

"Decovi": nuevos modos de entender el derecho.

por PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO Y JUAN B. JUSTO

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CASO (CONSTITUCIONAL). III.- ORDEN JERÁRQUICO DE LAS NORMAS APLICABLES. IV.- COMPETENCIA. REGLAS PARA DIRIMIR EL REPARTO TERRITORIAL DE FACULTADES ESTATALES. V.- DOMINIO Y JURISDICCIÓN. VI.- LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS FRENTE A LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS. PAUTAS INTERPRETATIVAS EN JUEGO. VI.1º) FINALIDADES PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE LAS MEDIDAS ESTATALES A PARTIR DEL PRINCIPIO DE EFICACIA. VI.2º) NUEVOS ALCANCES DEL CONTROL DE RAZONABILIDAD. VII.- LA DOCTRINA DEL MEJOR DERECHO. ESBOZOS DE SU APLICACIÓN. VIII.- EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. VIII.1º) LOS CONTORNOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO. ORÍGENES Y CONSAGRACIÓN SUPRANACIONAL. VIII.2º) LA RESOLUCIÓN DEL CASO ¿ADMISIÓN PARCIAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO O MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA? VIII.3º) LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA. NUEVOS CAUCES PROCESALES. IX.- CONCLUSIONES.

I.- Introducción.

El fallo que comentamos se destaca por una característica primordial: en él los jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro asumen el desafío interpretativo de transitar por un terreno que, pese a presentar todavía diversas aristas inciertas, es necesario recorrer para dar vigencia real a nuestro marco constitucional.

Con una breve reseña de las temáticas abordadas veremos que el pronunciamiento tiene la cualidad de ocuparse de una realidad que no podemos soslayar: toda norma o criterio hermenéutico interno –sustancial o procesal-, por más arraigado que se encuentre, cede frente al deber estatal de aseguramiento del pleno goce de los derechos y garantías reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos, extremo éste cuyo control final reside en cabeza de tribunales supranacionales.

Como se han ocupado de remarcar valiosos autores, nuestra historia institucional se ha caracterizado en muchos momentos por hacer oídos sordos a la entidad de las propias normas que el Estado reconocía como vigentes, empezando por la Constitución Nacional de 1853-60¹.

A partir de la reforma de 1994 esa historia puede repetirse frente a un fenómeno novedoso: la internacionalización del derecho plasmada en el artículo 75.22 de la Carta Fundamental.

Cabe entonces estar atentos a las diversas vicisitudes de nuestro derecho si realmente queremos verificar su dimensión actual.

Así, debemos interrogarnos una y otra vez ¿Qué efectos produce la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestro régimen jurídico?; ¿Qué significa que aquellos posean jerarquía constitucional?

Para indagar en torno de tan controvertida cuestión consideramos útil recordar un iter argumentativo que –como es sabido- ha delineado la construcción de nuestras instituciones a partir del principio de supremacía de la Constitución.

1 NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 110 y sgtes.

En efecto, ya en 1803 se preguntaba John Marshall en "*Marbury vs. Madison*"² cual debía ser la respuesta lógica del sistema frente a una norma que se oponía a la Constitución.

La respuesta era contundente: "*Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza*".

Trasladando esas premisas a nuestro escenario actual cabe preguntarse ¿Con qué objeto los constituyentes de 1994 sometieron a nuestro país a un régimen internacional de protección de los Derechos Humanos que prevalece sobre toda norma interna?

Parfraseando a Marshall "*¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?*".

Como contestaba el juez norteamericano "*esto es demasiado extravagante para ser sostenido*".

Pues bien, el fallo del máximo tribunal rionegrino se hace cargo de este desafío y –más allá de posibles divergencias en lo relativo a la aplicación de ciertos institutos procesales- da cuenta de un nuevo estado de cosas que nos obliga a replantear interrogantes y soluciones.

El actual marco normativo es comprendido claramente por el sentenciante: el análisis del caso y el eje argumental de la resolución parten de una sola premisa, la garantía de la tutela judicial efectiva.

Veremos que esa proposición posee una base normativa puntual que ostenta prevalencia jerárquica sobre cualquier disposición interna: el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Por ello, el valor esencial de la sentencia reside en incorporar ese nuevo enfoque.

Atento la extensión del fallo comentado –en especial la ampliación de fundamentos efectuada por el Juez Sodero Nievas- analizaremos conjuntamente los principales argumentos expuestos por el Tribunal y ampliados por dicho magistrado que entendemos relevantes en relación al planteo ensayado.

2 USSC, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 24/02/1803.

3 Similar modo de razonar observamos en la disidencia de los Ministros Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda emitida en el reciente fallo "*Sanz, Tomás Miguel s/ calumnias*" (CSJN, S. 717. XXXVI, 30/05/2006).

II.- El Caso (Constitucional).

La Asociación Civil Defensa al Consumidor de Viedma (DECOVI) interpuso ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro una "acción de amparo colectivo" contra la Compañía de Teléfonos del Interior (CTI) postulando que diversas modalidades de facturación de dicha firma por la prestación del servicio de telefonía celular –instrumentadas en contratos de adhesión- resultaban lesivas de garantías constitucionales.

Puntualmente, el objeto de la pretensión consistía en obtener la declaración de ilegalidad del cobro de la tarifa al usuario desde el momento en que se acciona la tecla SEND, más la declaración de nulidad e ineficacia y que se tenga como cláusula no escrita la establecida en los términos y condiciones del contrato que el usuario suscribe con CTI, segundo párrafo de la cláusula V, por la que abusivamente –según la amparista- se impone que el usuario acepte que las llamadas desde su celular sean facturadas desde que se presiona la mencionada tecla SEND. Asimismo, peticionaba la declaración de ilegalidad del cobro de todas las llamadas que sean respondidas por MEMOFACIL, UNIMEMO o contestador automático, cualquiera sea su contenido por no constituir comunicación; así como la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático.

La plataforma jurídica de la pretensión se posaba en las Leyes Provinciales 2779⁴ y 2817⁵, la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor y los artículos 43 de la Constitución Provincial⁶ y 17, 42 y 43 de la Constitución Nacional.

4 La Ley 2779 fue sancionada el 27/04/1994 y tiene por objeto regular "El procedimiento para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos" (artículo 1º). Los supuestos de procedencia de tal modalidad de amparo se establecen en el artículo 2º respecto de: el medio ambiente; los derechos del consumidor (tanto de productos como de servicios, sean éstos públicos o privados, individuales o colectivos), el patrimonio cultural y cualquier otro bien y/o valor social que responda a necesidades de grupos humanos, con el fin de salvaguardar la calidad de vida. El artículo 3º enuncia los distintos tipos de acciones previstos para la protección de derechos colectivos: acción de prevención, acción de reparación en especie y acción de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad. En relación al fallo comentado, y conforme al artículo 4º de la ley, las acciones de prevención tienen por finalidad particular: a) paralizar los procesos de contaminación ecológica, b) impedir la circulación o comercialización de productos defectuosamente elaborados o disponer su exclusión del mercado de consumo en caso de comprometer la salud, la persona o el patrimonio de los consumidores, c) suprimir prácticas comerciales desleales que se valieren de publicidad engañosa, con ausencia o insuficiencia de advertencias a los consumidores, cuando a consecuencia del consumo sobrevengan efectos dañosos para la salud, d) Impedir el uso de productos o elementos peligrosos para la salud e integridad física de personas o animales, e) Impedir la comercialización de bienes y servicios, el otorgamiento de créditos o sistemas de ahorro con estímulo que se efectúen mediante contratos con cláusulas que sean contrarias a derecho o resulten abusivas según la prudente estimación judicial, por afectar el principio de la buena fe, ocasionando perjuicios al consumidor, los cuales se presumen en caso de existir o sobrevenir marcado desequilibrio entre los recíprocos derechos y obligaciones, f) Contribuir a la detección de productos defectuosamente elaborados. Los artículos 5º y 6º aluden a los supuestos de procedencia de las restantes acciones de amparo colectivo, regulándose a continuación un trámite que cabe calificar al menos como novedoso.

5 Ley provincial de Defensa del Consumidor.

6 Regulator de las acciones de amparo y hábeas corpus en la esfera local.

III.- Orden jerárquico de las normas aplicables.

Abocado el alto tribunal rionegrino a la tarea de decidir la controversia que se le planteaba, surge como un primer elemento a dilucidar el atinente al orden de prelación que correspondía asignar a las diversas normas involucradas en la resolución del caso.

En esa tarea, es el Juez Sodero Nievas quien pone de resalto una definida gradación jerárquica del orden normativo aplicable al pleito, extremo que el voto del Cuerpo parece presuponer.

Postula con sencillez dicho votante que *"Siguiendo el orden jerárquico normativo, la decisión que debemos abordar se enmarca dentro del precepto de tutela judicial efectiva cuya fuente es el art. 8 de la Decl. Univ. de los Dchos. Humanos y el art. 8.1 de la Conv. Americana sobre Dchos. Humanos de jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 por imperio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la C.N."*

Narrado el contenido de tales disposiciones se prosigue con el régimen aplicable explicando que luego de esas normas supranacionales corresponde incursionar en las específicas cláusulas de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, sin perjuicio, del análisis de la Constitución Provincial y del propio sistema de protección de usuarios y consumidores de Río Negro⁷.

Como podemos notar, un primer elemento con particular gravitación para nuestra realidad jurídica es aplicar –en serio- a cada caso concreto la pirámide normativa configurada a partir de 1994 y las interpretaciones efectuadas por los órganos de aplicación de los Pactos de Derechos Humanos. Ese es el punto de partida que debe empapar al magistrado y dar contenido a su decisión aplicativa de la normativa inferior⁸.

Es que en la lógica misma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte Interamericana –como intérprete final de la Convención- deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho

7 Agrega, con cita de *"Mc. Culloch vs. Maryland"* (USSC 17-316-1819) la necesidad de dotar a la interpretación constitucional originaria de *"una historicidad dinámica para que podamos aplicarla en el momento que nos toca resolver con la mayor cuota de realismo y justicia"*. Como sabemos, tal interpretación dinámica de la Constitución ha servido para variados fines; en *"Siri"* y *"Kot"* para asegurar la protección efectiva de los derechos aún ante ausencia de remedios procesales específicamente establecidos, pero –por ejemplo- en *"Peralta"* se recurrió a ella para justificar la emisión de decretos de necesidad y urgencia y la doctrina de la emergencia. Por eso, creemos necesario precisar que la interpretación dinámica de la Carta Fundamental solo puede ser ejercitada de modo de ampliar y no de restringir el alcance de los derechos reconocidos en su parte dogmática.

8 Como ha postulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"El artículo 1º de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce"*. (Corte IDH, OC-11/90 del 10/08/1990 *"Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos"*. Casos *"Velásquez Rodríguez"*; sentencia del 29/07/1988. Serie C Nº 4, párr. 166 y *"Godínez Cruz"*; sentencia de 20/01/1989. Serie C Nº 5, párr. 175).

interno a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos y a las acciones cotidianas del Estado; *"trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional"*⁹.

Y ello no es sino la necesaria derivación del *"suceso institucional"* que significó la reforma de 1994, cuyos alcances en esta temática fueron definidos por nuestra Corte Suprema a partir de tres consecuencias: a) Introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya existentes, b) Imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los Derechos Humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, y c) Emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos¹⁰.

Entendemos que los alcances de tal *"suceso"* no pueden ser obviados ni soslayados en sus efectos cotidianos, siendo claro que una tendencia en tal sentido significaría no menos que considerar a todo el marco constitucional como una simple expresión de deseos y no como un instrumento de directa incidencia y aplicación jurídicas en todo el ámbito estatal.

Es por ello que aplaudimos la postulación inicial del pronunciamiento.

IV.- Competencia. Reglas para dirimir el reparto territorial de facultades estatales.

Una de las defensas –sino la principal- esgrimida por la accionada CTI consistió en plantear la incompetencia de la justicia provincial para entender en el caso, sosteniendo que la Ley 19.978 establece que son de jurisdicción nacional los servicios de telecomunicaciones de transmisión y/o recepción cualquiera fuera su alcance.

Frente a tal aserto, la corte provincial brinda un enfoque con interesantes aristas, el cual se ve respaldado en una consolidada doctrina del alto tribunal federal.

Nuevamente, el punto de partida reside en la tutela judicial efectiva y en el carácter excepcional que inveteradamente se ha asignado a la competencia federal.

De ese modo, el tribunal local asume la responsabilidad que –como órgano de una división política de un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- tiene asignado.

9 Corte IDH, Caso *"Tibi vs. Ecuador"*, sentencia del 07/09/2004, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ap. 6. Como se recordara, los tratados del Art. 75.22 CN *"mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que la referencia que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento"*. (CSJN, *"Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros"*-Causa N° 259- sentencia del 24/08/2004, voto del Ministro Boggiano).

10 CSJN, Acordada N° 17/2005 del 02/08/2005 (Expte. N° 2349/2005).

La noción fundamental estriba en que únicamente corresponde ceder a la jurisdicción provincial cuando nos hallemos frente *"a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación"*¹¹.

Puntualmente, y en lo relativo al tipo de problemática analizada en el fallo, debe resultar *"afectada en modo concreto la prestación del servicio público interjurisdiccional"*¹², para que proceda la intervención del fuero federal.

Por su parte, el Juez Sodero Nievas, luego de remarcar el distingo a partir de la noción de afectación del servicio interjurisdiccional, enfatizó ciertas particularidades que –en este punto- se presentan en la relación de consumo.

En esa línea, el magistrado hace suyas valiosas directivas esbozadas doctrinariamente¹³ en relación a las facultades provinciales para la aplicación de la Ley 24.240, entre las que nos interesa recalcar la siguiente: *"La negativa de la concurrencia es incongruente e inarmónica con el espíritu del art. 42 de la Constitución Nacional"*.

Consideramos que tal perspectiva patentiza otro elemento que debe ser adecuadamente estimado: la determinación del marco competencial dentro de la esfera de reparto territorial de atribuciones encuentra su vértice, su finalidad excluyente, en la efectiva protección de los Derechos Fundamentales, entre los que cabe incluir –claro está- al catálogo enunciado en el artículo 42 de la Constitución Nacional respecto del consumidor y el usuario.

Entendemos que el federalismo debe ser aprehendido a partir de una premisa básica: su objetivo último y la interpretación de sus alcances deben ubicarse en el cumplimiento del deber de protección de los Derechos Fundamentales y no en la preservación de espacios de poder desprendidos de esa idea.

A la luz de tal noción, el análisis de la distribución de competencias entre Nación y Provincias no puede derivar –tanto en un plano general normativo como en un supuesto particular de orden administrativo o judicial- en la lesión de esos derechos.

En el plano jurisdiccional, por ejemplo, debe ser la tutela judicial efectiva la que guíe en el caso concreto la determinación del fuero que debe resolver la petición del ciudadano, máxime cuando los términos para justificar la competencia poseen una dosis importante de ambigüedad, tal como puede advertirse al momento de intentar aplicar a un litigio la noción de *"afectación concreta de la prestación del servicio público interjurisdiccional"*; expresión que da cabida a una amplia gama de soluciones.

11 Tal es –efectivamente- el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para deslindar la competencia entre la Justicia local y la federal, conforme se desprende de los precedentes *"Bringas, Carlos A"* del 14/02/1995, LL 1996-B, 328, con nota de Paulina G. Albrecht; *"Barrionuevo, Norma B. c. GTE PCE S. A. y otro"*, del 13/03/2001, LL 2001-E, 117 - DJ 2001-2, 1173 (a contrario sensu), *"Telefónica de Argentina S.A c/ Provincia de Mendoza"* del 23/12/2004 (a contrario sensu), RDA, año 2005-17, p. 318, con nota de Juan B. Matienzo, *"Edenor S.A."* del 31/05/2005, DJ 23/11/2005, 906 - LL 2006-A, 832; *"Meza, Pompeya"*, del 01/11/2005, LL 2006-A, 439, entre otros.

12 Telecomunicaciones, electricidad y similares, de acuerdo a los distintos pronunciamientos de la Corte Federal.

13 MATIENZO, Juan B. "Defensa del Consumidor y servicios públicos de carácter federal: definición de la Corte Suprema", Revista de Derecho Administrativo, año 2005-17, Lexis Nexis, p. 319.

Tal visión encuentra una base hermenéutica precisa: no es válido interpretar el alcance de las atribuciones otorgadas a los poderes constituidos en la parte orgánica de la Constitución, omitiendo en esa determinación la valoración de los límites que para el ejercicio de tales poderes se derivan de la parte dogmática de aquella ¹⁴.

Trasladada esa idea a la temática que nos ocupa, creemos que la dilucidación de si una determinada medida estatal –sea normativa, administrativa o judicial- se encuentra atribuida por los artículos 75, 99, 116, 121 y concordantes de la Constitución Nacional a la Nación o a las Provincias debe atender en primer término al aseguramiento del derecho en juego, con lo cual la respuesta no puede ser desprovista de la finalidad protectoria esencial que debe tener el federalismo.

En suma: el régimen federal no agota su objeto en regular la distribución del poder entre Estados –soberano y autónomos- sino que alcanza su virtualidad en que tal distribución sirva para optimizar las medidas estatales de protección de los Derechos Humanos.

Es en esa tesitura que diversos precedentes de la Corte Suprema Federal van dando cuenta de ciertas matizaciones en la división estricta de competencias entre Nación y Provincias ¹⁵.

Paralelamente, debe tenerse en especial consideración el estándar de la Corte Federal establecido en los casos "*Simón*"¹⁶, "*Galli*"¹⁷, "*Sánchez*"¹⁸, "*Llerena*"¹⁹, "*Borelina*"²⁰ y "*Verbitsky*"²¹ entre tantos otros, conforme el cual la responsabilidad internacional del

14 COMADIRA, Julio R. *La Licitación Pública (Nociones, Principios, Cuestiones)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p.95.

15 En el precedente "*Verbitsky*" (sentencia del 03/05/2005), la Corte sentó una serie de postulados con profundas implicancias en el sistema de reparto territorial de competencias propio de la forma de estado federal, si bien no terminó de transitar un sendero que deberá despejarse en próximos pronunciamientos. En efecto, se esbozó allí una discusión de primer orden relativa al alcance que cabe asignar hoy a las potestades de los diversos sujetos estatales que se han obligado frente a sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, y puntualmente, los efectos de tal sujeción de cara a las reglas del federalismo, vinculada en el caso con las diferentes regulaciones procesales de los institutos de privación cautelar de la libertad (regímenes de prisión preventiva, excarcelación etc.), todo ello frente al examen de las condiciones negativas en que se encuentran las cárceles argentinas. La Corte delinea allí dos pautas relevantes: Frente a la autonomía legislativa en materia procesal y la consiguiente diversidad de regulaciones "*la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía*". A resultas de lo anterior, "*...las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional*"; Ese "*piso mínimo*" debe ser "*común para todo el territorio*". En otras palabras, el tratamiento igualitario entre los ciudadanos de las provincias se ha visto fuertemente revitalizado como factor –horizontal y autónomo- de control de constitucionalidad. Indudablemente, el traslado de esos criterios de igualdad –planteados en el caso analizado hacia lo interno de la federación- a la esfera internacional permite la generación de estándares mínimos de protección aplicables –no ya en el plano interno de cada país- sino en un campo regional que traduzca una tutela eficaz respecto de todos los ciudadanos protegidos por la Convención Americana.

16 CSJN, sentencia del 14/06/2005.

17 CSJN, sentencia del 05/04/2005.

18 CSJN, sentencia del 17/05/2005.

19 CSJN, sentencia del 17/05/2005.

20 CSJN, sentencia del 30/08/2005.

21 CSJN, sentencia del 03/05/2005, cit.

Estado Argentino es materia federal, permitiéndole entender por la vía del recurso extraordinario con el fin preventivo de conjurar la concreción de tal responsabilidad en el Subsistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. De acuerdo a tal conceptualización, la afectación de los Derechos Fundamentales de los consumidores que pudiera traducirse en una responsabilización estatal en el marco de la Convención Americana es un elemento gravitante para analizar concretamente la temática competencial.

V.- Dominio y jurisdicción.

En el Considerando 12 del voto ampliatorio, el Dr. Soderro Nievas da cuenta del planteo de la accionada referido a la concesión del uso del espectro radioeléctrico y el canon abonado por el mismo como justificativo para trasladar al usuario el costo por uso de red, independientemente de concretar la comunicación con otro sujeto.

Básicamente, la demandada centraba ciertas defensas en la concesión otorgada por el Estado nacional, tales como la incompetencia provincial y la legitimidad del cobro por uso del espectro, al encontrarse tal uso sujeto a un canon según los pliego de bases y condiciones regulatorios del servicio.

Ese planteo fue calificado por el magistrado como "*irrelevante*" para la resolución del amparo, sobre la base de dos ideas:

1º) La relación de consumo objeto de análisis se encuentra regida por un plexo normativo que excede a la concesión de uso "*y surge de las Constituciones Nacional y Provincial a las que el orden infraconstitucional debe someterse*".

2º) El pliego de bases y condiciones invocado en su defensa por la empresa, en sustento de su mejor derecho y de la competencia federal, "*es anterior a la vigencia del artículo 124 de la Constitución Nacional, por el que se estableció el dominio originario de los recursos naturales existentes en la provincia, y además por imperio del artículo 88 de la Constitución Provincial el espectro de frecuencia es un recurso natural de dominio público provincial*".

Como vemos, no escapa tampoco al vasto alcance del fallo examinado la incidencia real que cabe asignar al artículo 124 de la Constitución Nacional frente a la difícil temática del dominio y jurisdicción de las provincias sobre los recursos en ellas existentes.

El planteo del Dr. Soderro Nievas nos enfrenta nuevamente al contenido que las reglas de reparto territorial poseen en el régimen constitucional actual.

Tal enfoque pareciera denotar una alteración puntual del sistema a partir del artículo 124 de la Constitución Federal: los actos de autoridad nacional que han otorgado derechos sobre el dominio público deben ser revisados o adecuados –al menos interpretativamente- en atención a la expresa declaración constitucional de la calidad provincial de tal dominio.

Al parecer, tal adecuación traería aparejada –en una contienda concreta- la neutralización de la invocación de derechos conferidos por el Estado Nacional para el

uso del dominio público, y la correlativa revitalización de la competencia provincial para regular todo lo atinente al ejercicio de esos derechos.

Como habrá de advertirse, las proyecciones de la idea deslizada por el votante son insospechadas.

Por ello creemos importante enunciar algunos elementos para profundizar una discusión ineludible para nuestro federalismo.

- a) El dominio provincial de los recursos contiene como potestad inherente al mismo la de regular las relaciones constituidas en relación a esos bienes;
- b) Tal principio solo cede cuando –justificadamente- se advierta la necesidad de regular uniformemente una determinada temática para evitar que la diversidad de criterios pueda afectar igualdad de acceso de los ciudadanos a la provisión de bienes o a la prestación de servicios;
- c) Pero esa uniformidad no se ve traducida en una potestad nacional excluyente, sino en la noción de concurrencia a partir de la fijación de estándares mínimos a los que deben sujetarse los estados locales;
- d) Esas premisas, no pueden significar –por sí solas- el desconocimiento de derechos adquiridos por aquellos sujetos titulares de derechos conferidos por el Estado Nacional, en tanto –desde ya- que los mismos resulten válidos;
- e) En consonancia con lo anterior, y frente a la invocación de pliegos de bases y condiciones nacionales para oponerse a ciertas medidas locales, debe tenerse en cuenta el consolidado criterio de la Corte Federal que sujeta la validez y efectos de los contratos administrativos al estricto acatamiento del principio de juridicidad ²².

Por último, creemos que la discusión sobre la dimensión del artículo 124 de la Constitución Nacional debe darse a partir de un análisis serio que tenga en miras la mejor forma de adaptar su letra al mejoramiento de calidad de vida de todos los ciudadanos de nuestro país.

VI.- La tutela efectiva de los derechos frente a las vías administrativas. Pautas interpretativas en juego.

Como es sabido, el privilegio posicional que pareciera ostentar la Administración Pública frente al control judicial de su obrar encuentra una de sus expresiones más

22 CSJN "*Espacio S.A c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Cobro de Pesos*" del 22/12/1993; "*S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado*" del 17/02/1998, Fallos 308:618 y 316:382; "*Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos*" del 25/09/2001; "*Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)*" del 01/06/2000; "*Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Provincia de Salta*" del 11/07/2000 (LL 2000-F, 373 - DJ 2001-1, 387, Fallos 323:1841); "*El Rincón de los Artistas S.R.L. c/ Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro*" del 30/09/2003 (LL 03/03/2004, 9 - LL 29/04/2004, 3, con nota de Eduardo Mertehikian - ED 31/12/2003, 17 - DJ 03/03/2004, 489); "*P. R. A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*" del 21/03/2006, entre otros.

controvertidas en la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto habilitante del acceso a la instancia judicial.

Básicamente, la mayoría de los ordenamientos contenciosos de nuestro país vedan – por prematura- la impugnación judicial directa de aquella actuación administrativa que se invoca como lesiva, siendo necesario agotar el examen de la discusión por ante la autoridad emisora de la misma y sus superiores jerárquicos²³.

El voto ampliatorio del Dr. Sodero Nievas aporta ingredientes ciertamente sugestivos en punto a verificar cuales son los factores que debemos tener en cuenta al momento de analizar la validez constitucional de aquellas regulaciones que imponen recaudos para acceder al Poder Judicial.

VI.1º) Finalidades públicas y Derechos Humanos. El control de las medidas estatales a partir del principio de eficacia.

La fijación de recaudos para acceder a la justicia –como el de transitar previa y obligatoriamente un procedimiento administrativo- nos enfrenta al alcance que debemos asignar a las expresas obligaciones internacionales de respeto, adopción de medidas y garantía de los Derechos Humanos que el orden supranacional impone a nuestro país.

En tal tarea aparece un elemento que es especialmente ponderado en el fallo: el principio de eficacia²⁴, cuyas proyecciones en nuestro derecho son trascendentales.

23 "El carácter revisor que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa en la doctrina universal, y en todos los códigos provinciales, implica la necesaria existencia previa de un acto, llámesele decisión, resolución o acto administrativo, que sea producto de una instancia previa donde haya intervenido el administrado, lo que excluye totalmente la posibilidad de que pueda interponerse recurso contencioso-administrativo directamente contra hechos y contra ciertos actos sin una previa promoción administrativa con intervención del administrado" (FIORINI, Bartolomé A, *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 226).

24 Aportando algunos criterios valiosos para este análisis, la doctrina española –al examinar el Art. 103.1 de la Constitución de 1978- expresa que la eficacia debe ser entendida como la "actuación encaminada a la progresión exigible en el logro de los resultados conformes y en su caso queridos por el ordenamiento jurídico" y que la vulneración del mismo "surgirá cuando el actuar administrativo no se encamine a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inidóneos para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles". (MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, "El Principio de Eficacia de la Función Administrativa. Virtualidad Práctica: Estudio Jurisprudencial". Revista Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 32, *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 13-64). Lo relevante de tal conceptualización reside en que "el principio de eficacia, y su nuclear o esencial traducción en un deber jurídico invocable y exigible, ha de entenderse operativo, extrayendo de él sus lógicas consecuencias, en relación con cualquiera de los resultados demandables de las Administraciones Públicas, o mejor dicho, en relación con cualquiera de las actuaciones y decisiones de éstas que estén en conexión con tales resultados". En fin, "el principio de eficacia no es, o no es inicial o fundamentalmente, un mero principio de organización de las Administraciones públicas. Es ante todo un principio rector de la total actividad de éstas, que desplegará su operatividad, dado el carácter prestacional esencialmente predicable de la Administración en un Estado social de derecho como es el diseñado por nuestra

En efecto, el denominador común de las obligaciones asumidas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos reside en que el Estado debe asegurar eficazmente el ejercicio y goce de los derechos allí reconocidos²⁵.

Es en esa línea que se interroga el Dr. Sodero Nievas sobre la eficacia de los cauces administrativos diseñados para la protección del consumidor, concluyendo en una afirmación con profundas implicancias: cuando las vías administrativas se presentan como ineficaces en su capacidad de proteger los derechos de los ciudadanos aquellas deben considerarse como inexistentes, apareciendo en toda su virtualidad el rol de los jueces como sujetos esenciales de tal tarea.

Veamos.

En el Considerando 9 de su voto el magistrado explica los alcances que corresponde asignar a la solución del caso, así como el contexto concreto en que se inserta la misma.

Aludiendo en primer término al marco real en que se adopta la decisión –caracterizado por el exponencial aumento de usuarios de telefonía celular y la saturación de los organismos nacionales y provinciales de defensa del consumidor para dar respuesta a la demanda de soluciones ante los reiterados conflictos con las prestadoras- el votante advierte encontrarse frente a la *"ausencia o insuficiencia de medios del Estado para proveer resoluciones adecuadas y razonables en el tiempo"*.

Ante la ineficacia de los mecanismos normativos y la estructura organizacional encargada de la defensa de los consumidores y usuarios que el votante avizora como ostensible²⁶, el mismo sienta una directiva cuyos alcances son extensos: *"(Nos hallamos ante) la existencia de vías administrativas (que) son formalmente inadecuadas para la finalidad que tienen que cumplir, y no guardan ninguna relación entre la capacidad de respuesta y el universo de usuarios que debe proteger. Cuando esto ocurre, estas vías deben considerarse en la práctica como inexistentes y de allí que la única acción expedita es la que provee el Poder Judicial a través de la acción de amparo y ponderando la intermediación de las organizaciones de usuarios y consumidores que de alguna manera contribuyen a morigerar los efectos de las insuficiencias orgánicas y resolutivas, como así también la de brindar soluciones aunque sean transitorias hasta tanto el Estado asuma las responsabilidades que corresponden al ideario de una sociedad más justa y donde las cláusulas de la*

Constitución, prioritariamente para regir y enjuiciar la actividad de la Administración en su proyección hacia el exterior y en la totalidad de los ámbitos en que esa actividad se manifieste...".

25 ABREGU, Martín, "La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en AA.VV *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, PNUD, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 10.

26 Expresa con contundencia el vocal que *"Cuando las organizaciones administrativas del Estado resultan totalmente inadecuadas para atender esta problemática, por más que existan, como hemos visto, numerosas normas que limitan los abusos de prácticas comerciales (...) O dicho más claramente, cuando el Estado no previó ni puede alcanzar una estructura operativa para dar respuesta a un universo de millones de usuarios, la existencia de vías administrativas es simplemente una formalidad que no asegura ni la información ni el conocimiento adecuado ni respeta el tiempo y la libertad de los ciudadanos que no tienen que ser sometidos a trámites de ningún tipo ni recibir planteos litigiosos administrativos y judiciales por el simple hecho de acceder a un bien de consumo que están en el mercado"*.

Constitución (arts. 42 y 43, C.N.), cumplan por sí la finalidad que les otorgó el constituyente de 1994... ”²⁷.

En otros términos, la ineptitud de una medida estatal para cumplir la finalidad esencial de protección de los Derechos Fundamentales acarrea su inexistencia como instrumento jurídico²⁸.

Una vez más, el fallo comentado da cuenta de la necesaria incorporación de perspectivas interpretativas que obligan a readecuar ciertos criterios arraigados en nuestra vida institucional.

VI.2º) Nuevos alcances del control de razonabilidad.

Paralelamente, la visión antedicha se inserta en una discusión mayor que resulta crucial para nuestras instituciones republicanas.

En efecto, y como puede advertirse de lo expresado anteriormente, entender a la eficacia como un deber estatal jurídicamente exigible conlleva la posibilidad de verificar judicialmente su cumplimiento en aquellas medidas estatales adoptadas para dar protección a ciertos derechos, lo cual supone una interesante ampliación de los estándares tradicionalmente admitidos para el control de razonabilidad.

Puntualmente, tal óptica parece desplazar al criterio de la Corte Federal conforme el cual *"el análisis de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse éstos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema"*²⁹.

Por el contrario, las obligaciones internacionales de aseguramiento del ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados con jerarquía constitucional determinan un criterio de control de orden estrictamente jurídico, cual es –precisamente– la verificación de la eficacia de la medida adoptada por el Estado para dar satisfacción a esos derechos³⁰.

27 Todo ello se ve reafirmado desde la vocación de dirimir los conflictos suscitados en una relación de consumo *"a la luz de la estrecha interdependencia entre la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos, (que) constituyen un todo indisoluble, erigen su base en la dignidad de la Persona Humana y exigen tutela y protección permanente conforme al Protocolo Adicional de San Salvador"*.

28 De más está recalcar las interesantes aplicaciones que tal posición irradia frente al agotamiento de la vía administrativa, en cuanto no sería descabellado pensar que la ineficacia de su obligatoriedad como regla general frente al acceso a la justicia trae aparejada su inexigibilidad en el caso concreto. El mantenimiento jurisprudencial de la excepción de ritualismo inútil al reclamo previo pese a su derogación en la reforma de la Ley 25.344 al artículo 32 de la Ley 19.549 abona tal posibilidad.

29 CSJN, *"Inshauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes"* del 01/09/1944, Fallos 199:483. Sobre los alcances del control de razonabilidad en nuestra jurisprudencia ver GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 250; MILLER, Jonathan – GELLI, María A. – CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, Tº 2, p. 990.

30 Por otra parte, la Corte Interamericana ha insistido en torno a la efectividad en el Caso *"Lori Berenson Mejía vs. Perú"* (Sentencia del 25/11/2004, numeral 220): *"La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas"*.

A resultas de lo anterior, la constatación de la ineficacia de la medida adoptada conlleva un vicio en la decisión estatal, en tanto supone infringir la primaria obligación sentada en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el alcance asignado al mismo por la Corte Interamericana.

Claro está, entonces, que no podría hoy el Poder Judicial desentenderse del control de tal extremo, máxime cuando el mismo reviste –según hemos indicado- jerarquía normativa calificada.

En fin, la eficacia de las medidas estatales parece presentarse hoy como un criterio jurídico de control de constitucionalidad que debe ser aplicado por los jueces de nuestro país y ha dejado –por tanto- de ser un aspecto ajeno a la competencia de los tribunales, si alguna vez lo fue realmente.

VII.- La doctrina del mejor derecho. Esbozos de su aplicación.

Otro elemento por demás novedoso que tangencialmente aborda el voto ampliatorio del Dr. Soderó Nievas es el referido a la aplicación de la doctrina elaborada entre nosotros por Jorge Salomoni conforme la cual el principio de igual protección de ley trae aparejado el derecho del ciudadano de un Estado parte de una asociación de estados o de una federación de invocar aquella norma más protectora de los Derechos Humanos que los ordenamientos de los integrantes ofrezcan. En suma, la tesis de invocación de la norma más protectora de Derechos Humanos o mejor derecho.

Puntualmente, y con base en lo normado por el artículo 28.3 de la Convención Americana, explica dicho autor que su tesis consiste en la obligación del juez nacional de dar aplicación *"a la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados que conforma el MERCOSUR"*³¹.

Tal obligación se fundaba en el *"principio de igualdad del Pacto que establece el derecho a la mayor protección de los derechos"*, lo cual implica que todo nacional de un Estado miembro de la asociación tiene el derecho a igual protección, en los mismos términos, que la máxima protección que se haya alcanzado en alguno de los Estados miembros para esos mismos derechos. Derivación de lo anterior es que *"la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro, se transforma en un*

(principio del efecto útil). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención".

31 SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 446. Ampliando su tesis al plano de la federación, postulaba el autor que *"...para los casos de Estados federales como la República Argentina, el sistema instaurado por el Pacto de San José de Costa Rica, desde el otorgamiento por el constituyente de 1994 de jerarquía constitucional según lo establece expresamente el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, ha modificado el sistema federal de producción del derecho... Por lo tanto, un ciudadano de una provincia puede invocar el derecho de otra provincia que sea aplicable al caso, y que sea más protector de sus derechos, en situación del derecho sancionado en su jurisdicción territorial"*. (CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, Estudio Preliminar de Jorge Salomoni, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 26). Ver también en tal sentido la opinión de Salomoni, Jorge Luis en su prólogo a la obra colectiva *El Control Judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén*, Pablo A. Gutiérrez Colantuono -Coordinador-Publifadecs, General Roca, Río Negro, 2005.

*principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos*³².

Pues bien, la lectura del último párrafo del Considerando 7 del voto ampliatorio parece dar cuenta de una atención incipiente a tal principio.

Allí se postula que *"los principios informadores de la tutela del usuario y del consumidor, no solo han adquirido jerarquía constitucional en nuestro país, sino que se encuentran previstos en la mayoría de los países del Mercado Común del Sur"*, individualizando las diversas normas existentes en los Estados parte.

Sin embargo, una aproximación directa de la sentencia al principio de mejor derecho se visualiza en el Considerando 9 cuando – en relación a los alcances del precio del servicio- se alude al artículo 3º del Código de Defensa al Consumidor de Brasil, según el cual la expresión "remuneración" permite incluir a todos aquellos contratos en que fuera posible identificar en el sinalagma escondido (contraprestación escondida) una remuneración indirecta del servicio de consumo.

Puntualmente, expresa el Juez Soderro Nievas que, *"aplicado al caso de autos, en el rubro denunciado, no se está ante un precio propio de la finalidad del contrato de consumo cual es la comunicación telefónica, sino que se está cobrando por otro concepto: el uso del espectro"*.

En otros términos, se efectúa en el fallo comentado una interesante aproximación a la doctrina del mejor derecho para delimitar el régimen aplicable, valorando el marco fáctico a partir de aquella norma –la brasileña- que brinda una protección específica y más adecuada frente al planteo del consumidor (facturación por consumos no efectuados).

Si bien las perspectivas de la aplicación del principio del mejor derecho son todavía imprevisibles, nos permitimos agregar otro supuesto interesante de su vigencia que precisamente ofrece el caso comentado.

Concretamente, la avanzada regulación procesal del amparo colectivo que posee la Provincia de Río Negro en la Ley 2779 debe –a la luz de esta teoría- ser aplicada en aquellas acciones similares que se susciten en otras jurisdicciones, atento la claridad de sus previsiones como medio de protección de los derechos de diversos colectivos.

A la luz de lo dicho, correspondería que -ante un caso suscitado en otra jurisdicción que no contenga disposiciones afines- el juez procure en primer término dar aplicación a dicha norma procesal más protectora del ejercicio de acciones colectivas, recurriendo a otras regulaciones –como la procesal civil- en segundo término y sólo cuando verifique una abierta incompatibilidad o laguna frente a la norma rionegrina.

Tal perspectiva encuentra también asidero en una regla hermenéutica importante para el plano provincial: en el orden sustancial, y ante la ausencia de normas de naturaleza

32 SALOMONI, Jorge Luis, *"Teoría..."*, cit. p. 448. Frente a tal aseveración cabe anticipar de cara a futuras discusiones que *"El núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma es, en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad"* (COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 514).

local, el intérprete debe recurrir a regímenes similares en el derecho público provincial comparado, y por último al sistema del código civil argentino.

Con igual criterio, el tratamiento procesal de las acciones colectivas debe regirse en primer término por la normativa específica y de mayor protección que presente el orden provincial, para recurrir en último lugar a la aplicación de los códigos procesales civiles o contenciosos.

Claro está, a esta altura, que los nuevos modos de entender nuestro derecho son variados y nos obligan a repensar muchas soluciones en nuestra labor cotidiana como operadores jurídicos.

VIII.- El contenido de la sentencia y la tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva.

Corresponde, por último, efectuar algunas consideraciones en torno del contenido y alcances del fallo comentado, enfatizando las particularidades que el caso presentaba a partir de la utilización del amparo para la protección de derechos de incidencia colectiva, pues esa circunstancia producía consecuencias importantes en torno a la admisibilidad de la vía utilizada y a los efectos de la sentencia.

VIII.1º) Los contornos de la acción de amparo. Orígenes y consagración supranacional.

Un primer elemento que nos parece relevante a esos fines es reforzar el ámbito actual que cabe reconocer a la figura del amparo, pues –como es previsible- la asignación de mayores o menores límites a la procedencia de esta acción se dará a partir de los bienes jurídicos que se considere preferible tutelar.

La acción de amparo tuvo –como sabemos- reconocimiento jurisprudencial en nuestro país a partir del caso "*Siri*"³³, el cual se erigió como el hito inicial de una fecunda evolución que fuera receptada en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En tal oportunidad, la Corte Suprema Federal puso de resalto la esencia misma del medio procesal analizado, explicitando que "*Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias*".

Prosiguiendo con tal evolución, en el fallo "*Kot*"³⁴ se sostuvo que "*Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales, y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de aquella garantía*".

Agregó en tal ocasión un elemento capital para la recta comprensión del instituto: "*Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la*

33 CSJN, Fallos 239:459.

34 CSJN, Fallos 241:291.

*persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados*³⁵.

Delineó así la esencia del amparo como *"institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto"*³⁶.

Excedería ciertamente los límites de este comentario detallar la larga evolución que el amparo ha tenido en nuestro país, pero –ciertamente- resulta necesario ahondar –a partir de esos rasgos esenciales delimitados desde los comienzos por la propia Corte Federal- sobre determinados postulados de la figura examinada a partir de la reforma de 1994 y la supranacionalización operada en nuestro ordenamiento.

En el sistema de protección de los Derechos Humanos, que es un componente del estado constitucional de derecho, el amparo representa, como ha dicho la Corte Interamericana al aludir al artículo 25 de la Convención Americana, una garantía preciosa, que es, en rigor, la *"garantía de las garantías"*, el *"derecho que sirve a todos los derechos"*³⁷.

La misma aparece como la culminación de un sistema tutelar que finalmente deposita sus expectativas en cierto medio de defensa al que todos pueden acudir y que a todos puede satisfacer. Dice ese precepto que *"(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales"*³⁸.

Como leemos, el recurso debe ser *eficaz*, es decir, *"capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"*³⁹.

Como enseña Gordillo, *"la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación; es lo que*

35 Casi proféticamente, advertía ya en esos momentos el Alto Tribunal que *"La Constitución Nacional está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes los beneficios de la libertad y este propósito se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, obstaculizan o postergan la efectiva plenitud de los derechos"*.

36 CSJN, Fallos 306:401. Cabe destacar que la riqueza de tal enfoque se ha visto ratificada por el propio texto constitucional a partir de 1994, el cual postula el principio de integridad revisora del amparo al establecer que dicha vía procede contra *"todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares"*.

37 Corte IDH, Caso *"Tibi vs. Ecuador"*, cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, cit, ap. 45.

38 Corte IDH, Caso *"Tibi vs. Ecuador"*, cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ap. 45. Plantea luego una serie de interrogantes que son los que corresponde formular para apreciar si los recursos satisfacen el sistema de Derechos Humanos en los siguientes términos: *"El recurso provisto ¿es, de veras, "efectivo", en el sentido de que permita la defensa real de los derechos fundamentales, en todo tiempo y circunstancia? ¿Es, de veras, "sencillo", porque pueda ser conocido, entendido, empleado por cualquier ciudadano -pues se instituye para proteger a cualquier ciudadano- que necesita esa protección? ¿Es, de veras, "rápido", en el sentido de que asegure en brevísimo tiempo, no sólo al cabo de los meses o los años, la preservación de un derecho cuya tutela no admite demora, so pena de causar al titular daños severos e irreparables? ¿Se ha construido un sistema de recursos eficaz, remontando complejidades innecesarias, tecnicismos inútiles, obstáculos improcedentes?"* (ap. 46).

39 Corte IDH, Caso *"Godínez Cruz vs. Honduras"*, sentencia del 20/01/1989, numeral 69.

surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de una tal vía a favor del individuo"⁴⁰.

La Corte Interamericana ha señalado en el "*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*"⁴¹ que *"para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención. Esta Corte ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"*⁴².

En la misma sentencia ese tribunal explicó que, en el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos, *"la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales"*⁴³.

Pues bien, las características reseñadas conllevan una consecuencia de primer orden para examinar los alcances del fallo que comentamos: los jueces *"tienen la obligación de pronunciarse sobre el fondo de los derechos ante ellos invocados. Un incumplimiento judicial a esta obligación de acceso a la justicia es además violación a los tratados supranacionales"*⁴⁴.

VIII.2º) La resolución del caso ¿Admisión parcial de la acción de amparo o medida cautelar innovativa?

Los particulares términos de la parte resolutive de la sentencia hacen necesario interrogarse sobre el alcance concreto del fallo del Superior Tribunal.

40 GORDILLO, Agustín, "Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", en AA.VV. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, PNUD, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 217.

41 Sentencia del 31/01/2001, ap. 90.

42 En igual sentido, Corte IDH, Casos "*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*", sentencia del 25/11/2000, Serie C Nº 70; "*Cantoral Benavides vs. Perú*", sentencia del 18/08/2000, Serie C Nº 69, párr. 163; "*Durand y Ugarte vs. Perú*", sentencia del 16/08/2000, Serie C Nº 68, párr 101; "*Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) vs. Guatemala*", sentencia del 19/11/1999, Serie C Nº 63, párr. 234; "*Cesti Hurtado vs. Perú*", sentencia del 29/09/1999, Serie C Nº 56, párr. 121; "*Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*", sentencia del 30/05/1999, Serie C Nº 52, párr. 184; "*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*", sentencia del 08/03/1998, Serie C Nº 37, párr. 164; "*Blake vs. Guatemala*", sentencia del 24/01/1998. Serie C Nº 36, párr. 102; "*Suárez Rosero vs. Ecuador*", sentencia del 12/11/1997, Serie C Nº 35, párr. 65; "*Castillo Páez vs. Perú*", sentencia del 03/11/1997, Serie C Nº 34, párr. 82, entre otros.

43 Lo mismo en el Caso "*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*", sentencia del 02/09/2004, Serie C Nº 112, numeral 245, en el cual se reiterara que *"para que un recurso sea efectivo se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Es claro que el recurso no será realmente eficaz si no se resuelve dentro de un plazo que permita amparar la violación de la que se reclama"*.

44 GORDILLO, Agustín, ob. cit., p. 211.

¿Nos encontramos –como se expresa en la sentencia- ante una admisión parcial de la acción de amparo o ante una medida cautelar?

Veamos.

Como ya dijimos, la actora solicitó la declaración de ilegalidad de una modalidad de facturación a los usuarios de una empresa de telefonía celular y la nulificación de la cláusula contractual de adhesión que preveía la misma. La pretensión mediata era vedar el cobro de aquellos supuestos de uso del servicio que no constituyeran comunicación.

El Superior Tribunal resolvió declarar "*la procedencia parcial del amparo colectivo*", pero se limitó a suspender por noventa días los términos y condiciones de las cláusulas contractuales atacadas por la actora.

Paralelamente, decidió "*dejar al arbitrio de los amparistas canalicen en ese plazo por una vía ordinaria ulterior, con mayor amplitud de debate y prueba en la consideración y el pronunciamiento en definitiva del órgano jurisdiccional competente sobre dichos aspectos de los alcances de la relación contractual (incluyendo las nulidades de las cláusulas), por ser "lo convencional" en principio ajeno a la acción de amparo*".

El Juez Sodero Nievas puntualizó en su voto que "*la solución que se adopta remite necesariamente a un trámite ordinario posterior a los efectos de que se diriman, entre usuarios y consumidores representados por DECOVI y la prestadora del servicio, las **diferencias patrimoniales** a que hubiere lugar según las circunstancias de hecho y prueba de cada caso*"⁴⁵.

Es en este punto donde la medida adoptada por el Tribunal en pleno podría encontrar algunos reparos parciales.

En efecto, a la luz de todo lo reseñado en el punto precedente, entendemos que habría sido posible -sobre todo considerando el amplio marco de acción que la Ley 2779 otorga al juez- resolver el fondo de la contienda, que no era otro que la validez de la forma de facturación instrumentada por la demandada en contratos de adhesión.

Verdaderamente, tal resolución no parecería –en principio- sino reconducir a un análisis jurídico de validez de las disposiciones contractuales, salvo que se alegara – cuestión que no surge de la lectura del fallo- que era necesario resolver pericialmente si lo facturado por la prestadora constituía o no comunicación.

Por ello, no se presentaban elementos que impidieran a los magistrados dirimir el fondo de la controversia jurídica suscitada, dando así plena satisfacción a la tutela judicial efectiva a partir de una resolución definitiva.

Por el contrario, se dispuso suspender transitoriamente las condiciones contractuales atacadas, plazo en el cual la amparista debía concurrir a la instancia ordinaria "*con mayor amplitud de debate y prueba*".

45 Previo aclarar que "*existe una cláusula que podría desnaturalizar las obligaciones de la partes y afirmo "podría" porque ello deberá ventilarse por el proceso ordinario que corresponda, y aún así la duda respecto a la calificación debe resolverse a favor del consumidor-usuario, así lo establece la regla de interpretación más favorable al consumidor que recepta la citada ley*".

Como es sabido, *"la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso"*⁴⁶.

Desde ese prisma, entendemos que no nos encontramos ante un acogimiento parcial de la acción de amparo, por cuanto la resolución del fondo del asunto se recondujo a la esfera ordinaria, sino ante el dictado de una medida cautelar sujeta al inicio de una acción judicial posterior⁴⁷.

Concretamente, la resolución bajo estudio participa de la característica distintiva de las providencias cautelares, su provisoriedad⁴⁸, y los magistrados declaran expresamente que el alcance de su revisión se vincula a la verosimilitud del derecho de la amparista y no a un examen exhaustivo del asunto.

Dentro de tal campo, la medida cautelar puede calificarse como innovativa en tanto supuso alterar la situación de hecho y derecho (aplicación de la cláusula de cobro) existente al momento de su dictado.

Tal decisión –si bien resulta beneficiosa en cuanto tutela provisoriamente los derechos afectados brindando una respuesta inmediata a la problemática⁴⁹- podría encontrar

46 CSJN, *"Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPPRA) y otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad"*, del 18/07/2002, entre otros.

47 El modo de resolver el pleito es similar al curso de acción adoptado por la Corte Federal in re *"M. E. R. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo"* del 15/03/2005, en el cual el Alto Tribunal dispuso que *"corresponde declarar que el Tribunal no resulta competente para entender en las presentes actuaciones. Sin perjuicio de ello y toda vez que en este caso media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cabe hacer lugar a la medida cautelar solicitada la que deberá ser cumplida (art. 196, cod. cit)"*. Como sostuvo el Dr. Soderer Nievas en el precedente *"Brillo"* *"El procedimiento de amparo al tener un fin en sí mismo, consistente en reparar en forma expeditiva, urgente, por una vía sumarísima, el derecho conculcado explícita o implícitamente amparado por la Constitución, es un procedimiento autónomo, cuya sentencia declara la certeza de la existencia derecho; en tanto que como lo tiene dicho el Máximo Tribunal Federal, el procedimiento cautelar tiene por fin asegurar la eficacia práctica de una sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un análisis exhaustivo, sino de uno de mera probabilidad respecto del derecho controvertido (Conf. CSJN, Fallos 314:711), es decir que por definición el proceso cautelar siempre es accesorio de un proceso principal del que sigue su suerte"*. (STJ RN, *"Brillo, Mirta Raquel"* del 30/06/2005, LLPatagonia 2006 (abril), 179, con nota de Ariel A. Gallinger.

48 *"La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia"*, a resultas de lo cual la cautelar es –en esencia- una *"anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma"* (CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, ps. 40 y 45).

49 Plenamente aplicable resulta el principio general del derecho conforme el cual *"la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón"*, receptado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *"Factortame"* del 19/06/1990. Igual criterio ha explicitado el Tribunal Supremo Español desde las sentencias de 20/02/1990, 27/02/1990, 20/03/1990 y 04/12/1990.

reparos en cuanto no observamos que existieran impedimentos sustanciales para resolver el fondo del asunto y brindar una respuesta definitiva a los justiciables.

También genera dudas la virtualidad de tal suspensión, pues la misma podría tener efectos directos en la acción ordinaria que se instruye al amparista incoar. Ante su vencimiento podría el juez ordinario denegar una medida similar lo cual daría cuenta de pronunciamientos contradictorios ante la misma situación.

Coincidimos, por ello, con la distinción efectuada por el Juez Sodero Nievas, según la cual la remisión al proceso ordinario debe efectuarse para atender a lo vinculado con las *diferencias patrimoniales* que respecto de cada usuario hayan de definirse, lo cual es diferente a decidir acerca de la validez de la modalidad de facturación y las cláusulas que la preveían. Ello no requería mayor amplitud de debate y prueba y aparecía prácticamente como una cuestión de puro derecho.

Valga aclarar -respecto de esta última condición como obstáculo a la procedencia del amparo- que el alcance de dicho límite reside –a nuestro entender- en la posibilidad o no de afectación al derecho de defensa de las partes.

Cuando tal riesgo de lesión al debido proceso y a la igualdad entre los litigantes no se presenta (por cuanto ambos han podido defender útilmente sus posiciones) y es posible resolver el fondo por la vía del amparo así debe hacerlo el juez para maximizar el acceso definitivo a la justicia y asegurar un plazo razonable en la duración del pleito.

Como se ha explicado al comentar la regulación procesal para la defensa del consumidor de la provincia de Buenos Aires, *"la determinación de la idoneidad de la vía utilizada por el accionante va a tener como parámetro de medida el cumplimiento de una premisa teleológica: la aptitud del medio procesal se evalúa en función de su relación con el fin perseguido"*⁵⁰.

VIII.3º) Los efectos de la sentencia. Nuevos cauces procesales.

El voto ampliatorio efectúa una pormenorizada reseña del estado actual de la discusión relativa a los cauces procesales aplicables a las acciones judiciales cuyo objeto reside en la protección de derechos de incidencia colectiva, poniendo especial atención en las acciones de clase y la posibilidad de su desarrollo en nuestro régimen jurídico.

Obvias razones de espacio nos impiden abarcar tal temática, pero es claro que las diferentes construcciones comentadas a lo largo de este trabajo importan enfocar tal discusión a partir del principio de tutela judicial efectiva.

Volviendo a nuestro punto de partida, son dos los aportes que nos interesa dejar plasmados:

a) Debemos tener presente la noción que ha dado origen a la misma acción de amparo en los casos "Siri" y "Kot": *"Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias"*. En consecuencia, los derechos colectivos deben obtener protección judicial efectiva por vía de los cauces más idóneos

50 BERSTEN, Horacio L. "Procedimiento judicial del consumidor en la Provincia de Buenos Aires", LL 2004-B, 1324.

para el tipo de situación que se suscite, aún cuando nos hallemos ante la ausencia de una regulación ritual específica.

b) Conforme lo dicho, celebramos la regulación legislativa de este tipo de procesos, como ha sucedido en Río Negro por medio de la Ley 2779 y –como hemos visto– propugnamos su aplicación analógica ante la ausencia de previsiones específicas en otras jurisdicciones.

IX.- Conclusiones.

El modelo de estado social y democrático de derecho, o como lo define Manuel Antonio Peña Freire *estado constitucional de derecho*, se estructura sobre la base de tres factores relevantes: a) la supremacía constitucional, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos, c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y efectividad de los Derechos Humanos⁵¹.

El diseño del nuevo espacio constitucional argentino desde la reforma de 1994 impone a los jueces resolver los casos ante ellos presentados desde el prisma de la protección efectiva de las garantías supranacionales ni bien se detecta la afectación directa de un Derecho Fundamental especialmente protegido.

Paralelamente, el derecho administrativo encuentra su conformación histórica nacional en su carácter local en el marco de un sistema federal, lo cual deriva en una vasta diversidad regulatoria sustancial y procesal en las materias cuyo estudio corresponde a tal rama de la ciencia jurídica.

El ciudadano de la federación se enfrenta, de tal modo, a un modelo plurinormativo administrativo bajo los alcances del principio de igualdad recogido en el artículo 16 de la Constitución Nacional que le garantiza sus derechos en un mínimo estándar homogéneo.

Así, el desafío es contrastar en cada jurisdicción la regulación local con los mínimos estándares protectivos – sustanciales y procesales – establecidos constitucionalmente y verificar su adecuación a los fijados en el Subsistema de Derechos Humanos Americano. Para, desde allí, invocar la aplicación más beneficiosa en la jurisdicción local de aquella norma extraña pero más favorable a la vigencia del derecho en el caso concreto.

Finalmente, cabe al menos como hipótesis científica indagar en el aserto y alcances de la tesis esbozada por Jorge Salomoni con el fin de elegir la herramienta de mayor protección del sistema federal o comunitario, pese a encontrarse satisfecha aquella exigencia del mínimo estándar garantizado internamente por el artículo 16 de la Carta Constitucional.

La cada vez mayor interdependencia de las disciplinas – pública/privada – junto a la interconexión normativa de sistemas internos con los supranacionales, de lo cual el derecho del consumidor es una muestra, permite abordar un intenso debate en nuestro derecho administrativo. El norte será aquel que por estos tiempos parece

51 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p.37.

enmarcar las decisiones de nuestra Corte Federal, la efectiva tutela de los derechos fundamentales con especial protección constitucional.