

La aplicación de la irretroactividad de la ley (Art 7 del CCC) y el principio *pro consumidor*

Dra Lidia MR Garrido Cordobera

1. Introducción

Hemos asistido en estos últimos tiempos a la inquietud promovida por la entrada en vigencia el 1 de agosto del nuevo ordenamiento Civil y Comercial y a la discusión sobre la aplicación del derecho transitorio a las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹, lo cual necesariamente nos remonta a lo ocurrido en nuestro País con la modificación del art 3 del CC por la 17711 en el año 1968² y a su antecedente el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil³.

Pero en este trabajo sobre todo pondremos el eje en el ultimo párrafo de la nueva norma, que refiere a la aplicación de las normativa más favorables al consumidor, y en esta tarea aceptamos el reto de defender la aplicación de ciertos principios que muchas veces pueden chocar con criterios meramente utilitarios-economicistas o hasta ser considerados utópicos por parte de la doctrina y los operadores jurídicos.

2. La aplicación de la ley, la irretroactividad, la inmediatez y otras cuestiones, a que situaciones se aplica la nueva Ley?

A fin de tener un panorama mejor para el lector transcribiré a continuación los artículos pertinentes conforme se fueron dando en la legislación Argentina

Art. 3° C.C. “Las leyes disponen para lo futuro, no tienen efectos retroactivos ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”.

¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

Junyet Bas, Francisco, El derecho transitorio. A propósito del Art 7 del Código Civil y Comercial, LL 27/4/2015

Kemelmajer de Carlucci, Aída El Art 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe Sentencia firme, LL 22/4/2015

Acuerdo Plenario 194, Cam Trelew 15/4/2015, ED 17/4/2015

² Garrido Roque F- Andorno, Luis, Reformas al Código Civil, Ed Zavalia, 1969.

Borda Guillermo, la Reforma de 1968 al Código Civil, Ed Perrot, 1971

López de Zavalia, Fernando, Irretroactividad de las leyes, LL 11/9/69

Moisset de Espanes, Luis. La irretroactividad de la ley el nuevo art 3 del Código Civil; Univ Nac de Córdoba 1976

³ Realizado en Córdoba en 1961, cuyas atas se pueden consultar on line en la pagina de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba

Art. 3° ley 17711” A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Art 7°C.C.C.- “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

En los fundamentos que acompañaron la elevación del Proyecto del 2012, se consigna lo siguiente bajo el punto 5.3. “Derecho transitorio. El título II del Proyecto de 1998 regula el derecho transitorio de la siguiente manera: Artículo 4°.- Temporalidad. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias. No ha merecido mayores críticas. Hemos conservado esta regla, pero hemos aclarado que las leyes se aplican a las consecuencias pero no a las relaciones, de acuerdo con lo que sostiene la doctrina mayoritaria”.

Todos estos artículos que hemos transcripto tienen en común el intentar establecer los principios que rigen la aplicación de la ley en el tiempo y que resultan esenciales para la seguridad jurídica de los Justiciables.

El derecho esta en constante mutación y en virtud de ello se sancionan nuevas leyes que inciden en situaciones y relaciones que nacieron a la luz de una norma anterior, lo cual plantea la primera cuestión a dilucidar que es la de la aplicación inmediata desde la entrada en vigencia.

Recuerda Kemelmajer que las normas jurídicas tiene una eficacia limitada en el tiempo y en el espacio, como sucede en cualquier otra

realidad humana ellas surgen en un determinado momento y se extinguen en otro⁴.

Señalaban Garrido y Andorno que se parte de la presunción de que toda ley posterior mejora a la anterior y cabe distinguir entre hechos consumados y hechos in fiere o en curso de desarrollo los que serian atrapados por la ley nueva sin que por ello se incurra en retroactividad, la ley se aplica de inmediato pero sin retroactividad⁵.

Estos autores en su comentario concluyen que la reforma signifi co un avance en el paulatino perfeccionamiento de nuestras instituciones civiles.

Recuerdan que ya Vélez aunque con otra terminología había distinguido la diferencia entre efectos inmediatos y retroactivos conforme lo que surge de as notas a los artículos 4044 y 4046 CC, receptada en base al criterio de Roubier vertido en 1929 y reestructurado en 1960, que parte del concepto de retroactividad de la ley cuando se pretende afectar el pasado y de efecto inmediato cuando se aplica en el presente.

Señalan también que el art 3 CC modificado establecía la irretroactividad de las leyes sin tener en cuenta si se trataba de normas de orden público, solo permitiéndose en el caso de disposición expresa y sin afectar derechos garantizados por la constitución⁶.

Con respecto al último párrafo, que refiere a la aplicación en materia contractual de las nuevas leyes supletorias, expresan que esto recoge la disidencia parcial sostenida en el III Congreso por Borda.

Recuerdan que en cuanto a la relación de la voluntad y las leyes pueden ser calificadas en imperativas cuando prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntad de las personas sujetas a las mismas, y en supletorias o interpretativas cuando trata de suplir la voluntad no expresada por las partes en el contrato. De acuerdo al Código Civil la ley supletoria vigente al tiempo de celebración del contrato lo integra y si están en curso de ejecución según Borda es el modo de respetar la voluntad de las partes⁷.

Las partes solo pudieron tener en cuenta las normas que conocían, “la aplicación retroactiva de las normas supletorias significaría algo así como un cambio introducido en un contrato asentado sobre otras bases, lo que no parece razonable”⁸.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pag 18 Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

⁵ Garrido Roque F- Andorno, Luis, Reformas al Código Civil, pag 10 Ed Zavalía, 1972.

⁶ La afectación o no de las garantías constitucionales es un tema trascendente aunque o es objeto de este particular escrito.

⁷ Borda, Guillermo A, Parte General T 1, num 178

⁸ Garrido Roque F- Andorno, Luis, Reformas al Código Civil, pag 13, Ed Zavalía, 1972

Citando el trabajo de López Olaciregui, Efectos de la ley en relación al tiempo Rev Col de Abog de LP, año X, n 21, pag 79

Señala muy bien Junyet Bas que el contenido de las normas del Código Civil y del Código Civil Comercial tienen un contenido virtual idéntico con la salvedad en lo que respecta a la aplicación mas favorable al consumidor en el régimen de las leyes supletorias en los contratos de ejecución⁹.

Esto recepta el principio *pro consumidor* y reafirmado en la regulación a partir del 1092

Por su claridad remitimos al tratamiento en extenso de la obra de Kemelmajer de Carlucci, pero debemos puntualizar el análisis que hace del art 7 CCC, dividiéndolo para el análisis conceptual, terminológico y de sus alcances en tres grupos: 1) Relación Jurídica, situación jurídica y consecuencias, 2) la aplicación inmediata y la aplicación retroactiva, 3) las leyes supletorias como excepción a la regla de la aplicación inmediata¹⁰.

Al explicar el efecto prolongado, diferido o postactividad de las leyes supletorias significa dice que es el efecto opuesto a la retroactividad, pues se proyecta al futuro, seria una supervivencia de los efectos de la ley derogada, de modo tal que con la salvedad de la ley mas favorable al consumidor, la nueva norma de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuara regida, en todo en lo que hace a su constitución modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley que estaba en vigencia al tiempo de celebrarse el contrato¹¹.

Dice que los fundamentos que acompañan al proyecto explican el por que de la ligera variante al art 3 CC en relación a las normas supletorias y la relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, se descarta la presunción de una "voluntariedad común" sobre la remisión a las normas supletorias vigente, y es de presumir que la nueva ley mejora las condiciones y la sanciona de acuerdo a lo que parece mas razonable según los cambios sociales o las practicas negociales, por ello parece justo que en estos contratos de consumo la regla sea invertida en sentido de que le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando le sea mas favorable al consumidor¹².

⁹ Junyet Bas, Francisco, El derecho transitorio. A propósito del Art 7 del Código Civil y Comercial, LL 27/4/2015

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pag 25 y ss, Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pag 47, Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

Citando a Moisset de Espanes, Luis, La irretroactividad de la ley y el efecto diferido, J.A., pag 820

¹² Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pag 60, Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

Aclara Kemelmajer, y coincidimos plenamente, que de ningún modo es posible confundir este supuesto con el efecto retroactivo, se trata de una aplicación inmediata de la ley.

Explica que en la relación de consumo, con efectos aun no producidos, extinción aun no operada, se regirán por la nueva ley si esta es mas favorable¹³

Creemos que deben tener siempre la base en los principios protectorios de los Derechos humanos, siendo el principio *pro consumidor* una manifestación de ellos¹⁴.

Andrés Varizat al comentar este artículo 7 CCC, expresa que este artículo establece soluciones de derecho transitorio para los conflictos de derechos en el tiempo, especialmente para la aplicación de leyes sucesivas cronológicamente a una misma relación jurídica existente, reproduciendo mas allá de alguna diferencia, como el nuevo encabezado (eficacia temporal) y del cambio del tiempo verbal (se aplicaran por se aplican) el artículo 3 del CC¹⁵

Recalca que donde el código anterior solo refería a la no aplicación de las leyes supletorias en los contratos en curso de ejecución el nuevo establece como novedad ya a modo de excepción la aplicación de las normas “mas favorables al consumidor en las relaciones de consumo”, afirma que al haberse utilizado la terminología de relación de consumo y no contrato de consumo, los supuestos en los cuales tendrán efectos inmediato las nuevas normas supletorias presentan una mayor amplitud.

Lorenzetti al comentar el mismo artículo señala que esta norma esta dirigida al Juez y le indica que ley debe aplicar al caso, puntualiza que una de las reglas es la aplicación inmediata y la excepción las normas supletorias y la otra la irretroactividad de la ley salvo la excepción de que la retroactividad este establecida por la ley¹⁶.

Expresamente señala en su comentario que la excepción a la excepción de la regla de las normas supletorias son las relaciones de consumo (art 1092) en las que las normas deben ser aplicadas conforme con el principio de protección del consumidor y de acceso al consumo sustentable (1094)¹⁷

En su oportunidad dijo la Corte de Buenos Aires que la nueva ley toma la relación jurídica en el estado en que se encuentra al tiempo que

¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pag 63, Ed Rubinzal- Culzoni, 2015

¹⁴ Garrido Cordobera, Lidia MR, La aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y *pro homine* (Incorporación como correspondiente a la Academia de Derecho de Córdoba)

¹⁵ Código Civil y Comercial, Comentado, anotado y concordado, Dtres. Garrido Cordobera- Borda- Alferillo, T 1, pag 8 y ss Ed Astrea 2015

¹⁶ Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T 1, pag 45 y ss, Ed Rubinzal Culzoni 2014

¹⁷ Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T 1, pag 48, Ed Rubinzal Culzoni 2014

la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aun no cumplidos¹⁸.

Se ha dicho también que “la Constitución protege los derechos sin calificaciones de adquiridos o en expectativas, tomándolos en su esencia”¹⁹. Por tal motivo se aplicó la ley que otorgaba cobertura a la hija discapacitada a los amparistas posterior a su rechazo, asimilando la obligación asistencial del Estado a las consecuencias posteriores de las relaciones²⁰.

3. La importancia de los principios

Solemos decir siguiendo a Vigo que los principios orientan al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos, y presentan además una función esencial en la interpretación, como criterio orientador del Juez o del intérprete, constituyendo el fundamento o razón del sistema.

Millare recuerda que el Derecho como ciencia humana y social necesita principios, son los pensamientos directrices para Larenz, los valores fundantes, y presentan un efecto de irradiación para Alexy.

Se sostiene la diferente fuerza deontica de los principios y las reglas, en los principios la prescripción puede ser llevada a cabo en mas o en menos, admite grados de cumplimiento mientras que la regla es observada o no, para Alexy los principios son mandatos de optimización.

La función que cumplen los principios, sería: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores²¹.

La consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares del grupo o institución, por cuanto dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo, sosteniendo que debe tener preeminencia.

Dworkin sostiene que cuando decimos que un determinado

¹⁸ Código Civil de la Rep Argentina, explicado, T 1, pag 21, Ed Rubinzal Culzoni

SCBA 27/8/91 Ac 39909 ED 147-227

¹⁹ Código Civil de la Rep Argentina, explicado, T 1, pag 23, Ed Rubinzal Culzoni

²⁰ CJ San Juan Sala II, 17/11/2009, Páez ,Leonardo y otra c/ Pvcia de San Juan, DJ 26/5/2010

²¹ Cafferatta, Néstor, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, Cap 12 en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas- López Mesa, 1ra ed. Ed La Ley 2004

Citando a Prado, Juan J- García Martínez, Roberto *Instituciones de Derecho Privado*, Ed Eudeba 1985

principio es un principio de nuestro derecho, lo que queremos decir, es que, el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido para la solución de la cuestión²².

Los Principios Generales sirven de filtro cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse. Se habla de ellos como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales y también pueden actuar como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento, consolidación, y ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

Enseñaba García de Enterría que los principios tienen una capacidad heurística para solucionar problemas interpretativos, de inventiva para descubrir combinaciones nuevas, organizativa para ordenar la vida jurídica y son estos los que prestan la dinámica, innovación y evolución incesantes necesarias.

Michel Prieur, uno de los pioneros europeos y defensores del principio de no regresión sostiene, la existencia de reglas jurídicas eternas y se pregunta por el contenido de esta categoría de reglas jurídicas irreversibles.

Rafael González Ballar expresa que este principio con variantes ha acompañado el desarrollo de las teorías científicas y nos recuerda la teoría de la evolución de Darwin y el Big Bang y en materia jurídica nos enfrenta a un cambio de abordaje por medio de la interpretación y la hermenéutica necesaria para esta sociedad de riesgos²³.

De este modo, tomaríamos al “principio de no regresión” como norma jurídica integradora, tanto como imperativo jurídico negativo como imperativo jurídico positivo.

Solo se aceptara como razonable y no arbitraria una disminución si concurren en el caso: a) razones excepcionales y b) concurrencia de intereses generales, solo en caso que concurren ambos extremos se podrá justificar por el Estado una decisión que reduzca el nivel de protección²⁴.

Sostiene Franza que el “principio de no regresión” implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, de este modo el nivel de protección alcanzado debe ser respetado, la principal obligación

²² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed Ariel Derecho 1984

²³ Gonzalez Balllar, Rafael, *Reflexiones para la interpretación de la no regresión*, en *El principio de no regresión en el Derecho Latinoamericano* pag 77

²⁴ Esain Jose Alberto, *Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente*, en *El principio de no regresión en el Derecho Latinoamericano* pag 243

que conlleva es la de respetar los umbrales y estándares ya adquiridos y a no afectar negativamente el actual nivel de protección²⁵.

En su criterio, no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho, modificación propia e inevitable, si no a los cambios que tengan como finalidad la disminución del nivel alcanzado, y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad así como a las reglas de la ciencia, técnica, convivencia y la lógica.

Rebeca Cook dice que esta implícito en los Pactos de Derechos Humanos como obligación negativa inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales, lo que obliga en todo momento a dar a la legislación un “efecto ascendente” según la expresión de Dominique Rosseau por lo cual no se puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión²⁶.

Del art 2.1 del PIDESC y del art 26 se desprende otro principio que suele hacer de contrapeso, nos referimos al de “progresividad” y que Courtis señala que impone la obligación a los Estados de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posible.

El “principio de progresividad” responde a criterios de gradualidad progresiva en el avance de los objetivos, al criterio de involucramiento paulatino de concientización y de adaptación²⁷.

La noción de “no regresividad”, siguiendo a Courtis, responde a una limitación que los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución imponen al legislador y al ente reglamentador respecto a la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel del que goza la población de las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.

Al ser el Derecho evolución, son aplicables, el principio *Pro homine* como plataforma de acción de estos derechos fundamentales involucrados en la calidad de vida, que tiene su proyección en el principio protectorio, e incluye los principios de prevención y precaución²⁸, que tanto desarrollo han tenido en las últimas décadas y que se irradia hoy, en la tutela de los sujetos considerados vulnerables.

²⁵ Franza, Jorge A, *El principio de no regresión en el Derecho Ambiental*, I-J Rev Iberoamericana de Derecho Ambiental, IJ-LXVI-422

²⁶ Cafferatta, Néstor, Reformulación del principio de Progresividad a los 10 años de la Ley 25675 general del Ambiente. Avances y novedades, Rev de Derecho Ambiental , nov 2012

²⁷ Bibiloni, Homero *Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica*, JA 2001-1-1082

²⁸ Drnas de Clement, Zlata, Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales, La Ley, Buenos Aires 2001

Drnas de Clement, Zlata, El principio de precaución en materia ambiental, nuevas tendencias, Trabajo presentado en la Jornada de Medio Ambiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 8 de mayo de 2000

El juez Rodolfo Piza Escalante afirmo en uno de sus votos de fines la década del 80, que el principio pro persona es un criterio fundamental que se impone por la naturaleza misma de los derechos humanos, el cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran y restrictivamente las normas que los limitan o restringen.

De ello se concluye que la exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción.

Mónica Pinto se refiere al mismo Principio como “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma mas amplia o la interpretación mas extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación mas restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”²⁹.

Tal como lo hemos aplicado en varios supuestos, ello coincide con el rasgo fundamental que para nosotros tiene el Derecho que es el de estar a favor del hombre.

La interpretación de las normas a de ampararse en su peso sustantivo no en criterios formalistas que pongan en peligro su ejercicio efectivo, recordemos una vez mas a Alexy con referencia al efecto irradiante de los Principios, que nos conducirían a la realizan dentro de las posibilidades reales existentes.

El “principio pro persona” se deriva en sentido estricto del art 29 de la CADH³⁰ pero aun más del propio objetivo y fin del Tratado, pues se inspira en valores comunes superiores centrados en la protección del Ser Humano. Además de la CADH esta regla ha sido incorporada a PIDESyC; al Convenio Europeo y a la Carta Africana

A ello debe tender la interpretación de su contenido mínimo y también la denominada interpretación evolutiva, lo cual nos lleva a integrar en el sistema las soluciones que favorezcan mas a las personas conforme a las realidades culturales y sociales en las que ellas se insertan.

El reconocer a este principio como parte de los DH nos lleva necesariamente a recordar que los mismos tienen una dimensión

Jiménez de Parga y Maseda, El principio de Prevención en el Derecho internacional del Medio Ambiente, Ed La Ley-Ecoiuris,2001

²⁹ Pinto, Mónica, El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos, en Abregu y Courtis (comps) la aplicación de los Tratados sobre derechos Humanos por los Tribunales locales, Ed Del Puerto 1997

³⁰ Este art 29 CADH también recepta el principio de interpretación evolutiva,, sosteniéndose que los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos que deben acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres.

En el derecho mexicano, Eduardo Ferrer McGregor sostiene que la “interpretación conforme” como criterio hermenéutico, es aplicable a todas las normas de Derechos Humanos, que ordenan la armonización entre la CN y los Tratados Internacionales integrando el principio “pro persona” en tal procedimiento.

Señala Pinto que los Derechos Humanos consagrados por el ordenamiento jurídico son esencialmente relativos, y por ello susceptibles de ser reglamentados razonablemente, y así ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio e incluso de suspensión extraordinaria.

Parece importante entonces que distingamos aunque sea tangencialmente, estos conceptos de reglamentación razonable, restricciones legítimas y suspensión.

La reglamentación razonable es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que sin desvirtuar su naturaleza, tiene en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad, son restricciones legítimas los límites que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda y la suspensión es una situación extraordinaria que obliga a realizar dicha medida por un periodo acotado y en una circunstancia determinada.

Con respecto a la “ponderación” recordemos que consiste en sopesar dos principios que entran en coalición en un caso concreto, para determinar cual de ellos gravitara con mayor peso en el caso concreto lo que nos remite en nuestro derecho necesariamente al Test de Constitucionalidad³¹.

El principio *pro homine* impone atender la máxima en la cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los de los demás y también en la existencia no solo de derechos sino de deberes en cabeza de la humanidad.

4. El principio *pro consumidor* como manifestación del principio *pro homine*

El Constitucionalismo ha sufrido una renovación enorme en materia de los Derechos Fundamentales, pues las denominadas generaciones de derechos tienen que ver con diferentes tiempos históricos que han apadrinado nuevas necesidades del hombre.

³¹ Se deberá analizar ante una aplicación que restrinja el goce de un derecho humano si la limitación tiene una finalidad constitucionalmente válida con base en otro interés o derecho superior, si esta limitación es razonable o idónea, es decir si existe una relación entre la medida y la finalidad y además que dicha limitación sea proporcional no nugatoria del derecho afectado.

Suele decirse que los Derechos de Primera generación tienen como valor fundante la “libertad” e implican acciones negativas o de abstención, los de Segunda generación la “solidaridad” e implican el nacimiento de deberes positivos o de prestación y los de Tercera generación nos enfrenta con los derechos de incidencia colectiva, los derechos de los consumidores y del ambiente y algunos al hablar de los derechos de las generaciones futuras predicen que estaríamos en una cuarta etapa evolutiva o Derechos de cuarta generación.

La aparente claridad del principio pro consumidor resulta engañosa cuando se la analiza en los marcos de los sistemas jurídico culturales, pero en realidad hemos notado históricamente la presencia similar en otras áreas, recordemos por ejemplo el principio *in dubio pro reo*, *favor debilis*, *in dubio pro operario*, estos son criterios concretos que se relacionan con supuestos particulares

Al ser el principio pro consumidor un derecho fundamental es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico-Constitución, Tratados de Derechos Humanos-, siendo la no regresión un contenido insertado

No hay discusiones en doctrina, en cuanto a que toda interpretación se orienta en sentido de la tutela del consumidor³², pues es una normativa que tiene tal finalidad y por el art. 3° "...en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor"³³.

Hemos señalado con anterioridad que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el área de la responsabilidad³⁴ y que los Derechos Constitucional, Administrativo, Internacional y Procesal también se ocupan de la protección de estos intereses, a punto tal que el tema se ha convertido en uno de los más populares del momento.

En el ámbito internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo, de Declaraciones y directrices que marcan las pautas más sobresalientes de esto que algunos han

³² Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

³³ Pérez Bustamante, Laura, La reforma de la Ley de defensa al consumidor, en Reformas a Ley del Consumidor, La Ley 2008
Pizarro, Ramón D. – Stiglitz, Ruben Reformas a la ley de defensa del Consumidor, Rev La Ley 16/3/09

³⁴ Garrido Cordobera, Lidia.- Busto Lago Manuel Los riesgos del desarrollo, una visión comparada, Ed Reus 2010.

denominado “derecho del consumo” y que nosotros llamamos Derecho del Consumidor, resaltando al sujeto tutelado³⁵.

En Argentina en el área patrimonial, es notable la irrupción de las relaciones de consumo, que cruzan transversalmente el sistema y cuyos principios son prevalentes puesto que es una legislación de orden público.

Se tiende a proteger a los consumidores³⁶. La reforma de 1994 reglo en el art 42 de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio nacional³⁷, estableciéndose que “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 digno y equitativo”, y en su 2do párrafo se manifiesta enfáticamente que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

Esta norma según manifiesta Gelli reconoce como fuente, aunque con variantes el art 51 de la Constitución Española de 1978³⁸, Lorenzetti lo menciona como un derecho Fundamental³⁹ y Farina al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, recordando como advierte Santos Briz que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre⁴⁰.

Por su importancia debemos recalcar que la 24240/93 ha recibido varias modificaciones y que el CCC regula expresamente el tema de la relación de consumo y del contrato de consumo, como lo que consideramos un núcleo duro inderogable que deberá operar en el

³⁵ Parrra Lucan, Maria A, *Daños por productos y protección al Consumidor*, Ed Bosch 1990

Marco Molina, J, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed Atelier, 2007

Seuba, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmacéuticos*, Ed Marcial Pons, 2010

³⁶ Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor* Ed Rubinzal Culzoni, 2003

Farina, J, *Defensa del Consumidor y del usuario*, Ed Astrea, 1994

Picasso, Sebastian- Vazquez Ferreyrra, Robert (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley, 2009

³⁷ Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de Constituciones y Leyes Provinciales que ya los consagraban en su territorio.

Rusconi, Dante *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed Abeledo Perrot, 2009

³⁸ Gelli, Maria A, *Constitución de la Nación Argentina*, pag 371 Ed La Ley, 2003

³⁹ Lorenzetti, Ricardo *Contratos*, pag 76, Rubinzal Culzoni, Rosario 2003

⁴⁰ Farina, Jorge, *Defensa del Consumidor y del usuario*, pag 5, Ed Astrea, 199

dialogo de fuentes, también que la ley 26.994 que la sanciona también modifica ciertos artículos como el 1,8, 40 bis y el 50.

Cuando se sanciono la ley 26361 que modifiko el art 36 se planteo en varios casos la cuestión de la aplicación de la nueva ley y se dijo que la reforma era aplicable al juicio ejecutivo en tramite pues no implicaba la aplicación retroactiva de la ley sino la operatividad de sus efectos inmediatos sobre consecuencias legales en curso⁴¹

5. Reflexión

Paolo Grossi, al pensar sobre el “derecho posible”, nos alerta sobre el riesgo del jurista de “quedar reducido a ser un simple exegeta de un texto normativo, con la perversa tentación de querer inmovilizarlo y llegar a considerar a su contenido como el único derecho posible, o incluso el mejor de los derechos posibles”⁴². Hago votos para que tengamos presente que no debemos caer en esa tentación.

Por eso, a modo de conclusiones aproximativas de los temas que hemos abordado, sostenemos, que en esta nueva etapa se impone sin temor la adopción y realización del Principio *pro consumidor* para solucionar los desafíos a los que nos enfrentaremos en los años venideros pues tomando una frase de Ciuro Caldani, sostenemos que para ser justo un régimen ha de ser más humanista⁴³.

El Derecho necesariamente frente a este contexto trascendente de cambio normativo que esta a días de suceder, deberá adaptarse a ellos y evolucionar, no solo mirar hacia atrás, so riesgo de no estar a la altura de los desafíos y convertirnos en estatuas de sal.

Esta inquietud de la aplicación de la ley en el tiempo y los derechos implicados, sin duda merece un estudio de mayor profundidad y será la tarea pendiente de todos en los años por venir.

⁴¹ CNCom Sala E, 26/9/09, Cia Financiera SA c/ Castruccio, J C, LL 25/11/09

⁴² Alterini, Atilio A. *Hacia un Geoderecho?* , en El derecho Privado ante la Internacionalidad, la integración y la globalización, 3 y ss (La Ley Buenos Aires 2005)

⁴³ Ciuro Caldani, Miguel A., *Perspectivas integrativas del incumplimiento considerado en si mismo, Responsabilidad Civil y Seguros*, Hom a Atilio A Alterini, 111 y ss (La Ley 2009)