micro" el mismo nos deja al descubierto otras características y conclusiones:

- **Los conflictos son inevitables en las organizaciones y estos deben ser pensados en un contexto de sistemas:**

Sabemos que los conflictos son inevitables dentro de cualquier institución. Las quejas, las reclamaciones y los conflictos dentro de las organizaciones deben verse como un tema importante dentro de la teoría y práctica del conflicto y deben empezar a ser pensados en un contexto de sistemas.

Gran parte de los esquemas actuales estén diseñados conforme el sistema distributivo tradicional: desde el poder y desde los derechos. Uno de los aportes importante de la teoría moderna del conflicto nos indica que deben diseñarse sistemas de resolución y gestión de conflictos integrados y coordinados: desde el poder, los derechos y los intereses.

Muchos reclamos - como los derivados de las relaciones de consumo - son de naturaleza sutil, difusos y subjetivos, otros muy tecnificados. Muchos reclamos formales se hacen expresando sentimientos que no tienen que ver con el reclamo en sí. Mucha gente no quiere solamente soluciones distributivas a sus reclamos.

- **debemos encaminarnos a desarrollar una cultura de gestión pacífica de los conflictos:**

Para desarrollar una cultura de gestión pacífica de conflictos debe crearse la capacidad de considerar el conflicto como una fuerza social positiva; preparar a quienes están encargados de tomar decisiones para responder democráticamente a las posiciones conflictivas; aplicar procesos que cambian la dinámica de resolución de conflictos de una posición adversarial a una posición participativa; promover políticas que creen y sostengan estructuras participativas en la sociedad civil; fomentar la educación y

capacitación en dicho sentido. Todo esto no solo conduce a promover un cambio en la visión social del conflicto, sino también contribuye al afianzamiento del sistema democrático.

- La cooperación social es necesaria en la actividad económica:

Hay que comprender que no existe forma de actividad económica en la comunidad - desde un pequeño negocio hasta una gran empresa - que no exija la cooperación social entre seres humanos. En la planta de armado de la conocida fábrica automotor Toyota cualquier operario puede parar la línea de producción. Esto encuentra explicación en que la comunidad japonesa es de índole cultural, no formada sobre la base de reglas y normas sino a partir de una serie de características distintivas y de obligaciones morales recíprocas. Estos hábitos dan a los miembros de la comunidad las razones necesarias para formar una confianza mutua.-

- El capital social es la capacidad de asociarse y confiar y tiene íntima relación con el valor de la solidaridad:

Esta capacidad de los individuos de trabajar juntos en un halo de confianza ha sido denominado por distintos sociólogos y filósofos como "capital social"¹⁵⁷. El elemento humano no solo se conforma por sus habilidades y conocimientos sino también por su capacidad para asociarse. Esto depende del grado en que los integrantes de una comunidad comparten normas y valores recíprocos, así como la facilidad para subordinar los intereses individuales a los de grupo, es decir compartir el valor de la solidaridad.

A partir de estos valores nace la confianza como expectativa de las personas de un comportamiento normal, honesto y cooperativo del otro. El capital social es la capacidad que nace a partir del predominio de la confianza en una sociedad o en sectores de esta. Siguiendo esta línea de pensamiento, compartir valores éticos es de relevancia fundamental para la consolidación del modelo.

¹⁵⁷ Para una profundización de estas ideas ver Fukuyama Francis, "Confianza" (Trust) Editorint Atlántida, Buenos Aires, 1996.

Es que un individuo puede decidir invertir en capital humano convencional y de esta forma capacitarse. Pero la adquisición de capital social para una comunidad exige la habituación a normas morales compartidas por los integrantes de la misma, normas comunes que generaran "confianza". Parecería que esta cualidad - la confianza - se basa mas en virtudes sociales que individuales.

La gente que no confía en el prójimo coopera con este solo bajo un sistema de normas y regulaciones negociadas e implementadas a veces coercitivamente. Esto implica un costo que los economistas denominan "costo de transacción" y que las sociedades con confianza no pagan o pagan en menor medida. Una sociedad con alto nivel de confianza puede estructurar sus organizaciones sobre la base de modelos que incluyan mayor flexibilidad y orientación hacia el trabajo cooperativo. Por el contrario, las sociedades de bajo nivel de confianza tienen que regular las relaciones a través de un complejo y extenso sistema legal.-

- La mayor parte de los esquemas actuales están diseñados conforme al sistema distributivo tradicional: desde el poder y desde los derechos.

El sector público y el privado deben diseñar un sistema de resolución aplicable a sus órbitas de la misma manera que diseñan otros tipos de sistemas de gestión.-

Pero debe darse a este punto un contexto que exceda las acciones legales o los procedimientos que terminan en decisiones o prerrogativas del personal jerárquico, es decir el típico esquema de toma de decisiones de arriba hacia abajo (uso del poder).

- el sistema de solución de conflictos dentro de las organizaciones públicas y privadas debe pensarse en forma integral incluyendo la óptica de los intereses.

Debemos pensar la organización adicionalmente al esquema tradicional, incluyendo mecanismos integradores de solución de problemas. Muchos reclamos - como los derivados de las relaciones de consumo - son de naturaleza sutil, difusos, subjetivos, o a veces muy tecnicizados. Muchos reclamos formales se hacen expresando sentimientos que nada tienen que ver con el reclamo en sí. Mucha gente no quiere solamente soluciones distributivas a sus reclamos. Estos puntos son esenciales para el trabajo de los teóricos de las técnicas de ADR y de negociación contemporáneos, pero han sido pasados por alto por muchos observadores por largo tiempo que solo se preocuparon por los derechos y el poder, dejando de lado los intereses en juego.-

Un diseño adecuado de resolución de conflictos en cualquier organización conducirá a una reducción de costos y muy posiblemente a un aumento de la productividad. Si bien este último punto no ha sido muy desarrollado por los especialistas.

- tipología de un diseño de resolución de conflictos en el sector público o privado.

Una tipología adecuada de las funciones requeridas para un sistema de resolución de conflictos efectivo, que lógicamente goce de las características principales del que han aportado los mayores especialistas en la materia, debe contener los siguientes aditamentos.-

- 1) las partes deben participar del diseño del sistema de resolución de disputas que utilizan.-
- 2) un sistema de gestión de conflictos debe ofrecerle a las partes el espectro mas amplio posible de opciones para resolver sus diferencias.-

3) el sistema debe asegurar la función de ayudar a las partes a evaluar los distintos procedimientos para la solución de sus disputas y encontrar el procedimiento adecuado al tipo de disputa.-

4) el sistema de gestión de conflictos debe promover la utilización de procedimientos de cooperación atendiendo a los intereses de las partes sin menoscabar el derecho de las partes a promover soluciones fundadas en derechos a través de otros foros, como en el caso de una acción judicial.-

5) quienes manejan los reclamos deben transmitir respeto por los sentimientos de la gente.-

6) cualquier persona de la organización debe poder obtener información sobre el funcionamiento del sistema.-

7) todos los integrantes de la organización deben poder encontrar un asesoramiento efectivo para aprender a resolver sus reclamos.-

8) debería haber un mediador organizacional que actuara como intermediario y educador de los grupos e individuos.-

9) las partes deben poder elegir sus propias vías de reclamo. Este es un punto importante que no se le ha dado la suficiente atención, ya que la gente considera que la posibilidad de elección en sí tiene valor adicional.-

10) el sistema de propender a generar confianza entre los usuarios.

- debemos encaminarnos a desarrollar una cultura de gestión pacífica de los conflictos.

Para desarrollar una cultura de gestión pacífica de conflictos deberá crearse la capacidad de considerar el conflicto como una fuerza social positiva; preparar a quienes están encargados de tomar decisiones para responder democráticamente a las posiciones conflictivas; aplicar procesos que cambian la dinámica de resolución de conflictos de una actitud adversarial a una actitud participativa; promover políticas que creen y sostengan estructuras de mediación en la sociedad civil y educar y capacitar en este sentido.-

Todo esto no solo nos conduce a promover un cambio social de lo adversarial a lo cooperativo, sino también contribuye al afianzamiento del sistema democrático y nos permite capacitarnos de mejor manera para leer el mundo de hoy y del mañana.-

- la cooperación social es necesaria en toda actividad económica.

Compartir normas y valores comunes genera confianza

Las diferencias culturales cobran gran importancia y todas las sociedades deberán prestar mayor atención a su cultura. Hay que comprender que no existe forma de actividad económica desde un pequeño negocio hasta una gran empresa que no exija la cooperación social entre seres humanos.-

En la planta de armado de Toyota cualquier operario puede parar la línea de producción. Es que la comunidad japonesa es de índole cultural, no formada sobre la base de reglas y normas sino a partir de una serie de características distintivas y de obligaciones morales recíprocas. Estos hábitos dan a los miembros de la comunidad las razones necesarias para formar una confianza mutua.-

- el capital social es la capacidad de asociarse y confiar. Tiene íntima relación con la solidaridad.

Esta capacidad de los individuos de trabajar juntos en un halo de confianza ha sido denominado por la sociología moderna como "capital social". El elemento humano no solo se conforma por sus habilidades y conocimientos, sino también por su capacidad para asociarse. Esto depende del grado en que los integrantes de una comunidad compartan normas y valores, así como la facilidad para subordinar los intereses individuales a los de grupo, es decir la solidaridad.

A partir de estos valores nace la confianza como expectativa de las personas de un comportamiento normal, honesto, cooperativo del otro. El capital social es la capacidad que nace a partir del predominio de la confianza en una sociedad o en sectores de esta. En esta línea de pensamiento el hecho de compartir valores éticos es de relevancia fundamental.

Un individuo puede decidir invertir en capital humano convencional y de esta forma capacitarse, pero la adquisición de capital social exige la habituación a normas morales de una comunidad, normas comunes aceptadas y compartidas que generaran la confianza, la que se basa mas en virtudes sociales que individuales.

La gente que no confía en el prójimo coopera con este solo bajo un sistema de normas y regulaciones negociadas e implementadas a veces coercitivamente. Esto implica un costo, que los economistas denominan costo de transacción y que las sociedades con confianza no pagan o pagan en mucha menor medida. Una sociedad con alto nivel de confianza puede estructurar sus organizaciones sobre la base de modelos que incluyan mayor flexibilidad y orientación hacia el trabajo cooperativo. Por el contrario las sociedades de bajo nivel de confianza tienen que regular las relaciones a través de un complejo sistema legal.-

- El derecho del consumidor nació y se desarrolló intensamente procurando equiparar la desigualdad de fuerzas del mercado.

El avance creciente en el mundo - en los últimos cincuenta años - del movimiento consumidor, dejó al descubierto la insuficiencia de los principios del derecho clásico para resolver - con equidad y justicia - los conflictos que se suscitan en una sociedad entre el individuo, situado como consumidor, y las empresas productoras de bienes y servicios.

Ante esta realidad, se reaccionó positivamente desde los ámbitos públicos y privados generando iniciativas que dieron origen a multiplicidad de organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores. Prácticamente todos los países del mundo occidental otorgaron protección normativa a los usuarios y consumidores a través del dictado de leyes, decretos, o resoluciones, en el ámbito federal, regional o municipal, llegándose en algunos casos - como el argentino a partir del año 1994 - a asignarle a estos derechos rango constitucional.-

La complejidad de las situaciones que encierra el mundo consumidor hace que su protección no pueda agotarse en el mero reconocimiento normativo de los derechos.

El avance y sofisticación de las técnicas promocionales y publicitarias de productos y servicios que masifican la individualidad, y llegan a viciar la libertad en la elección del producto deseado evidencian la relevancia decisiva de los derechos-deberes de información y educación para contrarrestar los impulsos y modas impuestas por los grandes productores en el proceso de valoración del bien elegido.

Los derechos de información y educación deben ser ejercidos y cubiertos, no solo por intermedio de las asociaciones de consumidores, sino especialmente por el Estado, en forma directa, a través de la sanción de políticas destinadas a fomentar la educación e información de los consumidores, y creando organismos públicos a ese efecto; e indirectamente, al programar y establecer mecanismos especiales de solución de controversias (judiciales o administrativos) que deben estructurarse a partir de un objetivo "informativo-educativo" de la población.-

- los procedimientos de prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo deben ser interpretados como una propuesta constitucional integral y armónica.

La mayoría de los países que han implementado sistemas orgánicos de protección al consumidor poseen mecanismos administrativos, jurisdiccionales y procesales para dirimir - en última instancia - los conflictos provenientes del consumo.-

Tenemos que tener presente que así como nuestra Constitución a partir de su reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los derechos derivados de la relación de uso y consumo, dio también un paso decisivo al asegurar la obligación de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos derivados del ejercicio de dichos derechos. En este aspecto, diversas son las técnicas de participación ciudadana (formales o informales) en la actividad estatal que en el derecho comparado coadyuvan al ámbito de protección de los consumidores y usuarios.

Dentro de este esquema existe un marco de variadas posibilidades que van, desde la implementación de tribunales especiales para consumidores y técnicas directas de participación ciudadana hasta mecanismos procesales idóneos para tales fines, que pueden ser aplicados por los tribunales comunes.

Nadie ignora que en la mayoría de los países del mundo la administración de justicia se caracteriza por ser costosa, compleja y lenta. Esta particularidad común, frente a la poca entidad que poseen en general los reclamos aislados de los consumidores, es la razón por la cual la mayor parte de sus frustraciones no trascienden el marco personal o familiar de la población. Esto, lejos de representar un beneficio, importa un desgaste que excede el marco individual del hombre para proyectarse sobre la credibilidad de las instituciones, con seria afectación de la justicia como mecanismo idóneo para solucionar conflictos.-

Considerando el estado crítico por el que transcurre el sistema jurídico argentino, en lo que hace a su aceptación y confianza en el marco de la sociedad, creemos que el país no puede

permitirse el lujo de marginar ideas que han demostrado ser exitosas en otros países mas evolucionados que el nuestro en lo que se refiere al respeto por las instituciones, y a la protección de los derechos ciudadanos.

Bajo este convencimiento, y sin perjuicio del debate amplio que todos los cambios merecen, creemos que las nuevas iniciativas que tiendan a perfeccionar un sistema integral de resolución de conflictos para la sociedad Argentina deben ser apoyadas. En lo que respecta a las relaciones de uso y consumo tengamos presente que tienen fundamento constitucional expreso y operativo no solo los derechos en juego sino también los mecanismos para hacerlos efectivos tal como categóricamente lo decidió la justicia Contencioso Administrativo Federal en el caso "Youssefian"¹⁵⁸. Es que - siguiendo el conocido aforismo anglosajón - "donde no hay remedio no hay derecho".

El constituyente estableció la tutela constitucional del amparo para los usuarios y consumidores; para la defensa de la competencia y para "los derechos de incidencia colectiva en general". A nuestro criterio tiene un doble significado; en primer lugar establece que los mencionados son derechos de incidencia colectiva; y por lo tanto objeto de este amparo colectivo, en tanto la tutela se encuentra en relación con los derechos públicos de la sociedad. En segundo término al utilizar la voz "derechos de incidencia colectiva en general", quiere decir que los supuestos anteriores no tienen carácter taxativo, sino meramente enunciativo, guardando concordancia con lo establecido en la norma de los dos artículos ; 41 y 42 de la constitución nacional.

Adherimos a la postura que la voz "afectado" se refiere a la legitimación para tutelar los intereses difusos o de incidencia colectiva en general; cuando se pueda acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente; sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho

¹⁵⁸ "Los derechos de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos son operativos en virtud de su naturaleza y de la vía judicial prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional. Por tanto no dependen de su reglamentación" autos Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones", CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, junio 23-998.-

subjetivo lesionado; así como tampoco en el otro de considerar que con esa palabra se abren las puertas de una acción popular.

Nos resulta claro, por otra parte, que el derecho subjetivo lesionado está abarcado en el primer párrafo de la norma del artículo 43 de la Constitución; en cambio en el segundo párrafo no se refiere a derechos individuales; sino a derechos colectivos, o intereses difusos.

La legitimación del defensor del pueblo para accionar en nombre del pueblo, deja nuevamente ver con claridad que el derecho protegido, no es un derecho individual sino un derecho grupal. Está siendo legitimado para interponer acción de amparo en nombre de un sector o grupo cuyos derechos han sido lesionados. Al tratarse de "derechos de incidencia colectiva", es este el caso en que se legitima a órganos para accionar en nombre de otros; en nuestra constitución el Defensor del Pueblo.

El hecho de legitimar a un órgano en especial o a Asociaciones es la más clara demostración que esta dupla, más la categoría de "afectado", forman una triada que excluye de nuestro sistema la acción popular.

Consideramos claramente positiva la reforma en este aspecto; al incorporar "nuevos derechos" y consiguientemente "nuevas garantías"; cumpliendo así una de las reglas de oro del derecho constitucional; cada derecho tiene su garantía. Justo es que si se incorporan "derechos colectivos"; exista una herramienta para hacer valer los mismos en caso de ser vulnerados; el "amparo colectivo".

La incorporación a la Constitución Nacional del instituto del amparo a partir de la reforma de 1994 ha iniciado una nueva etapa para esta importante acción garantista, que ha recorrido en nuestro país un camino legislativo y jurisprudencial que sufrió distintas mutaciones, iniciado con su consagración pretoriana a partir de los famosos casos "Siri" y "Kot" fallados por nuestra Corte Suprema en 1957 y 1958.-

Al crear la nueva figura el alto Tribunal acudió al concepto de la operatividad de los derechos constitucionales, poniéndose en evidencia que los derechos, declaraciones y garantías previstos en la Constitución poseen fuerza obligatoria para los individuos y para el Estado, debiendo ser aplicados plenamente por los jueces.-

Pero cuando en 1966 el amparo recibió consagración legislativa a través de la ley 16.986 se le impusieron por medio de este texto pautas limitativas que implicaron una distorsión de la figura inicial, lo que justificó plenamente la dura crítica que la doctrina especializada formuló durante los años siguientes bajo la afirmación que las restricciones impuestas por la ley habían herido de muerte al amparo.

Genaro Carrió expresó en forma elocuente: "Las esperanzas que hizo nacer la Corte con la fundamental contribución a la reforzada protección de los derechos humanos que se derivaba de la doctrina de Siri y Kot se perdieron en el vacío de una ley dictada con el propósito de consagrar definitivamente la nueva vía de protección..."-.

No obstante esto, la interpretación jurisprudencial atemperó paulatinamente el rigorismo señalado permitiendo recobrar el amparo - en algunos casos - la auténtica dimensión garantista que tuvo en sus orígenes.-

La reforma constitucional de 1994 receptó expresamente el amparo en el nuevo texto constitucional según la redacción dada al artículo 43, con la intención saludable de ampliar el marco de los derechos tutelados o al menos disipar toda duda acerca de que el mismo procede contra toda violación a un derecho, se origine éste en la Constitución o sea consecuencia de su reglamentación, implicando esto último una de las más importantes novedades de la nueva tutela constitucional.-

Esto pone fin a la disputa doctrinaria con respecto si por vía del amparo se podían tutelar derechos que no encontraban apoyo inmediato en la Constitución, haciendo operativa toda la legalidad que emerge de la Constitución.-

En este orden de ideas, que implica abarcar todo el espectro de legalidad constitucional, entendemos que debe abrirse el amparo para la cobertura no solo de derechos nacidos de la Constitución, las leyes o los tratados, sino también de decretos, resoluciones u ordenanzas, ya que el término ley - que utiliza el artículo 43 - debe ser considerado en sentido material y no formal.-

Es importante destacar que la reforma a despejado definitivamente las dudas respecto a la procedencia del amparo como medio de protección de todos aquellos derechos de carácter colectivo, los que jurisprudencialmente encontraron favorable acogida con fundamento en el art. 33 de la Constitución originando importantes fallos de nuestra Corte Suprema como ser los ya históricos "Kattan c/Gobierno Nacional", "Ekmekdjian c/ Sofovich" y "Cartaña c/ Municipalidad de Buenos Aires".-

Si bien el panorama doctrinario y jurisprudencial ha sido propicio a la protección de los derechos colectivos, esto no siempre fue entendido de esta manera en nuestra Justicia, quedando el tema sujeto a los criterios individuales de los jueces.-

Por consiguiente, el art. 43 parecería haber puesto punto final al tema al decir que podrán interponer la acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva, en general el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.-

En este sentido, hay que apuntar que - según la reforma - cualquier situación que traspase los límites de lo meramente individual deberá ser admitida por la vía del amparo en razón de la fórmula genérica: "... así como los derechos de incidencia colectiva, en general...". Por lo tanto, tanto los derechos difusos, es decir aquellos de naturaleza indivisible que pertenecen a personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho, como los colectivos, aquellos indivisibles que pertenecen a

un grupo, categoría o clase de personas ligadas por una relación jurídica, encuentran protección a partir de la reforma constitucional. -

Por supuesto, que a la luz de la nueva letra constitucional el afectado no es cualquier persona, ya que no se consagra una acción popular, sino que se convierte en quien titulariza su porción subjetiva en aquellos derechos transindividuales que, al afectarse su cuota personal por el acto impugnado, actúa en defensa subjetiva de la misma a la vez que en defensa objetiva del derecho colectivo. -

Otro aspecto relevante que hemos mencionado oportunamente que ha otorgado la redacción constitucional al instituto es el referido al control de constitucionalidad en el amparo, lo que estaba expresamente vedado según la ley 16.986.

Como vimos, la Jurisprudencia tuvo una interpretación variable al respecto. En el año 1967 la Corte en el caso "Outón" estableció que dicha norma, si bien era un principio general, no era absoluta, declarándose en ese caso la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Este criterio no fue homogéneo en el ámbito del tribunal, pero prevaleció finalmente en los casos "Arenzon" y "Peralta". -

El art. 43 de la Constitución acoge una postura amplia al decir "que en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Esta reforma incorpora - a nuestro criterio - la facultad-deber de los jueces de asumir el control de constitucionalidad. Se positiviza así una nueva vía procesal para el control de constitucionalidad por vía de acción, lo que no debe ser confundido con acción pura o abstracta de inconstitucionalidad ya que el control operará en un caso concreto.

Lógicamente la inconstitucionalidad de la norma deberá ser manifiesta, ya que si la cuestión requiere mayor debate esta vía será inadecuada para esa declaración, sobre

todo si consideramos la presunción de legitimidad de que gozan las normas y actos estatales.-

Por último, como dijimos la redacción que la Constitución a dado al art. 43 en lo referente al control de constitucionalidad abre también una puerta para revertir la doctrina autolimitativa de la Corte que estableció que la inconstitucionalidad solo procede en tanto haya petición de parte, ya que dicho artículo no expresa que la misma queda condicionada a que exista tal petición, lo que permite inferir que dicha facultad queda librada a la discrecionalidad judicial.-

Esta parte del art. 43 ha revalorizado el principio de la supremacía constitucional que lesionaba la ley 16.986 al ampliar los mecanismos procesales de control a través de los cuales los jueces pueden introducirse en la cuestión constitucional.-

La nueva norma que la reforma constitucional de 1994 nos ha legado en el art. 43 ha abierto la puerta, no solo a la constitucionalización expresa de la garantía del amparo, sino también a una nueva etapa en la vida del instituto a partir de la mayor amplitud que le ha otorgado a la legitimación activa, sin que esto implique, como hemos aclarado, consagrar la acción popular en nuestro derecho federal.-

Es de esperar que el amparo recupere el rol de garantía al servicio de la libertad y defensa de la Constitución que fundó su nacimiento y que nuestros legisladores - quienes aún adeudan su nueva reglamentación - estén a la altura de dichas circunstancias.-

- la nueva garantía constitucional del hábeas data reviste carácter bidimensional y puede ser englobada dentro de los

La garantía del hábeas data o acción de protección de datos personales posee un doble carácter: subjetivo y objetivo. El Subjetivo en cuanto a la protección del derecho a la intimidad, la imagen o la autodeterminación informática del afectado que encuentra fundamento constitucional en la mayoría de las constituciones latinoamericanas y el objetivo en cuanto a la protección global del mercado consumidor quien tiene derecho a una información transparente, adecuada y veraz respecto de los bienes, servicios y transmisión de datos que se ofrecen y que también encuentra recepción en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica.

Por consiguiente, quienes administran archivos, registros o bancos de datos destinados a proveer informes o con fines de publicidad o relativos a encuestas deben estar regulados tanto por las normas de protección de datos personales y acción de habeas data como por aquellas propiamente de protección al consumidor.

La acción de habeas data puede ser considerada dentro de los procedimientos de prevención y solución de conflictos derivados de las relaciones de consumo. En estos términos, las regulaciones que los países implementen para reglamentar esta garantía bidimensional deberían prever la tramitación de la misma no solo por la vía judicial sino también por una vía administrativa.

La irrupción de Internet y demás tecnologías y herramientas informáticas y comunicacionales que se ejecutan en el escenario sobre el que despliega su eficacia este grupo normativo, supone, sin duda, una fuente de peligros adicionales para los bienes jurídicos protegidos a los que apuntan las normas de regulación de datos de carácter personal y habeas data, siendo conscientes de ello las autoridades de algunos países que han empezado a imponer criterios en resguardo de los consumidores ¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ejemplo la aprobación en España del Real Decreto 1906/99, de 17 de diciembre sobre contratación electrónica con CGC, que se encuentra referido a los contratos que se puedan suscribir por técnicas telemáticas y que incluyan condiciones generales de contratación (CGC), dictado en desarrollo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación.