

Congreso: XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

Comisión N° 3: Perspectiva constitucional de la información y de la publicidad dirigida a los consumidores. Mecanismos de tutela.

Título: Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información

Autor: José H. Sahián

Universidad: Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

Índice de la ponencia: I. Introducción: 1- Metodología: Finalidad. 2- Naturaleza jurídica del derecho a la información. II. El Derecho a la Información en el marco Internacional: 1- Naciones Unidas. 2- Consejo de Europa. 3- Sistema Interamericano de Derechos Humanos. III. Defensa supranacional de la información: 1- Unión Europea. 2- Mercosur. IV. Derecho constitucional comparado: 1- Europa. 2- Latinoamérica. V. El derecho a la información en Argentina. VI. Modificación de la reglamentación del derecho a la información. VII. Conclusiones.

Resumen y principal conclusión: “El derecho a la información de los consumidores y usuarios alcanza un plano, no solo constitucional, sino convencional y goza, por tanto, de los mecanismos de tutela provenientes del Derecho de los Derechos Humanos, entre ellos la aplicación de los principios de progresividad y no regresividad”.

“los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información” (Luigi Ferrajoli)

I. INTRODUCCIÓN

1. Metodología: Finalidad.

Lo que se persigue con la presente ponencia es, primeramente, efectuar un examen descriptivo del estado actual de progresión de la dimensión constitucional del derecho a la información, en nuestro sistema y en el derecho comparado.

No resulta vano tener presente que cada vez es más anchurosa la parcela de la doctrina que, con distintos argumentos y alcances, se ha sumado a catalogar a los derechos de los consumidores como derechos humanos¹, posición a la que adherimos. Ahora bien, más allá que pensamos que la tecnología del Derecho de los Derechos Humanos es *in genere* predicable respecto de la protección de los consumidores, intentaremos desentrañar si existen fundamentos específicos que permitan asegurar que los instrumentos de defensa provenientes del Derecho de los Derechos Humanos son exportable al caso concreto del derecho a la información de los consumidores. Dicho en otras palabras, la finalidad de este trabajo es desentrañar si existe un plano “convencional”, además de constitucional, del derecho a la información, y si los mecanismos de tutela emergentes de dicho marco convencional devienen aplicables al derecho a la información de los consumidores.

2. Naturaleza jurídica del derecho a la información

Los derechos de los consumidores detentan una gran heterogeneidad, tal que dificulta subsumirlos en una exclusiva categoría. Los derechos de los consumidores aparecen como una suerte de “nuevos derechos sociales”² o “derechos sociales de tercera generación”³, en tanto combinan caracteres de los derechos de tercera generación con los sociales (mayormente de segunda generación). Concordantemente un número significativo de derechos de los consumidores -como el acceso al consumo, salud, educación, etc.- revestirían naturaleza de “derechos a prestaciones en sentido estricto”.

En cambio, el derecho a la información exhibe ciertas particularidades que, bajo hipótesis, parecería asimilarse más -que a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)- a los denominados “derechos de defensa” y aproximarse, al menos en ciertas ocasiones, a los “derechos civiles”, en la clásica tipificación de los derechos humanos.

Esto deviene relevante, porque el principio de progresividad ha sido deliberado esencialmente para los DESC. Aunque lo cierto es que afortunadamente las fronteras teóricas y prácticas⁴ entre tales categorías se vienen tornando borrosas, desvaneciéndose cada vez más⁵; y recobra un visible impulso la propensión hacia la idea de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. La Corte IDH, en los sonados casos “Suárez Peralta”⁶ y “Acevedo Buendía”⁷, reconoció tales principios, lo que ha sido corroborado recientemente en “Lagos del Campo”⁸. En nuestro país, una -todavía aislada- jurisprudencia ha juzgado que: “*El principio de ‘progresividad’ o ‘no regresividad’... se proyecta a los Derechos Civiles y Políticos en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos*”⁹.

II. EL DERECHO A LA INFORMACION EN EL MARCO INTERNACIONAL

1. Naciones Unidas

Ya en las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por Resolución 39/248, se dispuso como uno de sus lineamientos “el acceso a una información adecuada” (inc. c).

Recientemente, mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2015, se promovieron originales reformas en la temática que nos ocupa. Dentro de los principios generales (punto III.5) se enuncia en el inciso e “*el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual*”. Y en el último inciso (k) se regla un interesante llamado a la defensa de la “privacidad” y la “libre circulación de la información global”. A su turno, en el art. 11 (punto IV) se regulan una serie de atractivos “principios para unas buenas prácticas comerciales”, que serían una suerte de enunciación, en clave positiva, de prácticas comerciales abusivas que se pretenden prohibir. Entre ellos, se menciona la “*divulgación y transparencia de información completa, exacta, no capciosa y de fácil acceso*” (inc. c).

2. Consejo de Europa

Tal vez, el primer hecho notorio en la evolución de la tutela europea de los consumidores vino dado por la decisión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (1973), que expidió la Resolución 543/73, continente de la Carta Europea de Protección de los Consumidores. En tal disposición, se reconocían cuatro derechos básicos, entre ellos, se garantizaba “la información” (inc. c), la que era tratada conjuntamente con la educación.

¹ Vid. SAHIÁN, José H., *Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 442-455.

² VILLALBA CUÉLLAR, Juan C., “Aspectos introductorios al derecho del consumo”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, vol. XII, núm. 24, 2009, p. 89.

³ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derecho Social de Consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 102.

⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 95.

⁵ ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Indivisibilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, núm. 2, 2012, p. 52.

⁶ Corte IDH, 21/05/2013, “Suárez Peralta vs. Ecuador”, Serie C, nº 261; párrafo 131.

⁷ Corte IDH, 01/07/2009, “Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la controlaría) vs. Perú”, Serie C nº 198, p. 101.

⁸ Corte IDH, 31/08/2017, “Lagos del Campo c. Perú”.

⁹ Corte Suprema de Justicia de Tucumán: Sentencia nº 40 del 18/02/2014, “Municipalidad de San Miguel de Tucumán vs. Telecom Personal S.A. y/o representante legal s/Ejecución Fiscal”; entre muchos otros.

Los organismos de defensa de los derechos humanos en el viejo continente no han consagrado expresamente el derecho a la información de los consumidores. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dieron cabida al examen de la “publicidad comercial”, bajo la sombrilla de la “libertad de expresión” del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Fueron inicialmente las decisiones y los informes de la Comisión Europea los que favorecieron un pronunciamiento en esa orientación. Así puede comprobarse en una serie de casos resueltos desde 1979 a 1992¹⁰. Pero no fue una doctrina seguida de manera inmediata por el TEDH que, recién el 24/02/1994, con la resolución definitiva del antecedente “*Casado Coca vs. España*”¹¹ (que planteaba un caso de publicidad de abogados), se inclinó por el juicio de la Comisión, amparando la publicidad en el marco de los derechos fundamentales de expresión y de información. Con ello, la Comisión¹² y el TEDH¹³ han considerado a la publicidad como un mensaje protegible como contenido de las libertades de expresión e información; y de esto puede deducirse un modo indirecto de tutela de los consumidores, para que accedan a la información correcta y completa de los productos o bienes que están a su disposición en el mercado¹⁴; criterio éste no consolidado en ciertos superiores tribunales nacionales europeos, como el Tribunal Supremo (TS) o el Tribunal Constitucional (TC) español¹⁵.

Esta protección de la información-publicidad podría ser entendida como una manifestación de “defensa cruzada” (de derechos de consumidores), que es una técnica tendiente a proteger un derecho no previsto convencionalmente a través de otro que sí lo está; y que podría funcionar -para los consumidores- de modo análogo a la lógica seguida por el TEDH, en materia de derechos ambientales. Es que, el medio ambiente no se encuentra formalmente tutelado en el CEDH, no obstante lo cual el TEDH ha demostrado sensibilidad al amparo de los derechos ambientales, a través de la garantía de otros derechos que sí están avalados en aquella declaración y que permiten escudar intereses medioambientales¹⁶. En apoyo de tal razonamiento, en la Sentencia “*Hatton I*”¹⁷ se discutía en qué medida los ruidos nocturnos del aeropuerto de *Heathrow* (Londres) perturbaban la vida de los ciudadanos por tal contaminación acústica. Ante la ausencia de regulación de los derechos ambientales, se consideró que medió una “intromisión en el propio domicilio”, mediante una defensa “por carambola” (como también se lo suele denominar en algunos países de Europa, o *par ricochet*)¹⁸. Igual tesitura se adoptó en un caso donde una española de nombre Pilar Moreno Gómez decidió poner una ventana doble para aislar los ruidos producidos por bares aledaños, por encontrarse en una “zona de copas”, concluyendo el proceso con sanción a España -por parte del Tribunal de Estrasburgo- por incumplir la garantía del “derecho a la intimidad y el respeto al domicilio”¹⁹. Siguiendo esta tesitura, uno de los casos más paradigmáticos es “*López Ostra c/España*”²⁰, donde se entendió que olores nauseabundos provenientes de una depuración de aguas y residuos químicos implicaban una intromisión injustificada en el domicilio, incompatible con la garantía de “intimidad” que protege el CEDH.

No se advierte argumento alguno, teórico o positivo, para evitar que tales juzgamientos puedan ser también exportables para los casos de información y publicidad, cuando se verifique una adecuada yuxtaposición, conforme lo anticipado.

3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Al igual que en el supuesto anterior, los Tratados de Derechos Humanos aplicables en el nuevo continente no han procurado, de modo directo, la protección de los intereses de los consumidores, como tales. Sólo se verifica el amparo de ciertos derechos que pueden potencialmente superponerse con intereses de los consumidores. A los fines que nos interesa, el caso “*Claude Reyes*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) marcó un hito jurisprudencial al reconocer, por primera vez, explícitamente que el acceso a

¹⁰ Vid. RUIZ MUÑOZ, Miguel, “Derecho de la Publicidad y Globalización: Publicidad Transfronteriza, Libertad de Expresión y Derechos Aplicables”, *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, núm. 79, 2006, pp. 94 y siguientes.

¹¹ TEDH, Sentencia del 24/02/1994, “*Casado Coca vs. España*”.

¹² Vid. Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 01/12/1992.

¹³ En esa línea, aunque no de manera tan clara, ya se contaba con algunos precedentes anteriores al asunto *Casado Coca* aludido. Así: TEDH: 20/11/1989, “*Markt intern*”; 28/03/1990, “*Groppera Radio*”; 22/05/1990, “*Autronic*”.

¹⁴ FARRÉ LÓPEZ, Pedro, “El derecho de rectificación en el ámbito de la publicidad comercial”, AA VV, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002, pp. 838-841.

¹⁵ Tanto el TS como el TC español mostraron cierta resistencia a afirmar que la publicidad encuentra amparo en las libertades de información y de expresión (Vgr. STS, 3°, 987/1994, del 18/02/1994, RJ 1994\947, ECLI:ES:TS:1994:987, Id Cendoj: 28079130011994103113, Sala de lo Contencioso, Sección: 1, Ponente: JUAN Manuel Sanz Bayon), tesis en apariencia matizada en el caso “*Mitsubishi*” (STS 444/2010, Sala de lo Civil, nº de Resolución: 860/2009, del 15/01/2010, RJ 2010\415, Ponente: José Ramón Ferrandiz Gabriel), donde la publicidad se habría resguardado a través de la libertad de expresión.

¹⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, Logroño, Anales del Convenio Universidad de La Rioja - Parlamento de La Rioja, núm. 10, 2005, p. 20.

¹⁷ TEDH, 02/10/2001, “*Hatton I*”.

¹⁸ Vid. JOVER GOMEZ-FERRER, Rafael, y otros, *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 42. A modo de ejemplo de la técnica llamada “de carambola”, aunque en tópico lejano a nuestra temática, la tutela del derecho de asilo a través de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3 del CEDH (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “El alcance de las obligaciones (art. 1 CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo -coords.-, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 56).

¹⁹ TEDH, 11/11/2004, “*Moreno Gómez contra España*”. Comentando otro caso semejante, puede verse: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo -coords.-, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 496). La línea jurisprudencial para esta doctrina también emerge de las Sentencias del TEDH: del 21/02/1990, “*Powel y Rainer contra el Reino Unido*”; del 19/02/1998, “*Guerra y otros contra Italia*”; entre otros.

²⁰ TEDH, 09/12/1994, “*López Ostra c/España*”.

la información pública -en materia ambiental- constituye un derecho humano²¹. A partir del citado fallo la noción de acceso a la información pública (que aunque no se identifica plenamente con el derecho a la información de los consumidores, tiene vértices de conexión, que habilitarían una defensa cruzada en los términos expuestos en el acápite anterior) ha evolucionado muy progresivamente²². El acceso a la información pública ha sido deducida por la Corte IDH de los derechos a comunicar o recibir informaciones y de la libertad de expresión, contenidos en los arts. 19 DUDH, 19 PIDCP, 13.1 CADH, IV DADDH. Este avance exegético ha sido resistido en algunos Estados europeos, que siguen considerando el derecho de acceso a la información como un derecho de configuración legal y no como un auténtico derecho fundamental²³.

La Comisión IDH le asigna una soberbia importancia al derecho a la información²⁴. Ha estimado que: “*el acceso a la información es también una herramienta vital en el alivio de la injusticia socioeconómica... Los grupos marginados necesitan el acceso a la información sobre estos servicios y sobre muchas otras decisiones del gobierno y de los organismos privados que afectan profundamente sus vidas*”²⁵. Tales consideraciones bien podrían devenir exportables al “acceso a la información por parte de los consumidores”, por tratarse estos últimos de sujetos no necesariamente marginados (salvo los hipervulnerables), pero sí estructuralmente débiles, por las asimetrías informativas, económicas y jurídicas²⁶. Tales condiciones pueden justificar la aplicación, a los consumidores, del recién esbozado criterio de la Comisión IDH, puesto que la ausencia de acceso a la información es susceptible de generar afectación en la vida de los consumidores.

III. DEFENSA SUPRANACIONAL DE LA INFORMACION

1. Unión Europea

Dentro de las cinco potestades básicas desplegadas por el Consejo de la Comunidad Europea, en la Resolución del 14 de abril de 1975, que contenía el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores, ya se garantizaba el derecho a la información (aunque lo enunciaba conjuntamente con el fortalecimiento de la educación al consumidor, art. 3.d). Pero fue recién con el Tratado de Ámsterdam de 1997, donde se ejerció una nueva tracción al complejo jurídico del derecho comunitario europeo de defensa del consumidor (en su art. 153, reformulando el art. 129.A del Tratado de Maastricht de 1992). La reforma más destacable del Tratado de Ámsterdam era la referencia expresa que hacía a “los derechos de los consumidores”, recogidos de modo concreto, reconociendo tres prerrogativas del listado clásico, entre ellas el “derecho a la información” Aunque debemos admitir que, mayoritariamente, se desestima que -en el régimen de la UE- se hayan aceptado “derechos fundamentales” de los consumidores. Así se apuntó que el art. 129.A no confería derechos, ni aún en una interpretación conjunta con los arts. 3.S y 100.A.3. Ésta es la tesis que ha prevalecido en el viejo continente.

En cuanto a la tarea desplegada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en relación al derecho a la información, ha sido bastante restrictiva. En este tópico, utilizó la noción de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, para los casos de información y publicidad, consagrada en la sentencia “*Gut Springenheide*”²⁷; tan distante de los parámetros -muchísimo menos exigentes- que afortunadamente se utilizan en nuestro medio local para juzgar la existencia de una publicidad ilícita o de un incumplimiento en el deber de información.

Uno de los debates más importantes que se suscitó, sobre la materia, fue en el célebre *leading case Cassis de Dijon*, donde el TJUE aceptó que la protección del consumidor viene a constituirse como una excepción legítima a la aplicación de las reglas del Tratado de la UE sobre la libre circulación de mercancías²⁸.

²¹ Corte IDH, 19/09/2006, “Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, considerando 7.

²² BUTELER, Alfonso, “Algunos lineamientos acerca del derecho de acceso a la información pública”, *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2008, p. 599.

²³ V.gr. España. Vid. FERNANDEZ VIVAS, Yolanda, “La influencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Euronómia. Revista en cultura de la legalidad*, Madrid, Universidad Carlos III, núm. 9, 2015, p. 322.

²⁴ Tanto así, que le ha dedicado 2 documentos, de sus 56 informes temáticos, al derecho a la información: 1) “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09 30 diciembre 2009-2010, en <http://www.cidh.org/relatoria/>; y 2) “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Organización de los Estados Americanos/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09 30 diciembre 2009-2010, Washington D. C. 2007, en www.cidh.oas.org/relatoria/.

²⁵ Comisión IDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, vol. III, capítulo IV, párrafo 17; citado en Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Washington DC, 2007, p. 44, párrafo 136, en www.cidh.oas.org/relatoria/.

²⁶ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo, “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Valparaíso, Universidad Viña del Mar, núm. 10, 2013, p. 36.

²⁷ TJUE, /06/1998, “*Gut Springenheide*”, asunto C-210/96, fj 31. Este criterio fue receptado por el TS español (TS, Sala Civil, 28/04/2014, Id Cendoj: 28079110012014100319, Ponente: Rafael Saraza Jimena).

²⁸ TJUE, 20/02/1979, “*Rewe-Zebtral, Recueil des arrêts de la Cour*”, asunto 120/78. En éste precedente, que se hizo conocido como *Cassis de Dijon*, una reglamentación alemana no permitía comercializar en esa República ningún licor para consumo humano con una graduación inferior a los veinticinco grados, so pretexto de que con ello se protegía la salud humana (prevención del alcoholismo evitando su banalización) y se impedía que los consumidores fueran defraudados con bebidas de escasa graduación alcohólica. El licor de *Cassis de Dijon*, elaborado en Francia, apenas alcanzaba los quince grados y, consecuentemente, no podía ser comercializado en Alemania como licor. El importador de *Cassis de Dijon* alegó que la normativa alemana en cuanto impedía la importación de licores legalmente fabricados y comercializados en otros países miembros constituía una medida restrictiva al Tratado. En una sentencia histórica de 1979, el Tribunal de Luxemburgo dejó sentado el principio de que todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro. Con la salvedad de lo dispuesto en el considerando 8: “Que los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria, resultantes de las disparidades nacionales sobre la comercialización de los productos en causa, deben aceptarse en la medida en que estas

El juzgamiento adoptado generó diversos pronunciamientos motivados por el hecho de que algunos Estados miembros utilizaron la referencia a la defensa de la información de los consumidores para amparar su normativa relativa a la denominación, composición y etiquetado de los productos. Y, en algunos casos, ello fue esgrimido como estratagemas para eliminar del mercado nacional productos fabricados en otros Estados miembros, que tenían composición, denominación o etiquetado diferente, eventualmente realizado conforme a la legislación del país de origen. Aunque, en una sentencia posterior, donde se trató un tema ajeno a la información, (“*Keck - Mithouard*”²⁹) se produjo una retracción de esta lógica ultra protectoria sentada en *Cassis de Dijon*. A los fines de esta ponencia, relevante resulta asentar que el derecho a la información de los consumidores fue erigido como “excepción” al extraordinariamente amparado -en la UE- derecho a la libre circulación, aunque este raciocinio fue luego matizado.

2. Mercosur

El Tratado de Asunción del MERCOSUR carece de normas que generen derechos subjetivos exigibles a favor de los consumidores. No obstante ello, en el año 2000, los presidentes de los 4 países que originariamente formaban parte del MERCOSUR acordaron la “Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur” de Florianópolis del 15 de diciembre de 2000, en la que se expuso que la defensa del consumidor contemplará distintos derechos, a los que se califica como “fundamentales”, sin exclusión de otros y teniendo en consideración el compromiso de armonizar “progresivamente” las respectivas legislaciones. Deviene destacable, en la temática *sub examen*: en el inciso g) el derecho a la información suficiente, clara y veraz; y los específicos derechos a la protección contra la publicidad no permitida (inc. h), contra prácticas abusivas (inc. i) y contra cláusulas contractuales abusivas (inc. j).

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Cabe adelantar que la mención de los consumidores en los textos constitucionales europeos es exigua, en comparación con los textos fundamentales latinoamericanos.

1. Europa

En el viejo continente, solo dos Leyes Supremas han contemplado el derecho del consumidor a la información.

La Constitución **Portuguesa** de 1976³⁰ es la Carta Magna europea que ostenta, cuantitativa y cualitativamente, más serias garantías de los intereses de los consumidores. Así, en 1989, la segunda revisión a la Constitución prosiguió el sendero que había iniciado la reforma anterior, hacia la inclusión de los derechos de los consumidores, en el marco del capítulo de los “Derechos Fundamentales”³¹. En su art. 60, bajo el título III “De los derechos y deberes económicos, sociales y culturales”, capítulo I, “De los derechos y deberes económicos”, regla: “1. *Los consumidores tienen derecho... a la información*”, entre otros. Además, con un tinte más programático, se establece en el inciso 2: “*La publicidad es disciplinada por ley, estando prohibidas todas las formas de publicidad oculta, indirecta o engañosa*”. Tiene dicho el Tribunal Constitucional portugués que la regulación de la publicidad en el art. 60.2 se articula con el derecho fundamental a la “calidad de los bienes y servicios consumidos y la información” de los consumidores, que figura en el apartado 1 de dicho artículo³².

El art. 51 de la Constitución **española** de 1978 prescribe: “1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca*”. El Tribunal Supremo ha sentenciado que la tutela de los consumidores constituye un “*principio general informador del ordenamiento jurídico*”, agregando que no corresponde atribuirle otras consecuencias que no sean las que resultan de la propia ley³³. O sea, ninguno de los derechos de los consumidores son fundamentales, como consecuencia de lo normado en el art. 53. Solo una postura aislada sustenta que el art. 51 recoge como fundamentales todos los derechos de los consumidores y usuarios -tanto los del primer, como los del segundo apartado-, entre ellos a la información³⁴. Ese razonamiento obedecería al errado uso del método de la adscripción de Robert Alexy,

prescripciones puedan reconocerse como necesarias para satisfacer ‘exigencias imperativas’ teniendo en cuenta, especialmente, la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores”.

²⁹ TJUE, 24/11/1993, “Keck – Mithouard”, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91.

³⁰ Del 25 de abril de 1976. Fue revisada: el 30 de octubre de 1982, 1 de junio de 1989, 5 de noviembre de 1992, 1997, 2001 para el Tribunal Penal de la Haya y 2004 para las autonomías de Azores y Madeira. Modificada en 2005 (Ley 1/2005 de 12 de agosto, que aprobó la Séptima Enmienda Constitucional).

³¹ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito de Consumo*, Coímbra, Almedida, 2013, punto 1.1; *idem* MOUZINHO, Andre N., “Direitos fundamentais dos consumidores”, *Compilações Doutrinárias*, Coímbra, Verbojurídico, Septiembre, 2007, p. 5.

³² Tribunal Constitucional de Portugal, Acordada n° 348/2003, del 08/07/2003, Proceso n° 797/02, 2° Sección, Conselheiro Benjamim Rodrigues.

³³ STS 7977/1995, Sentencia núm. 970, del 13/11/1995, Id Cendoj: 28079110011995102296, Sala de lo Civil, Ponente: José Almagro Nosete; *idem*: STS, 5707/1995, Id Cendoj: 28079110011995101949, Sala de lo Civil, sentencia 977/1995, Ponente: José Almagro Nosete; *idem* STS, 5688/1995, Id Cendoj: 28079110011995104600, Sala de lo Civil, sentencia núm. 0977, Ponente: José Almagro Nosete.

³⁴ ARILLA MENDOZA, Mayte, *Artículo 51 de la Constitución española: la protección de los consumidores y usuarios*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral inédita, 1999, pp. 25-26.

según explica Canosa Usera³⁵.

Más allá de la descrita controversia, partiendo de la redacción del art. 51, se ha entendido que el núcleo esencial de derechos del consumidor puede resumirse en el derecho a la protección de la salud y de la seguridad y el derecho a la protección de los intereses económicos o sociales. Los demás intereses, entre ellos la información, vendrían a ser instrumentales, en tanto servirían para la satisfacción de aquéllos denominados esenciales³⁶. Es decir, se atribuye naturaleza meramente instrumental al segundo párrafo³⁷, donde está reglada la información. Creemos que la tesis de la "instrumentalidad" de la información resulta inconveniente, puesto que conlleva una suerte de subordinación jerárquica de aquellos derechos así calificados (información, educación y representación). Especialmente el derecho a la información ha ganado, en los últimos años, una trascendencia que parece incompatible con la idea de revestir el atributo de un mero "medio".

2. Latinoamérica

En Latinoamérica, el proceso de garantía constitucional de los consumidores no comenzó en la década del 70, como aconteció precozmente en Europa, sino que tuvo un inicio más tardío³⁸. Ello acarrea como imprevista, pero beneficiosa, consecuencia que las diagramaciones de la defensa de los consumidores se concretaron en un escenario mucho más concientizado de la necesidad de su tutela, lo que favoreció una consagración constitucional de protección más intensa y perceptible de todos los derechos, entre ellos a la información.

Con la reforma constitucional del 2009 a la Ley Fundamental del Estado Plurinacional de **Bolivia**, se introdujeron disposiciones expresas de defensa de los consumidores. En la sección X "Derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores", los arts. 75 y 76 reglan extensamente el amparo a éstos. El primero, en su parte pertinente, dispone: "*Las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan de los siguientes derechos:...* 2. *A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen*". Esta nueva Constitución pondera particularmente a los DESC como derechos fundamentales, condición ésta última concluyentemente asignada a los derechos de los consumidores³⁹.

La Constitución **colombiana** de 1991, bajo el título II, reglamenta "Los derechos, las garantías y los deberes". Luego de regular los derechos fundamentales -en el capítulo I de dicho título- y los derechos sociales, económicos y culturales -en el capítulo II-, recién bajo el capítulo III "De los Derechos Colectivos y del Ambiente", prescribe en el art. 78 que: "*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización*". Nótese la diferencia metodológica con la Constitución de Bolivia, que incluyó los derechos de los consumidores bajo el rótulo de DESC, mientras que la de Colombia decidió priorizar la esencia colectiva de los intereses de los consumidores, entre ellos el de la información⁴⁰. Ante la Corte de Colombia se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 24 de la Ley 1.480 de 2011, por medio de la cual se dictó el Estatuto del Consumidor. Se adujo que la disposición acusada vulneraba, entre otros, el art. 78 de la Constitución Política de ese país, en la medida en que se trataba de una norma que omitía incluir, dentro de la información mínima exigida a productores y proveedores, la referente a si los alimentos que se comercializan o sus componentes fueron modificados genéticamente, es decir, si se trata de productos transgénicos o no. La Corte declaró exequible el artículo acusado por el cargo relativo a la violación del art. 78 Superior, salvo el numeral 1.4. de esa normativa, que fue declarado inexecutable por 2 años, a fin de que el Congreso incluya en la información mínima, que se exige a productores y proveedores de alimentos, las disposiciones relacionadas con el rotulado o etiquetado de los envases o empaques de alimentos derivados de organismos, genéticamente modificados para consumo humano, así como para la identificación de materias primas que sean o contengan estos organismos y que también se emplean para la fabricación de alimentos para el consumo humano⁴¹.

³⁵ CANOSA USERA, Raúl, "Marco Constitucional de la protección a los consumidores", en Rodríguez-Araña Muñoz, Jaime y Canosa Usera, Raúl -eds.-, *Derecho de los Consumidores y Usuarios: Una Perspectiva Integral*, La Coruña, Netbiblo S.L., 2008, p. 90. Allí expone que: "*Emplean, sin explicación suficiente y de modo... incorrecto, el método formulado por Alexy, el de la adscripción: una determinada posición subjetiva que no está expresamente recogida en la Constitución se 'cuelga' de una norma constitucional que le da cobertura. En este caso, las normas de principio establecidas en el artículo 51 CE ofrecerían esa cobertura y tales principios se convertirían en derechos. Se proyectarían entonces en la relación de consumo derechos constitucionales implícitos. El error de este proceder consiste en no encuadrar la situación jurídica inferida en una norma que enuncie un derecho, sino en otra que recoge un principio rector cuya proyección normativa sólo alcanzará plenitud cuando la desarrolle el legislador (artículo 53.3 CE). Si acogiéramos la errónea adscripción expuesta tendríamos que concluir en que si el legislador no desarrollase tales derechos estaría infringiendo la Constitución. Sólo podría modular su alcance, pero no obviar el desarrollo de sus contenidos...*".

³⁶ CANOSA USERA, Raúl, "Marco Constitucional de la protección a los consumidores", *op. cit.*, p. 95. Ídem BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, "La protección de los consumidores en el derecho español", *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, núm. 1, 1984, p. 14.

³⁷ RUIZ-RICO, Juan y CONTRERAS, Manuel, "Artículo 51 Defensa de los consumidores y usuarios", en Alzaga Villaamil, Oscar -dir.-, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, EDERSA, t. IV, 1996, p. 401.

³⁸ Sí existieron tempranas, pero aisladas, legislaciones de protección al sector, en Venezuela (1974) y México (1976).

³⁹ BAZÁN, Víctor, "Los derechos fundamentales (particularmente económicos, sociales y culturales) en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 16, 2012, pp. 29-31.

⁴⁰ MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson I., "El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, vol. 17, núm. 1, 2015, p. 202.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-583/15, del 08/09/2015, expte. D-10608, "Laura Castilla Plazas vs. Ley 1480 de 2011, Artículo 24", Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

La Constitución de **Costa Rica**, en el art. 46, reglamenta los derechos de los consumidores, de modo conjunto con la defensa de la libre competencia. En el último párrafo del dispositivo mencionado, se han consagrado constitucionalmente ciertos derechos de los consumidores, entre ellos la prerrogativa a recibir información adecuada y veraz, asignándole una estructura de derecho subjetivo exigible. Deviene interesante que el art. 46 se encuentra inserto bajo el título IV “Derechos y Garantías Individuales” y no en el título V “Derechos y Garantías Sociales”, rechazando la tendencia que impera en parte del derecho comparado y, por ejemplo, en los recién examinados modelos constitucionales boliviano o colombiano, de enfatizar la esencia social o colectiva respectivamente, de los intereses de los consumidores.

En la Constitución de 2008 de **Ecuador**, en el capítulo Tercero dedicado a los “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, la sección Novena está destinada a las “Personas usuarias y consumidoras”. Bajo dicho título, el art. 52 dispone: “*Las personas tienen derecho ... a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características....*”. A su turno, el art. 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador estipula que son “derechos fundamentales⁴² del consumidor”, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los enunciados en dicho dispositivo legal; que, por cierto, contempla una declaración muy completa de prerrogativas de los consumidores, y en cuyo inciso 4 prescribe que los consumidores tienen “*Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar*”. Más mediatamente, pero aún relevante a los fines de la información a los consumidores, en los dos incisos siguientes declara: “5. *Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales...*”.

Si bien la Constitución de **Guatemala** considera a los derechos de los consumidores como “derechos humanos sociales”, al menos por la forma en que la protección ha sido recogida en la sección X, lamentablemente formula una enunciación de derechos (*salud, seguridad y legítimos intereses económicos*) que no incluye a la información.

La Constitución de **Nicaragua** no determina un catálogo de derechos del consumidor. Consagra en el art. 66 el derecho a la información, pero de modo común a todos los ciudadanos.

Igualmente la Constitución Política de **Paraguay** reconoce el genérico derecho de todas las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime (art. 28). Previamente establece en el art. 27 último párrafo que la ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer. Define los intereses del consumidor como intereses difusos, para permitir la defensa de sus derechos y reclamar ante las autoridades públicas (art. 38), mas no contiene una descripción de derechos de los consumidores.

La Carta Magna de **Perú** alude explícitamente a los derechos del consumidor en el art. 65, que se encuentra enmarcado en el capítulo I del título III “Del régimen económico”. Dicha norma dispone: “*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado*”. La prescripción constitucional procura esencialmente garantizar el derecho a la información del consumidor. Ello ha llevado a que se sostenga críticamente que la norma descuidó las asimetrías económicas y de derecho, sólo preocupándose - el constituyente- por equilibrar la desigualdad informativa⁴³. Aunque el Tribunal Constitucional de Perú ha estimado, con gran amplitud, que no sólo los derechos consagrados en el art. 65 de la Carta Magna de aquel país gozan de naturaleza “fundamental” (información, salud y seguridad), sino que también asumen tal dimensión todos aquellos otros derechos no enumerados en el dispositivo constitucional, pero enunciados en la Ley de Defensa de los Consumidores de dicha Nación⁴⁴.

V. EL DERECHO A LA INFORMACION EN ARGENTINA

No se debate en la actualidad que, conforme la consagración del primer párrafo del art. 42, el derecho “*a una información adecuada y veraz*” reviste naturaleza fundamental. Así, en el voto de la Dra. Argibay en el caso “Monner Sans” se rechazó la idea de que un “*empresario no esté obligado a proporcionar la información solicitada por el usuario, por el hecho que no haya una norma expresa que la obligue a ello*”. Por el contrario, estimó la magistrada que: “*la cláusula constitucional genera el deber de proporcionar toda información relevante para la decisión de consumo, a menos que se invoque una razón normativa o fáctica que justifique mantener dicha información en reserva*”⁴⁵.

Además, no cualquier información satisface el recaudo. Se reclama que sea, además de adecuada y veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, de fácil comprensión, pertinente, completa, suficiente, eficaz, objetiva, absoluta, oportuna, transparente, por medios apropiados, entre otras características⁴⁶.

⁴² Desde luego que tal calificación por el legislador, no puede sino ser entendida como una declaración sobre la esencialidad que revisten esos derechos, y no una “fundamentalidad” *strictu sensu*.

⁴³ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, *El Derecho del Consumidor en Perú y en el derecho del comparado*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tesis doctoral inédita, 2003, p. 80.

⁴⁴ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del 17/01/2005, “Agua Pura Rovic S.A.C.”, expte. 3315-2004-AA/TC, fj 10.

⁴⁵ CSJN, 26/09/2006, “Monner Sans, Ricardo c. Fuerza Aérea Argentina”, Fallos 329: 4066, del voto en disidencia de Argibay, considerando 8. La mayoría de la Corte desestimó el recurso extraordinario en los términos del art. 280 del CPCyCN.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del 17/01/2005, “Agua Pura Rovic S.A.C.”, expte. 3315-2004-AA/TC, fj 9, f (principio de veracidad), fj 9, e (principio de transparencia).

Son múltiples las vinculaciones del derecho a la información con otros derechos fundamentales de los consumidores. Por ejemplo, en el ámbito precontractual, el derecho a la información afirma su fundamento esencialmente en la “libertad de contratar”, ya que la información mejora el discernimiento para arribar a la libre decisión⁴⁷. Por su parte, la “educación” se diferencia de la información, pero se complementan; puesto que aquella prepara al consumidor para que pueda aprovechar mejor la información y, al mismo tiempo, esta última contribuye a la educación.

Incluso otros derechos, han sido desprendidos del derecho a la información. Así, por ejemplo, se ha valorado que la obligación que pesa sobre el empresario de demostrar el cumplimiento del deber de información también constituye una garantía de raigambre constitucional⁴⁸, aun cuando no se encuentra explícitamente consagrada.

Finalmente, se advierten diversas manifestaciones del derecho fundamental a la información. Una de los más actuales es el uso del derecho a la información como fundamento constitucional de la excepción de inhabilidad de título en procesos de ejecución de títulos cambiarios, aun cuando dichas defensas procesales alteran la naturaleza “a causal” del instrumento. Como es sabido, el desafío proveniente del fenómeno genéricamente denominado “pagaré de consumo” ha merecido tres contestaciones. En primer término, la visión clásica que, con sustento en la abstracción que caracteriza al título cambiario, desestima los planteos sostenidos en el régimen de tutela de los consumidores⁴⁹. En una segunda postura, a partir de una exégesis expansiva del art. 42 constitucional, se consintió el empleo de ciertos derechos de los consumidores (particularmente a la información) como cimiento de la defensa de los consumidores⁵⁰. Finalmente, un enfoque ecléctico, magistralmente expuesto por Galdós, resuelve que el pagaré de consumo puede integrarse (en primera instancia, hasta el momento de la sentencia) con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que deberá contener información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36 de la LDC⁵¹.

VI. MODIFICACIÓN DE LA REGLAMENTACION DEL DERECHO A LA INFORMACION

Mediante Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018 y Resolución 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de la Producción de la Nación se efectuaron modificaciones en el régimen de información y publicidad. La primera de las normas mencionadas reformó el art. 4 de la LDC. Mientras en su antiguo texto, la LDC establecía que la información debía ser proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión, pudiendo sólo suplantarse esta exigencia si el consumidor optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a su disposición, la nueva fórmula legal pone en cabeza del proveedor la elección del soporte o medio a través del cual cumplirá con su deber de informar, a excepción de que el propio consumidor elija y manifieste expresamente su decisión de recibirla en soporte físico⁵². A su turno la Resolución 915-E de la Secretaría de Comercio prescribe que la información relativa a las características esenciales de los bienes y servicios que se publicitan, así como las condiciones de su comercialización, será proporcionada a los consumidores través de una página web o línea telefónica gratuita, debiendo consignarse dicha circunstancia en la publicidad correspondiente.

Las modificaciones legislativas apuntadas han sido criticadas mediante un documento de COFEDEC del 18/01/2018, en el que se explica que la nueva redacción del art. 4 LDC partiría del errado presupuesto de que todos los consumidores tienen idéntica capacidad de comprensión o de entendimiento. A la segunda norma aludida se le reprocha que desplaza al consumidor “*la responsabilidad de tomar conocimiento respecto del bien o servicio sobre el que desea contratar y de las características de su comercialización*”. A los fines del presente trabajo, las conclusiones más relevantes del informe referenciado son, por un lado, que las consecuencias de las modificaciones legislativas violan principios básicos de la materia y contradicen deberes que nacen del artículo 42 de la Constitución, y, por el otro, que tales transformaciones implican un retroceso jurídico, contrario al principio de progresividad. Por su parte, el Decreto 27/2018 de Desburocratización y Simplificación funda la modificación en la pertinencia de actualizar la

⁴⁷ QUAGLIA, Marcelo C., “Promoción y publicidad vs. oferta e información. oferta e información”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. F, 2011, pp. 101 y siguientes.

⁴⁸ NAVAS, Sebastián, “Derecho constitucional del consumidor a una información adecuada y carga probatoria dinámica”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. A, 2013, p. 12.

⁴⁹ V.gr. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín, 05/04/2016, “CFN S.A. c. Arguello, Oscar Romualdo s/ cobro ejecutivo”.

⁵⁰ V.gr. CNCom., Auto convocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores, del 29/06/2011, expte. S. 2093/09. También CNCom., sala C, 21/12/2016, “Banco Santander Río S.A. c. Vera Valladares, Daniela Alexandra s/ejecutivo”; CNCom., Sala F, 23/02/2017, “Vidaplan SA c. L., T. D. s/ ejecutivo”. Con comentarios positivos: Canosa, Facundo M., “Títulos de crédito. Un refugio del viejo paradigma”, *Revista Jurídica de Daños*, n° 18, octubre, 2017, cita: IJ-CCCLXXVII-99; Bilbao, Jorge L. “Inhabilidad del pagaré de consumo y un pronunciamiento que dará que hablar”, *La Ley Buenos Aires*, agosto, 2013, pp. 724 y siguientes; Tambussi, Carlos E., “«Quid» de la protección del consumidor”, en Tambussi, Carlos E. -dir.-, *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 4.

⁵¹ V.gr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, en Pleno, 09/03/2017, “HSBC Bank Argentina c/Pardo Cristian D. s/Cobro Ejecutivo” (voto de la mayoría: Galdós, Peralta Reyes y Longobardi). En cambio, una resolución más enfáticamente favorable al consumidor, que encuadraría en la segunda de las líneas aquí descriptas, es aquella juzgada por la minoría del plenario (Louge Emiliozzi y Comparato). La opinión de prestigiosa doctrina, como la de Edgardo Saux, se ha inclinado hacia la tesis media (Saux, Edgardo I., “El pagaré de consumo: una figura jurídica no legislada y controversial”, diario *La Ley*, 27/03/2017, pp. 5 y siguientes).

⁵² La nueva redacción dispone: “La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico”. La redacción según la Ley N° 27.250 era: “... La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.”

previsión establecida en la LDC, para *aggiornarla* a la utilización de medios digitales.

La doctrina ha debatido el tema. Con un sentido crítico, Leonardo Gianzone estima que ha mediado una regresión⁵³, con fundamento en que poco menos de uno de cada tres habitantes podrá acceder a una información brindada de manera electrónica o digital, y que mayormente se verán afectados los sectores más vulnerables, entre ellos los mayores de 65 años y las personas con escasa educación. Como alternativa, propone que mediante diálogo de fuentes se maximice la protección del consumidor, utilizándose la “regla del caso” que mejor contemple el entorno social concreto del consumidor. Álvarez Larrondo también arguye que media regresividad⁵⁴. Bender, con una propuesta casuística como la de Gianzone, argumenta que no se cumpliría adecuadamente con el mandato constitucional de información adecuada, entregando a un consumidor, con impedimento visual, una propuesta de contrato por escrito; u otorgando información en soporte electrónico, a un analfabeto digital; debiendo estar a cargo del proveedor la prueba de que actuó de buena fe, de un modo razonable y adecuado al medio de contratación utilizado. En cambio, Christian Cao, no menciona la eventual ilegitimidad de la norma; por el contrario, enfatiza los beneficios económicos y de eficacia que la “despapelización” producirían al consumidor⁵⁵. Con toda su autoridad, Javier Wajtraub también rechaza el retroceso. Esto se deduce de su trabajo, en ocasión de la reforma introducida por la Ley 27.250, donde ya sostenía que aquella norma, en cuanto imponía como principio el soporte físico, significaba un perjuicio para el consumidor ya que limitaba el cumplimiento del deber de información a una clase de formato que va cayendo en desuso y que no siempre es el que mejor cumple con la función pretendida. También añadía la negativa incidencia ambiental y los mayores costos de transacción que conlleva aquella norma⁵⁶, diatribas que se verían neutralizadas por la sanción del DNU *sub examen*.

Pues bien, más allá de las autorizadas opiniones vertidas en favor y en contra de la reforma legislativa apuntada, lo único que pretendemos dejar sentado con el presente trabajo es que la jerarquía constitucional y convencional del derecho a la información imponen, cualquiera sea el resultado al que se arribe (positivo o negativo), una serie de exámenes, a los que debe ser sometida toda reglamentación del derecho a la información, en tanto mecanismos de tutela derivados de la naturaleza de derecho humano y fundamental que reviste tal prerrogativa. Entonces, por ejemplo, el Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018 y la Resolución 915-E/2017 y cualquier otra norma futura que regle aspectos de la información de los consumidores deberán someterse mínimamente: a)- a un “test de constitucionalidad” *strictu sensu*, esto es la verificación de que la regulación satisface las características de “adecuación y veracidad” y todas las restantes características con las que el constituyente dotó al derecho a la información en el art. 42. b)- un “control de proporcionalidad”, para determinar si la reglamentación es adecuada, idónea y razonable en relación medio a fin, si no existían otros medios menos gravosos y una ponderación de los intereses en juego. A ello debemos añadir el contralor de que no medie interdicción del contenido esencial del derecho a la información contenido en el art. 42. c)- un “análisis de convencionalidad”, para descartar que la legislación contrarie normas provenientes de los Tratados de Derechos Humanos. d)- un “escrutinio de regresividad”, esto es, un juicio de proporcionalidad (o razonabilidad) agravado, puesto que cualquier medida regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada rigurosamente. Aunque, aún bajo un estricto escrutinio, no todo retroceso es necesario y objetivamente ilegítimo, ya que pueden mediar causales políticas o legislativas de justificación de la reforma, en principio, restrictiva.

Estas alternativas se ejercitarán en la medida que no resulte viable preliminarmente, para solucionar la controversia, una hermenéutica basada en el dialogo de fuentes, especialmente armonizando cualquier disposición limitativa de la información con los arts. 1 , 2 , 51 , 52 , 985 y 1117, 1094, 1097 a 1099, 1100 del digesto sustancial.

VII.CONCLUSIONES

1.Los derechos de los consumidores, en general, se aproximan a “derechos sociales de tercera generación”; pero el derecho a la información presenta ciertas particularidades que también lo asimila a los denominados “derechos de defensa”, con lo que tiene una naturaleza jurídica multifacética.

2.La idea de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos permite que el principio de ‘progresividad’ y ‘no regresividad’ se proyecte desde los DESC a los derechos civiles, con lo que, a pesar de la naturaleza compleja del derecho a la información, aquellos principios -y los restantes provenientes del Derecho de los Derechos Humanos- son admisibles de extrapolar al derecho a la información.

3.Desde las primeras expresiones del sistema “internacional” de protección de los consumidores, el derecho a la información fue uno de los derechos básicos tutelados.

4.Si bien, la información a los consumidores no se encuentra protegida específicamente en el sistema europeo de derechos humanos, la Comisión Europea y el TEDH dieron cabida al examen de la “publicidad comercial”, bajo la sombrilla de la “libertad de expresión” del art. 10 del CEDH. Lógica semejante podría emplearse para suplir la ausencia de regulación de la información o publicidad en la CADH.

5.Si bien, la información a los consumidores no se halla consagrada en los tratados de derechos

⁵³ GIANZONE, Leonardo, “Algunas consideraciones sobre las modificaciones al deber de información introducidas por el DNU N° 27/2018 y por la Resolución N° 915-E-2017 de la Secretaría de Comercio”, *Revista de Derecho del Consumidor*, n° 4, 18-04-2018, Cita: IJ-DXXXIII-655.

⁵⁴ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Las reformas en el campo del Derecho Del Consumo”, *Sup. Esp. - Decreto de desburocratización y simplificación*, 2018 (febrero), 147, Cita Online: AR/DOC/407/2018

⁵⁵ CAO, Christian A., “El derecho de información del usuario y consumidor y su eficacia a la luz de las nuevas tecnologías de comunicación. comentario al decreto 27/2018”, *ADLA* 2018-3 , 73, Cita Online: AR/DOC/130/2018.

⁵⁶ WAJNTRAUB, Javier H., “Un paso atrás en los derechos del consumidor. Ley 27.250 modificatoria del deber de información genérico”, *LA LEY* 2016-D, pp. 957 y siguientes.

humanos, pensamos que podría utilizarse la tecnología de la “defensa cruzada de derechos”, de un modo análogo a la lógica desplegada por el TEDH para la defensa de derechos ambientales.

6. A partir del fallo “Claude Reyes” de la Corte IDH, por el que el acceso a la información pública, en materia ambiental, ha sido elevado a la categoría de derecho humano, podría trazarse un paralelismo con el derecho a la información de los consumidores, que si bien no se identifica plenamente con el acceso a la información pública, tiene puntos de solapamiento, que habilitarían un tratamiento análogo, mínimamente donde medie yuxtaposición.

7. Corroborada la conclusión anterior, la relevancia dada por Comisión IDH a la información en los grupos especialmente débiles; y si bien no todos los consumidores son hipervulnerables, su fragilidad estructural resulta suficiente para trazar una analogía sobre la importancia de la información en los grupos marginados, y extrapolar las estimaciones formuladas por aquel organismo, respecto de los consumidores en general.

8. Aun cuando el derecho a la información fue uno de los tres “derechos” de los consumidores recogidos de modo concreto por el Tratado de Ámsterdam, se ha negado que revista naturaleza de derecho fundamental en el régimen de la UE.

9. La jurisprudencia del TJUE, en relación al derecho a la información, ha sido bastante restrictiva. Si bien, en alguna oportunidad le dio preferencia al derecho a la información de los consumidores por sobre el principio de libre circulación, luego atenuó tal ponderación; e inclusive sentó la noción de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, como elevado estándar para juzgar los casos de información y publicidad.

10. En Europa, solo dos constituciones contemplan explícitamente el derecho de los consumidores a la información. La de Portugal que le asigna naturaleza de derecho fundamental y la de España, para la que solo reviste carácter de principio programático.

11. La consagración constitucional del derecho a la información de los consumidores es más intensa -desde una faz estrictamente normativa- en Latinoamérica que en Europa, aunque con distintos alcances. Por ejemplo, Bolivia pondera al derecho de los consumidores a la información como un derecho fundamental social. Colombia decidió priorizar la esencia colectiva del interés de los consumidores en la información. Costa Rica consagra el derecho a la información como fundamental individual. Guatemala le asigna a los derechos de los consumidores calidad de derechos humanos, pero no incluye entre ellos a la información. Nicaragua y Paraguay declaran un genérico derecho de acceso a la información, que no es privativo de los consumidores. Finalmente Ecuador y Perú, al igual que la mayoría de los países de la región, reglaron un derecho fundamental de los consumidores a la información.

12. El derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz reviste naturaleza fundamental en Argentina; y se relaciona cercanamente con otros derechos fundamentales de los consumidores, como por ejemplo la libertad de elección y la educación.

13. Las defensas que los consumidores pueden articular contra las ejecuciones de pagarés de consumo u otros títulos abstractos se cimientan esencialmente en el derecho constitucional a la información.

14. Cualquier reforma legislativa o reglamentación de la información debe satisfacer los escrutinios de constitucionalidad, proporcionalidad, convencionalidad y de no regresividad. La vulneración de cualquiera de ellos autoriza la descalificación de oficio de la norma *infra* constitucional contraventora.

15. Y como conclusión principal, por todo lo expuesto: El derecho a la información de los consumidores y usuarios alcanza un plano, no solo constitucional, sino convencional y goza, por tanto, de los mecanismos de tutela provenientes del Derecho de los Derechos Humanos, entre ellos la aplicación de los principios de progresividad y no regresividad.