

CAPÍTULO XXI

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

"Si el derecho constitucional no sirve para que a través de sus transformaciones los seres humanos vivan y convivan en un ámbito de bienestar común progresivo, estamos perdiendo nuestro tiempo y dilapidando nuestro esfuerzo"

"lo que tiene que quedar en claro es que estrangular la legitimación - o negarla - con el resultado de que uno o mas sujetos no puedan promover el control constitucional en tutela de derechos, intereses legítimos o intereses de pertenencia difusa que son propios de ese sujeto, implica inconstitucionalidad..."

Germán Bidart Campos

"Es de fundamental importancia para maximizar la eficacia de las normas jurídicas, abrir tanto como sea posible el acceso ala justicia por parte de todos los sectores de la población"

Carlos S. Nino

21.1.- Los derechos humanos de la tercera generación: su ubicación en la dinámica de la legitimidad democrática. Enunciación y contexto. Presupuestos de su actuación (la legitimación para obrar en esta materia).-

Hemos ya explicado en el capítulo II como se sitúan los derechos de tercera generación en el contexto del sistema constitucional. Creemos que es ésta la ocasión de desarrollar ciertas características de su presencia en el contexto jurídico que los ha receptado, y que tiene que ver con dos importantes cuestiones:

La primera, nos hace pensar que los derechos que el constituyente rebautizó como "de incidencia colectiva" (art. 43 C.N.) aparecen en el sistema como consecuencia de la crisis en la participación política, y también del sistema capitalista en el contexto de la cultura posmoderna que en este tiempo histórico lo informa.

La búsqueda que proponen, es atender a necesidades sociales, que implican daño a la persona pero con impacto social. El ciudadano pretende ser legitimado para reclamar por la tutela del medio ambiente, que lo

contextúa y condiciona, aunque en algunas ocasiones la lesión que se le infiera no agrede directamente a un derecho subjetivo del que sea titular. Los consumidores y usuarios de servicios públicos fundamentales reclaman por fortalecer su posición relativa en el mercado, frente a la concentración capitalista y el abandono en que parece dejarlo el Estado cuando retrocede en la provisión de los servicios públicos esenciales.

Veamos algunos ejemplos:

- Si bien es claro que quien no paga el gas, o la luz, se arriesga a perder ese servicio, que con justicia puede serle cortado por el proveedor (el Estado o un concesionario), ¿Qué sucede cuando la omisión de pago es general, en un humilde barrio obrero y en pleno invierno? ¿Estará dispuesto el concesionario del servicio del gas a ser solidario? Los Entes Reguladores de las privatizaciones de servicios públicos esenciales ¿deben contemplar éstas situaciones?
- En otra circunstancia, un usuario telefónico se ve agredido por un incremento sustancial en su cuenta de teléfono, a sabiendas de que no utilizó el servicio. Reclama y le sugieren que pruebe sus dichos, pues esas son las reglas del proceso ¿y cómo hace para acceder al control de una red telefónica que está manejada en forma monopólica por un concesionario que tiene el poder de alterar a su gusto el sistema de comunicaciones, sin elementos para controlarlo?
- Un tercer supuesto puede darse cuando un ciudadano advierte que sus representantes omiten groseramente cumplimentar controles en el sistema que hacen a la seguridad del mismo, pero que aún no le han afectado directamente. El Poder Ejecutivo emite (por ejemplo) Decretos de Necesidad y Urgencia que reglamentan la concesión del servicio aeroportuario, excediendo sus facultades, y el Congreso no ha instituido aún la comisión de control de esos decretos que la Constitución le impone conformar. El ciudadano agredido concurre a los estrados judiciales, para reclamar que se declare la inconstitucionalidad por omisión de parte del Congreso y se ponga coto a los excesos del poder Ejecutivo... y le manifiestan que no tiene legitimación para obrar ¿?
- En otra circunstancia, quizá un ciudadano advierta que el Congreso de la Nación dicte una ley aprobando el ingreso de ciertos residuos peligrosos (lo que está prohibido, según lo dispuesto por el último párrafo del art. 41 de la C.N.). Plantea una acción de inconstitucionalidad, por vía de amparo para que se la declare inconstitucional, y los jueces le indican que el "caso" solo se da en nuestro sistema cuando existe contienda de partes, y no es posible habilitar una suerte de acción popular que desvincule la acción del perjuicio concreto.

La segunda cuestión que plantea la aparición de los derechos humanos de la tercera generación, se relaciona con la circunstancia de que se ha

abandonado ya la pretensión romántica de que con sólo declarar un derecho, este se encontrará automáticamente tutelado. En los albores del siglo XXI, el ciudadano de la tercera generación pretende derechos resguardados por eficaces garantías, y en particular, procesos constitucionales que le permitan ventilar rápidamente en juicio las cuestiones que agreden inmediatamente sus derechos, y despejar con prontitud tales agresiones.

El problema pasa ahora por verificar como puede el sistema contener con eficaces garantías, la tutela de los derechos humanos de la tercera generación

En este punto es que decimos nosotros que cuando al regular la acción de amparo, el art. 43 de la Constitución Nacional (en su primer párrafo) hace referencia a la voz "toda persona" no se refirió a quien pretenda detentar una prerrogativa jurídica en juicio que no le sea propia.

Ello es por demás claro, en referencia a derechos de 1ª y 2ª generación, ya que en tales supuestos el amparo legitima a quien acuse una violación actual e inminente a sus derechos por una agresión inmediata que no puede esperar a la reparación que habitualmente, proveen los medios ordinarios de tutela.

Creemos nosotros esta situación no varía cuando nos desplazamos hacia los derechos humanos de la tercera generación.

Si vinculamos entonces, el planteamiento de esta nueva gama de derechos, en una fuerte tendencia que revitaliza el sentido protector de la dignidad humana, con la idea de consenso o acuerdo, a veces no consciente y no buscado, sobre una pluralidad de concepciones que afirman la dignidad del hombre y que encuentran a partir del tránsito a la modernidad, el campo abonado para afirmarla desde el concepto de derechos humanos, podremos comenzar a trazar el delicado entramado que significa establecer su base de sustento.

Estos derechos, aparecidos en un contexto del constitucionalismo necesitado de *cooperación y solidaridad*, parecen presentarse como emergentes del desarrollo desmedido de la Sociedad Industrial, que - sabido es - ha causado serio impacto en el medio ambiente y la calidad de vida del ser humano, con repercusiones a la fecha inimaginables.

Así, existen diversas corrientes que presentan, a partir de lo expuesto, a los derechos de la tercera generación, en derivación del modelo post-industrial, como habilitantes de un *fenómeno jurídico autónomo*, que implica una manifestación jurídica de ribetes propios. Nosotros adherimos a ese concepto.

Se presentan también estos derechos, en el decir de Castan Tobeñas, como respuesta al fenómeno de "contaminación de las libertades. Enuncia en este sentido Alvarez Conde que los llamados "derechos nuevos" supondrían

la consagración, a nivel constitucional, de las transformaciones experimentadas por el Estado Constitucional de nuestros días.

Pero, como ya se dijo, no es solamente la problemática del deterioro económico global, la única postulación común que identifica a estos particulares derechos humanos en la etapa que transita el constitucionalismo de hoy, sino que a ella se suma la cuestión (altamente erosionante del sistema) de la "crisis de legitimidad democrática.

Es claro que resultaría hasta "ingenuo" no conectar el nacimiento de esta generación de derechos, con la problemática relativa a esta crisis de legitimación democrática a la que aludimos, que en su formulación "global" se desentiende de fronteras y produce dosis crecientes de perplejidad en los analistas.

Es así, que estimamos que el problema magnifica su intensidad con la *crisis de la representación*.

No resultará entonces extraño al lector, conceder que la necesidad de la actuación política en condiciones mas adecuadas para alcanzar "cuotas" de poder, haya generado una crisis en el funcionamiento democrático de los Partidos Políticos, que se ven obligados a "sofocar" cualquier tentativa de apartamiento de la proposición electoral más "potable", acentuando hasta llegar a sus máximas expresiones, el virtual "monopolio" en la toma de la decisión política por parte de las cúpulas partidarias.

No se nos escapa, frente a lo expuesto, que la "crisis" de la democracia representativa llega, en este mundo de la post-modernidad, mucho mas lejos. Así, los roles del parlamento moderno han sido prácticamente "diluidos" tanto como *agentes de control* cuanto como *ámbito de cristalinidad* de la toma de decisión legislativa, a fin de que la opinión pública conozca acerca del modo de la justificación política de la "toma de decisión" por parte de sus mandatarios.

Todo ello lleva a pensar a los ciudadanos, que las "virtualidades" de la democracia son hoy en día inalcanzables, descreyendo del sistema y sus operadores

Pareciera que el reto con que se encuentra esta tercera generación de derechos, es el de la recuperación de la legitimidad democrática del mismísimo sistema constitucional, con más alta participación popular en el ámbito del "control de la cosa pública" y el de evitar la degradación de ciertas estructuras, generadas a partir del avance desmedido del capitalismo, como esquema económico.

En realidad desde que se operó la reforma constitucional de 1994, el "derecho" que asiste a los habitantes en materia de tercera generación procura la satisfacción de un interés social.

Enfatizamos que negar hoy aptitud de ocurrir en justicia a un habitante que estime que sus representantes han violado por inacción (inconstitucionalidad por omisión) las reglas que instituye la Constitución para garantizar la división de poderes y el buen funcionamiento del sistema, significa tanto como privarlo del derecho a la jurisdicción que le asiste y que - a mayor abundamiento - posee para nosotros jerarquía constitucional, por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 C.N. en referencia a los artículos 1 y 2 de la C.A.D.H.

Entendemos que esta argumentación requiere de mayores precisiones a fin de brindar mayor claridad al lector, ya que si bien desde la postura tradicional, el acceso a la justicia (derecho a la jurisdicción) ha constituido por lo general una limitación a los derechos subjetivos, en la medida del interés del reclamante; en el caso de los derechos de la tercera generación, *la legitimación para obrar debe igualarse con la titularidad del derecho en cuestión*, pues este implica - como lo señalamos antes - un interés social que no puede ser obviado al momento de ser actuado en juicio.

Ello significa que los viejos moldes procesales no pueden obstar a la actuación de los nuevos derechos constitucionalmente consagrados.

Y nosotros decimos: cuando el derecho invocado es de tercera generación (de participación política, en procura de la defensa de las instituciones, relativo a la tutela ambiental, o a los derechos sociales de los usuarios y consumidores), la ilegalidad no se desvincula del perjuicio del peticionante, porque éste es social y le importa a cada ciudadano.

Lo que quizá deben advertir ciertos magistrados judiciales al evaluar los casos que les son traídos a contienda en esta materia, es que desde la reforma constitucional de 1994, los derechos de tercera generación han sido consagrados en cabeza de todos los habitantes, y también las garantías y procesos constitucionales para hacerlos valer en justicia, aunque tales vías de reclamación meritan la existencia de diversos niveles de legitimación, según se trate de pretensiones anulatorias, reparatorias o indemnizatorias.

En consecuencia creemos nosotros que en la defensa de estos nuevos derechos, existen tres niveles de legitimación, a saber:

- **El habitante:** tiene legitimación para actuar en defensa de la legalidad y el patrimonio social
- **El afectado:** posee legitimación para actuar en defensa de la legalidad y una habilitación específica, dada la actuación concreta del elemento que violenta el derecho de la tercera generación de que se trate, aunque ella no le produzca un daño personal mensurable (su pretensión es anulatoria, y además reparatoria, porque pretende que cese la acción u omisión que genera la lesión al derecho tutelado), y no pretende reparación personal ninguna.
- **El directamente lesionado:** es aquel a quien además de la afectación social, se le genera un daño personal, cuya reparación deberá instar recurriendo - entonces sí - al transito jurisdiccional habitual, ya que esta persona titulariza ahora un derecho subjetivo (nos encontramos ahora frente a una clásica causa contenciosa)

Por las razones que acabamos de exponer, es que instamos a los magistrados y a los poderes públicos en general, a una lectura comprometida de la Constitución a fin de poder integrar estas nuevas prerrogativas a la legitimidad democrática que el sistema constitucional reclama.

No hay duda de que se advierte (como bien lo indica Augusto Morello) un estallido de nuevos reclamos o demandas y de nuevas legitimaciones con la consiguiente apertura de prerrogativas que exige la propia evolución masiva de la cultura y del patrimonio social.

Y ellas deben ser contenidas por el sistema y sus operadores, si es que el mismo pretende sobrevivir...

22.2.- la tutela del ambiente: la cuestión antes y después de la reforma constitucional de 1994. Análisis del artículo 41 de la Constitución.

Luego de lo expresado, no resultará una novedad para el lector la afirmación de que se ha institucionalizado entre nosotros, el modelo que implica la existencia de una "tercera generación" de derechos humanos

En referencia específica a los derechos relativos a la tutela del *ambiente* (integrantes de esta generación de derechos fundamentales),

cabe enfatizar a la década de los "setenta" como período de puntapié inicial en lo que luego se denominó "conciencia ecológica" con alta profusión en los países desarrollados, aumentándose allí en gran medida las iniciativas ciudadanas a su respecto, lo que traslada definitivamente a la *ecología* en materia de análisis político. La preocupación por mantener el ámbito vital, generó así cada vez más conciencia popular en los diversos estratos del mundo desarrollado, apareciendo en 1980 en Alemania, el denominado "partido de los verdes", cuyo principal objetivo era el de la salvación de la naturaleza. Ello generó asimismo que los grandes partidos nacionales alemanes intensificasen su accionar en tal sentido, lo que fue considerado como un saludable "efecto de expansión"

De acuerdo a esta idea, hay quienes sostuvieron el concepto de *paradigma ecológico* para enmarcar esta nueva concepción del mundo y de la realidad, destacando que los problemas ambientales son vistos como una totalidad de cuestiones que afectan la calidad como la posibilidad de la vida.

La profundidad global del daño ambiental ha sido puesta de manifiesto, básicamente a partir de tres eventos internacionales.

- En el verano de 1972, la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente, fue realizada en Estocolmo en respuesta a la creciente preocupación mundial en la materia
- El segundo evento, aún mas dramático que el anterior fue un estudio realizado por el prestigioso *Club de Roma* en 1972, del que se derivó la siguiente conclusión : "Si el desarrollo presente en materia de población, industrialización, polución, producción alimenticia y depredación de materias primas continúa sin variaciones, el limite de crecimiento en este planeta arribará en algún momento, dentro de los próximos cien años".
- Bueno es señalar que durante 1992, al cumplirse el 20 aniversario de la Conferencia de Estocolmo, la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y Desarrollo. Sin perjuicio del "tibio" resultado de la reunión, merced al estratégico accionar de las Naciones mas poderosas, el logro mas saliente del evento fue el de movilizar a la acción en resguardo del "ambiente" a sectores no-ecologistas y a Gobiernos que antes mostraron indiferencias ante los reclamos ambientalistas, instando la regla de procurar *niveles de desarrollo sin pobreza*.

En trance de abordar ahora la repercusión de este fenómeno en el sistema constitucional argentino, habremos de estudiar la cuestión en dos etapas: antes y después de operada la reforma de 1994, en la siguiente

forma:

Antes de operarse la reforma de 1994: Aún en el período anterior a la actuación de la convención santafesina, la preocupación ambiental estaba tomando cuerpo en el ordenamiento jurídico argentino. Ha de saberse que en virtud de la estructura federal que nuestra Nación ha establecido en su Carta Fundamental, la potestad en esta materia es concurrente entre Nación y Provincias. También creemos conveniente recordar que ya las Provincias habían avanzado sobre la cuestión con anterioridad a la puesta al día de la Carta Fundamental Nacional, en 1994., llegando hasta a admitir la legitimación activa "amplia" del habitante para la conservación del hábitat en que se desenvuelve. En el ámbito constitucional federal, la República Argentina carecía -hasta que se realizó la reforma de 1994 - de una norma específica en la materia. Sin embargo, prestigiosos autores nacionales habían recomendado la inclusión, en nuestra constitución textual, de una cláusula que contuviese dichos principios.

El maestro Bidart Campos propugnaba ya en 1991 la inclusión en una futura reforma constitucional, de una cláusula breve y concisa que, aludiendo al medio ambiente, tuviera:

- El carácter de un reconocimiento expreso a su protección, como a la
- Legitimación para su defensa

Hasta aquí, una breve reseña de la situación al respecto del medio ambiente, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El trabajo en la Convención Nacional Constituyente: En particular, creemos que al consagrar como norma constitucional la protección del medio ambiente, se impone, en primer lugar, un nuevo derecho de los habitantes, pero además, un objetivo programático nacional que establece un imperativo jurídico del cual se pueden derivar efectivas acciones para la tutela de este *bien social*.

Luego de la pertinente discusión en el recinto, el artículo receptó la redacción final, que se plasma en el actual artículo 41 de la Constitución Nacional, registrando una votación favorable de ciento cuarenta y siete (147) votos y treinta y cuatro (34) votos negativos.

Básicamente, el adoptado resulta ser un concepto *totalizador o integral* del ambiente, que comprende a los recursos naturales y culturales que directa o indirectamente conforman el hábitat humano. Prueba de ello es que si bien la regulación de la materia se desgrana en dos artículos de la Constitución

(el Nro.41 y el Nro.43), tales dos normas se integran en una *formulación normativa* que abarca tanto el aspecto de fondo, como el procesal, referido a la cuestión, al que debe adicionarse la manda que el artículo 75 incisos 17 y 19 de la Constitución Nacional efectúa al Congreso de la Nación en relación a la tutela ambiental: el primero de tales incisos legitima - en lo que nos ocupa - a las comunidades aborígenes para estar en juicio en defensa del ambiente, obligándolos a involucrarse en su protección y en cuanto al segundo de ellos, al referirse a un crecimiento armónico de la Nación, invita a generar un desarrollo sustentable, coordinando los esfuerzos del gobierno federal y las provincias a tal fin.

- Respecto de la tutela de *fondo* ella reviste necesariamente un doble carácter, en tanto es operativo cuando enuncia principios reguladores de la materia, y programático al indicar la necesidad de efectuar tal regulación - mediante legislación nacional y provincial - que no puede dejar de lado las bases que el texto supremo establece.
- En relación a la tutela de *forma* o procesal, si bien la entendemos definidamente operativa, ella bien puede ser reglamentada por una Ley del Congreso, que regule la modalidad de amparo en tutela del ambiente, aunque respetando las pautas que impone a tal fin el art. 28 de la C.N.

Respecto de la ubicación metodológica de la figura, si bien ella ha recibido alguna crítica por parte de la doctrina, ya que se dijo que lo adecuado hubiese sido que se alojara la norma en el contexto del artículo 14, tal observación se atempera al recordarse que la ley de convocatoria prohibía alterar la primera parte de la Constitución. Estimamos de todos modos, que por corresponderse los *derechos humanos de la tercera generación* con una diversa y más conflictiva estructura, de funcionamiento, resulta adecuada y técnicamente apropiada su regulación autónoma, fuera del ámbito del artículo 14 de la Constitución Nacional. Respecto de la figura en sí, y en ocasión de analizarla, expresan Eduardo Menem y Dromi, que se trata aquí de amparar al ambiente y las circunstancias donde se desarrolla la vida del hombre, desde los elementos naturales básicos que la hacen posible, hasta su legado histórico y cultural. Si bien estimamos que la norma sancionada peca de reglamentarismo y una cierta "utopía conceptual", creemos que el aporte en definitiva, ha sumado al positivizar tal importante derecho de la tercera generación.

Nosotros creemos que la norma habilita prerrogativas

jurídicas de los habitantes, como así también determinadas obligaciones que implican además mandatos imperativos para los Poderes públicos, operativizando finalmente su actuación en juicio por la vía de la acción de amparo que se regula en el artículo 43 del texto fundamental que, desde nuestra óptica, ha de ser amplia y comprensiva del habitante, el afectado y también quien ha recibido algún perjuicio directo y mensurable

En cuanto a la "ingeniería jurídica" de la norma, cabe hacer notar, en primer lugar, acerca de algunas correcciones que se imprimieron a la norma luego de su debate en el recinto de la Constituyente. Ya la "comisión redactora" había eliminado del proyecto, en su dictamen mayoritario, lo referente al "amparo ambiental" para reubicarlo en el ámbito específico, lo que es técnicamente adecuado. Respecto del texto en sí, también en la Comisión Redactora se había reacondicionado el confuso "apto para que el desarrollo de las actividades productivas satisfaga las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras" ya que de tal normativa, podía inferirse una "doble lectura a partir de la cual las actividades productivas de hoy (aún las contaminantes) satisfacerían las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Con alguna modificación adicional, la redacción final del texto se enmarca en la "buena senda" cuando estatuye que "Todos los habitantes gozan del derecho(...)para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes *sin* comprometer las de las generaciones futuras.

En suma, estimamos que con la precisión constitucionalmente receptada, los constituyentes han incluido el concepto del "desarrollo productivo sustentable" tratando de amalgamar el concepto del desarrollo productivo con el cuidado al medio ambiente. Lo normativizado recoge la idea enunciada por la Comisión "Brundtland" de la O.N.U. sobre desarrollo sustentable. El sentido de la norma será, entonces, el de habilitar el desarrollo de actividades productivas actuales siempre que ellas *no condicionen* la calidad de vida de las generaciones futuras. Creemos que ello está bien.

Se ha buscado en definitiva, definir un lazo de coordinación entre los conceptos que involucran al ambiente y al desarrollo, con base en una sana utilización de los recursos para satisfacción de *ambas*: las necesidades actuales y las futuras del habitante de la república

Respecto del tipo entorno que se garantiza, bueno es señalar que se enuncia el derecho de todo habitante a un medio ambiente que tenga ciertas características, esto es :

1. Que sea sano
2. Que sea equilibrado.
3. Que admita generar actividades productivas a las generaciones actuales, hasta el punto en que ellas no comprometan la calidad de vida de las generaciones futuras. Quizá en esto el constituyente haya pecado de *sofisticación* al indicar el tipo de ambiente al que tenemos derecho, calificándolo al punto de hacernos dudar si existe realmente un medio ambiente de esta clase. Seguramente la interpretación adecuará los conceptos, refiriendo que si se ha garantizado una modalidad paradigmática del derecho al medio ambiente, también se estará garantizando el derecho al ambiente en el estado en que se halla.

Lo mismo ocurrirá - sin duda - con el concepto de medio ambiente equilibrado, que tentativamente, puede referirse a un "desarrollo duradero"

Otra cuestión que mereció rectificaciones, respecto del enunciado original de la norma, es la referida al término *recomponer* y el contexto en que el mismo se inserta. El constituyente ha jerarquizado en este punto el concepto de *daño ambiental* y las consecuentes obligaciones que el mismo genera. Si bien nosotros creemos adecuado que la Constitución haya hecho referencia al daño ambiental, estimamos por *demás ambigua* la referencia a las obligaciones que tal modalidad de daño genera y en particular, a aquella de recomponer, según expresa la Constitución, será *prioritaria*.

Esto significa - según las expresiones de Eduardo Menem y Dromi - que no será suficiente una simple sustitución reparatoria o indemnizatoria, (aunque no se la excluye) , y además, lo será *en los términos que establezca la ley*. Cuando la miembro informante del despacho intentó poner en "blanco sobre negro" tal terminología, se ocupó de enfatizar que ello no implicaba institucionalizar el principio del *contaminador-pagador*, aclarando que este principio no deja de lado la obligación de *recomponer* por un lado, y de *resarcir*, por el otro. Finalmente, el sentido del término *no fue explicitado* en el recinto.

A modo de balance respecto de ésta cuestión, nos hubiese bastado con la sola mención del daño ambiental. La ambigua expresión "recomponer" instada por la Convencional Elba Roulet no debió haberse incorporado al texto constitucional. Creemos que ninguno de los dos "retoques" intentados para atenuar los efectos de tal desafortunado término (prioritariamente, según lo establezca la ley) han bastado para mejorar tal grado de "vaguedad terminológica", que seguramente generará conflictos interpretativos en la doctrina. En definitiva, la imprecisión de la norma en este aspecto solo podrá ser atenuada, atento el estado de situación, por una rápida reglamentación legislativa, que hasta la fecha no se avizora

También se ha ofrecido protección constitucional al patrimonio

natural, entendido como el conjunto de paisajes, restos fósiles, aerolitos, meteoritos y demás cuerpos celestes que constituyen no solo bienes naturales sino un patrimonio de valor científico muy importante para nuestro país, habiéndose contemplado también en el texto, la preservación *cultural*. Respecto de la *diversidad biológica* a cuya protección también deberán proveer las autoridades, ha sido considerada por los Constituyentes, siguiendo las reglas de la Cumbre de Río como un tema de gran trascendencia sindicándola como un concepto amplio, que incluye al de diversidad genética.

En suma, queda entonces claro que el bien jurídico tutelado por la norma es comprensivo de la variedad de las especies y los ecosistemas. Va de suyo que como se indicó, a partir de este concepto se pretende preservar también la *diversidad genética*, que posee gran importancia para la preservación y mantenimiento del equilibrio de la vida y los sistemas en la Tierra, tanto la fauna y la flora como la vida microbiana.

Compartimos con Valls la conveniencia de que el texto supremo le hubiese atribuido alguna prerrogativa ambiental al habitante, como lo es (v.gr.) el de la *información ambiental*, ello sin perjuicio de la existencia actual de una *obligación* en ese sentido, por parte del Estado.

Respecto de lo enunciado al final del artículo, se respeta y además se entiende la sana inquietud del constituyente, pero se alerta sobre los peligros que ella puede conllevar. El modo de su redacción (una enfática prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos o radioactivos) podrá chocar en el futuro con pretensiones integracionistas a partir de las cuales sea *menos peligroso* seccionar los desechos de este tipo, reubicándolos en los países miembros, para generar un desarrollo armónico en la región. Cláusulas de este cariz, imponen un punto sin retorno, que hubiese sido preferible dejar en manos del legislador .

Por otra parte, nos parece auspiciosa la consagración de un deber-derecho medio ambiental, en cabeza *de todos los habitantes* . También resulta adecuado haber ofrecido mandatos constitucionales a los Poderes Públicos, que especifican sus deberes ineludibles en la materia. Por supuesto que de todos, rescatamos el que nos significa de mayor importancia, que es

el de proveer a la *información ambiental*, una vez definidos los principios sobre los que debe versar esa información en la propia Constitución

Así, indica Bidart Campos que el Estado asume en este punto dos deberes : uno es el de *recolectar y procesar* la información, y el otro es el de *suministrarla y difundirla* públicamente a la sociedad. Tal es el punto de partida para encarar luego una adecuada actividad *programada, de educación ambiental*, de conformidad con la manda constitucional

No escapa a nuestra consideración que nos enfrentamos aquí a la conflictiva habilitación que en este punto la Constitución ofrece a los Poderes Públicos respecto de las *políticas ambientales*. Sabemos que la relación medio ambiente-desarrollo -medio ambiente debe ser holística, de retro-alimentación, en un escenario de *idóneos incentivos políticos* que conduzcan a una eficiente regulación ambiental.

Desde esta óptica es importante que se haya definido ahora expresamente en la Constitución el marco de actuación legislativa en este ámbito, introductorio del concepto ya explicado de *legislación de bases*. Reconocemos que la ubicación técnica del párrafo no es la mejor, ya que por distribuir competencias entre la Nación y los estados provinciales debió estar relacionado con la manda del art. 121 C.N, pero quede ello salvado con el punto final que la norma pone desde ahora al problema del ejercicio del Poder de Policía en materia ambiental, ya que de aquí en más las infracciones administrativas a las normas de seguridad preventiva, como las violaciones a las normas de fondo, serán juzgadas en las respectivas jurisdicciones donde se viole la norma ambiental

No debe olvidarse en este aspecto, de concordar la norma en estudio con la importante reforma receptada por el artículo 124 de la constitución, que en lo pertinente enuncia que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio

Ello deberá desde ahora ser amalgamado con la constitucional facultad que el Congreso tiene de dictar las normas que integren los requisitos mínimos (bases legislativas) de protección del ambiente. Si bien esa facultad aún no ha sido ejercida, el complejo normativo que ahora regula la constitución luego de su reforma, invita a una interacción sistémica, desde la que todos los sectores habrán de actuar en acuerdo y rápidamente a fin de lograr las políticas ambientales que la Constitución manda a adoptar

En definitiva, y a modo de balance, podemos sintetizar que las cuestiones principales contempladas en la norma, son :

1. Estatuye específicamente el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado (apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras)

2. Incluye el deber constitucional de preservación del ambiente
3. Indica las obligaciones que origina el daño ambiental (generalmente recomponer)
4. Ofrece directivas programáticas a las autoridades para proveer a la protección de un ambiente sano, utilización racional de los recursos, preservación del patrimonio cultural y natural y de la diversidad biológica¹ y a la información ambientales.
5. Determina las competencias Federales y Provinciales en la materia
6. Indica una prohibición constitucional (ingresar al territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radioactivos)

Finalmente, solo nos resta adicionar unas pocas palabras respecto de lo que se ha dado en llamar "amparo ambiental"

Es nuestra opinión que todo habitante tiene interés en la protección del medio ambiente, y no se requiere un mínimo de calidad de afectado, para que su actuación en justicia en pos de su defensa sea convalidada. Ello así, pues la experiencia de los últimos tiempos indica la *necesidad* de reconocer a la generalidad de los habitantes, la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos que por su propia naturaleza *no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada*, y desde allí es que sostenemos que ha de postularse la admisión de formas de *acción popular* como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado - individual o colectivo - para poner en marcha los instrumentos de protección de los nuevos derechos

No hay duda en este sentido que desde la consagración normativa de este derecho constitucional, todo habitante es agente de protección ambiental, porque el interés es aquí social

Observamos , de igual modo, que la posibilidad de integración de los derechos que tutelan al medio ambiente en el sistema de derechos humanos, difícilmente podrá compaginarse en los términos de "captura" por parte de las poco adecuadas reglas del derecho subjetivo con su corolario de necesidad de interés subjetivizado para merituar posibilidad de accionar en justicia.

Ello pues si el sistema constitucional pretende seguir interactuando equilibradamente para funcionar como tal, habrá de capturar las "nuevas

¹ Variedad de las especies y ecosistemas, que engloba también al de "diversidad genética"

reglas", que deberán convivir en armonía con las anteriores categorías jurídicas. Y ello no será posible si se cercena la legitimación judicial ciudadana para requerir protección integral en materia social

Opinamos así, ya que entendemos que en los tiempos que corren, el Estado de Derecho no puede desentenderse del concepto de "interés social", y en nuestra opinión, será éste, a partir del accionar integrador de los Poderes Públicos (en particular el Judicial), el parámetro que definirá la generación del pretendido "homeostasis", o cambio en equilibrio del sistema de derechos en nuestro ámbito.

21.3.- La tutela de los usuarios y consumidores. La cuestión antes y después de la reforma constitucional de 1994. Análisis del art. 42 de la Constitución Nacional.-

Sabido es que con la consagración constitucional de la tutela de los derechos del usuario y del consumidor, el principio de "fundamentalidad" ha capturado lo esencial de este tipo de relaciones, efectuando un diseño básico, que impone ciertos deberes a las autoridades, asignando un rol definitivamente protagónico a las asociaciones de consumidores y usuarios.

Ahora bien, el marco de tal protección, se inserta en el ámbito de la "postmodernidad". Hemos ya efectuado algunas reflexiones en el capítulo anterior respecto de esta perspectiva filosófica de la historia actual del género humano. Agregaremos aquí a lo expuesto, que desde la finalización de la II Guerra Mundial, se patentizó un nuevo período en la historia de occidente, que de algún modo, se despega de la Edad Contemporánea.

Esta denominada "postmodernidad" se encuentra caracterizada por la *consumación del fenómeno capitalista* en términos de profundo imperio radicalizado de la utilidad, de crisis del sujeto consciente y de las grandes ideologías, de desarrollo del consumo y de los medios de comunicación de masas a niveles antes nunca imaginados, de crisis del Estado y formación de una superficie social segmentada, con sectores diferenciados.

En realidad, este estado de la evolución en la historia de la humanidad, mistifica un sujeto enraizado en el pasado y sobre todo, fuertemente lanzado hacia el porvenir, que no cesa en su vocación de progreso, pero "disuelto" en el presente. Lo importante es destacar que la segmentación que el Capitalismo produce en la sociedad, genera *consumidores y usuarios desprotegidos*, a los que el sistema debe amparar diseñando modelos de protección.

Ello quizá, debido a que la "dinámica" en la velocidad de los factores que movilizan el "mercado" impiden al usuario y al consumidor, una fácil adaptación a los cambios, lo que ha indicado la necesidad de una trama reguladora que disponga, instrumentando mecanismos adecuados para la protección del consumidor-usuario, pautas que mejoren su posición relativa en la relación de consumo, favoreciéndolo, en su caso, con el beneficio de la duda.

Reconocemos, como hecho de la realidad, que en los años recientes la Nación se ha embarcado en la llamada "transformación del Estado" a partir de privatizaciones en empresas públicas, desregulaciones y modos de descentralización. No deberá significar ello, que a partir de tal replanteo el Estado se desentienda de sus roles constitucionales, pues otro dato de la realidad es que *no se puede prescindir del Estado, ya que es él quien debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes (por diversas causas) no se adecuen a las transformaciones ofrecidas, garantizando, cuanto menos, la transparencia en las nuevas reglas de juego*

Respecto de la delimitación conceptual de los términos "usuario" y "consumidor", podemos sostener que *consumidor* es toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza, o se encuentra perjudicado o beneficiado como destinatario final de bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza de quien los produce, vende, facilita, suministre o expide. Bueno es también recordar que igual protección merece el "usuario" tal como se desprende de la definición legal.

Contextuando el sentido de lo explicitado en simples palabras, la distinción que la constitución ha efectuado entre "usuarios" y "consumidores" tiende a diferenciar entre quienes son destinatarios de servicios, y aquellos otros que adquieren bienes, aunque con igual protección para ambos supuestos

La defensa de los usuarios y consumidores se plasma en normativa de diversa jerarquía.

Con la reciente reforma a la Constitución Nacional, deben rescatarse los artículos referidos a "nuevos derechos y garantías" en particular, art. 42 y 43, existiendo además, como se ha dicho, la ley Nro.24.240, denominada de "defensa del consumidor" y el Decreto reglamentario Nro.1798/94. Cierran el ámbito de protección normativa la Ley de

Abastecimiento Nro. 20.680², la de Lealtad Comercial, Nro.22.802³, de Defensa de la Competencia, Nro. 22.262⁴, las disposiciones de los Códigos Civil y Penal y resoluciones administrativas de la autoridad de aplicación dictadas en su consecuencia.

Respecto de los servicios públicos privatizados, pueden señalarse el marco regulatorio:

- del *gas* (Ley Nro.24.076 y Dec.1189/92 y ccs.),
- del *servicio eléctrico* (Ley Nro. 24.065, Res.SEE Nro.168/92 y ccs.),
- del *servicio telefónico* (Dec.1185/90),
- de la *provisión de agua potable* (Dec.999/92),
- de la *Administración Pública Descentralizada* (Dec.237/88 y ccs.)

Coincidimos aquí nosotros con Raciatti y Romano⁵, cuando sostienen que la ***Ley de defensa de la Competencia, Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Lealtad Comercial*** conforman un trípode legislativo que procura la transparencia de los mercados, la libre concurrencia, la protección de los consumidores y competidores en un marco de razonabilidad.

Así, puede sostenerse en este punto que entre nosotros la evolución en esta materia no fue veloz, pero sí persistente en el reconocimiento de un hecho de la realidad que no puede hoy ser negado, en el sentido de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo, que - atento la marcha de la sociedad consumista actual - es lo mismo que decir que hay que restablecer el *desequilibrio social global*. Es evidente que este *desequilibrio favorece al proveedor en contra del usuario y el consumidor, lo que surge de una debilidad estructural por parte del consumidor, en la relación de consumo y del usuario, al momento de la provisión del servicio público.*

Como se observa de lo analizado, el derecho de los usuarios y consumidores se plasmaba, hasta el momento de los "hitos" que significaron la reforma constitucional de 1994 y sanción de la Ley Nacional del Consumidor, en una construcción sustentada en normas aisladas, y no específicamente referidas a sus problemas

Ahora, en vez, contamos con un sistema de diseño adecuado de protección jurídica el que al decir de Gabriel Stiglitz, se funda en "normas y soluciones especiales, con características protectoras, efectivas,

2 ALJA 1974-A-514

3 LA 1993-A-96

4 LA 1980-B-1513

5 Sobre la publicidad comparativa y los consumidores, JA del 3/8/1994, pag.19 y ss

preventivas y colectivas y que por tanto, se acerca sustancialmente a los lineamientos emergentes de las Directrices sobre defensa del consumidor, de las Naciones Unidas (1985)"

Respecto de los precedentes internacionales cabe mencionar aquí siguiendo a lo informado en el recinto de la Convención Nacional Constituyente al tratarse el tema⁶, que la cuestión se inicia promediando la década del '60. Así, en 1961 es Inglaterra quien incorpora la primera legislación en la materia, pudiéndose agregar a la reseña, el informe que el entonces presidente de los EE.UU. John F. Kennedy elevara al Congreso norteamericano el 15 de marzo de 1962, por el que consagró expresamente los derechos del consumidor, al manifestar que "*consumidores somos todos*" frase que hoy cobra real actualidad.

Pueden ser recordadas también aquí las definiciones producidas en 1973 por el Consejo de Europa y en 1975 por la C.E.E., lo que se plasma normativamente en 1985, cuando la propia C.E.E. estableció un sistema de defensa del consumidor, con imposición primero subsidiaria, y luego directa hacia los países signatarios. También la O.N.U. sancionó en 1985 una legislación protectora y defensiva de estos derechos.

Abordando ahora el tratamiento constitucional de la cuestión, cabe indicar que la Convención Nacional Constituyente, reunida en la ciudad de Santa Fe entre mayo y setiembre de 1994, trató como "tema habilitado", fuera de lo que se denominó el "núcleo de coincidencias básicas, la problemática de la defensa de la competencia, el usuario y el consumidor.

El objetivo de la norma, cuyo ámbito necesario es la sociedad de consumo, es el de proveer una mejor calidad de vida a los usuarios y consumidores que la integran. No existe duda de que en este contexto, emerge un concepto solidarista, del que se sigue la demarcación de una regla de orden público, tutelar de los intereses de la parte débil en esta relación: *el usuario y el consumidor*

Respecto de la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores, cuya constitución debe proveer el Estado, el dictamen mayoritario preveía que ella debía ser *consultiva*. Distinto parecer poseía el Convencional Viyerio (UCR) quien en su proyecto de disidencia parcial, efectuaba la redacción que - en definitiva - fue rescatada por el texto final.

Así, enfatizaba en su fundamentación, que "el carácter consultivo de

⁶ Diario de sesiones, pag. 4172

la participación de usuarios y consumidores en los organismos de control de los servicios mantiene en la práctica la total desprotección de usuarios y consumidores frente a las prestadoras privadas de servicios públicos y en nada salvaguardan los intereses de los mismos en su relación con éstas. En consecuencia la única relación existente es la referida a la de Estado-prestadora de servicio, en la cual los usuarios y consumidores se encuentran ausentes y sin posibilidad alguna de resolución a los reclamos que en tal carácter puedan efectuar, en el marco de la permanente desprotección"⁷

Así, en definitiva, se incorporó expresamente a la Constitución Nacional, la protección y tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, ello, reiteramos, en el ámbito del proceso de consumo. No negamos que esta norma, al igual que el artículo de la Constitución Nacional que tutela los derechos medio-ambientales, podía considerarse como implícita, en derivación del art. 33 de la Constitución Nacional, aunque volvemos a indicar que tratándose de derechos de tercera generación, con un diverso y más conflictivo ámbito de operatividad, era necesario expresar su existencia en forma concreta y en consecuencia, estos derechos ahora integran en forma indubitable la constitución textual. Es de hacer notar, asimismo, que la fuente de esta norma ha sido la Constitución española de 1978, en sus artículos 51 y 52, cuyos principios rectores en la materia pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- El derecho a la protección a la salud y a la seguridad.
- El derecho a la protección de sus intereses económicos y sociales, con el consiguiente derecho a la indemnización como consecuencia de las infracciones y sanciones producidas.
- El derecho a la información, a la educación y formación en materia de consumo.
- El derecho a la representación, consulta y participación.

Concluida la referencia al derecho español y retornando al tratamiento del tema en nuestra Convención Nacional Constituyente, diremos que también el Derecho Público Provincial significó importantes aportes al marco de la reforma constitucional, en particular, a partir de lo normado en la Constitución de la Provincia de San Juan (1986, art.69), Constitución de la Provincia de Formosa (art.74), Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego (art. 22)

Análisis del art.42 de la Constitución: Coincidimos aquí con Bidart Campos, en cuanto afirma que la norma en cuestión intenta trazar una

⁷ Fundamento del proyecto de disidencia parcial del despacho de mayoría de la Comisión de nuevos derechos y garantías, del Convencional Constituyente Eduardo Viyerio (UCR Chaco)

intersección entre las desigualdades y el equilibrio., insertando los derechos de los consumidores y usuarios "en la relación de consumo" a la que debe agregarse la relación de "uso"

El tema fué debatido en la 31 sesión de la Convención Nacional Constituyente, en 16 de agosto de 1994. El despacho de mayoría fué informado por el Sr. Convencional Irigoyen, quien aclaró que la Comisión de "Nuevos Derechos y Garantías" tuvo una preocupación *específica* en este punto, al abordar el conocimiento de 74 proyectos, sobre los que se efectuó una "compatibilización de textos"⁸ y también diversas propuestas de instituciones particulares, entre las que rescata especialmente el proyecto de *Gabriel Stiglitz* presentado ante el II Congreso del Derecho del Consumidor, realizado en la ciudad de Rosario en mayo de 1993⁹

Cabe indicar aquí que los Constituyentes han consagrado un sistema básico de *derechos* de usuarios y consumidores, acompañado de un sistema de *garantías*, con una acentuada responsabilidad del Estado en el cumplimiento de la norma

Así, ha sistematizado idóneamente Gabriel Stiglitz los contenidos de la norma constitucional, según el detalle, que desgrena en derechos primarios, sustanciales e instrumentales. Dada la claridad conceptual del esquema, lo hemos de transcribir a continuación:

<u>LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR</u> (integrados al sistema constitucional)		
Derechos primarios (Relativos a deberes y funciones del Estado)	Derechos sustanciales (Soluciones del derecho de fondo)	Derechos instrumentales (Mecanismos de implementación)
• Derecho de acceso al consumo • Libertad de elección • Trato equitativo y dignidad en el acceso al consumo	• Derecho a la salud y a la seguridad • Derecho a la información • Derecho a la protección de los intereses económicos y calidad de los servicios públicos	• Derecho a la organización • Derecho a la participación /Control de los servicios públicos • Acceso a la justicia/Procedimientos eficaces y prevención.

Comenzaremos el análisis de la norma constitucional refiriendo a la invocación constitucional a la "*salud*" a partir de la cual los habitantes poseen derecho al *control de calidad* de los productos, bienes y servicios que, en general, consumen como derivación constitucional de la protección integral que la Constitución Nacional brinda a la persona humana. También

8 Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, pag.4171 y ss.

9 Al punto de solicitar la inserción íntegra del proyecto en el Diario de Sesiones (Pag.4172)

invoca el artículo la protección a la "*seguridad personal*" de los usuarios y consumidores, lo que se deriva de la magnitud y diversidad de los productos existentes en el "mercado", que eventualmente puede ponerla en riesgo.

Respecto de los "*intereses económicos*", ellos se implican o derivan de la propia relación de consumo y consisten en la posibilidad de que tales productos puedan obtenerse sin distorsiones de precio y calidad, perjudiciales a sus intereses, generados - particularmente - por concentraciones monopólicas y/o oligopólicas en el mercado. Existe asimismo un derecho a la *información veraz y adecuada* que debe ser brindada por los proveedores de bienes y servicios. Insisten aquí Eduardo Menem y Roberto Dromi en señalar que la información debe ser basada en hechos serios y ciertos. Saber qué consumo, qué es lo que pago y por qué lo pago.

Relativo a la *libertad de elección*, tal derecho patentiza la obligación de existencia de posibilidad de competencia y de opción , y con el *trato equitativo y digno*, se exige la base de principios análogos para prestaciones análogas, y de conformidad a los usos sociales habituales en la comunidad de que se trate.

También ofrece la Constitución, una serie de mandatos obligatorios para los Poderes Públicos en el sentido del precepto comentado. Ellos son:

- Educación para el consumo
- Defensa de la competencia en el mercado
- Control de los monopolios
- Control de calidad y eficiencia en los servicios públicos
- Formación de asociaciones de consumidores y usuarios

Al indicar la directiva referida a la educación para el consumo, el precepto apunta a generar capacitación en los consumidores a fin de que puedan discernir, seleccionando con real conocimiento, los bienes y servicios que consumen o de los que son usuarios, con conciencia de sus derechos y obligaciones respectivas¹⁰, con especial referencia a aquellos que se encuentren en situación desventajosa. Una pretensión deseable es que aquel marco de instrucción integre el programa básico del sistema educativo nacional, en preferencia como componente de asignaturas ya existentes

Estimamos de importancia detenernos en la obligación constitucional que hoy el Estado posee respecto a proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales y al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

¹⁰ La referencia base de la norma es el art.31 "Directriz 3ra.de O.N.U..." ya referida

La Constitución provee de lineamientos suficientes para indicar (particularmente al Estado) que en materia de concesiones de servicios públicos, en la que las prestaciones de naturaleza económica son tendientes a satisfacer las necesidades primordiales de los habitantes, gestadas por la vida colectiva, sean preservados los derechos fundamentales y la economía de mercado, regulando adecuadamente las prestaciones esenciales o primordiales que hacen a las necesidades básicas de los individuos.

Ello así, ya que en esta peculiar circunstancia (la provisión de servicios públicos esenciales, hoy - en general - a cargo de empresas concesionarias) enmarca un derecho del "usuario" a su provisión, fundado también en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. O sea que para asignarle al nuevo modelo de Estado una misión cualitativamente más dinámica y acabada en su accionar (regular concesión y prestación de los servicios públicos esenciales a través de nuevos marcos normativos), la constitución ofrece estos mandatos imperativos que deberán permitir la solución de los conflictos que se produzcan entre explotador del servicio y consumidor del mismo, en cuanto a su calidad, extensión y costo, atendiendo *prioritariamente* a los intereses del usuario o consumidor, según los casos.

Asimismo, determina la Constitución que la legislación fijará procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales, previendo así la necesaria intervención de las asociaciones de usuarios y consumidores en los organismos de control, a las que - como se ha visto - no se las ha de relegar a un mero rol consultivo.

A este respecto, la ley regulatoria de la materia plantea mediante mecanismos de instrumentación que - en este aspecto - creemos adecuados, estructuras primarias y fundamentales que actúan en un campo *preventivo, orientativo y formador* de los consumidores, atendiendo a sus - ahora constitucionales - derechos a la organización y a la educación.

Comenta en este sentido Jorge Peyrano' que la referida difusión de este tipo de enseñanza redundará entre otras cosas, en que a mediano plazo, los consumidores y prestadores de servicios tomen conciencia de su situación en la relación de consumo, generando una reflexiva autolimitación en los prestadores y proveedores de servicios, a su propensión de vulnerar los derechos de los consumidores. Justo es destacar también que la participación de los usuarios, a través del necesario "control", acompañando las responsabilidades sociales del Estado y coordinando su actividad con los restantes actores sociales, resulta ser un principal mecanismo a desarrollar, y ello particularmente en lo referido a la calidad de los servicios públicos

Por otra parte, la *publicidad* respecto de productos y servicios constituye otro de los ejes centrales de lo que se ha dado en llamar la "técnica de la comunicación" sobre la que el usuario y consumidor debe ser advertido e informado.

Referente a la formación de asociaciones de usuarios y consumidores, como mandato dirigido a los poderes Públicos, ya la ley argentina de defensa del consumidor regula la conformación, funciones y legitimación de las asociaciones de consumidores en sus arts. 55 a 60, imponiendo luego al Estado (art. 60) el fomento a la creación y funcionamiento de esas asociaciones, con previsión de otorgamiento de contribuciones financieras a aquellas para el adecuado cumplimiento de sus objetivos (art. 62).

Debemos recalcar aquí que al no enunciar ninguna directiva expresa la norma constitucional - como sí lo hizo en materia ambiental - respecto de la competencia Nacional o provincial para actuar este derecho, y operativizar los mandatos constitucionales hacia los Poderes Públicos en este sentido, las *autoridades* a que se refiere el artículo 42 en su segundo párrafo serán tanto Provinciales como Federales (potestades concurrentes)

La necesaria articulación de legitimación y vías procesales eficaces para la intervención de las asociaciones de usuarios y consumidores: la amplia y garantizadora formulación que el art. 43 de la Constitución Nacional ha brindado a la acción de amparo (1ro. y 2do. párrafo) se indica con particular especialidad respecto de los *derechos del usuario y del consumidor*, habilitando en consecuencia, a las asociaciones que los nuclean para reclamar por ellos, en adición al derecho que le asiste al habitante, en general (arts. 42 y 43, 1er. párrafo C.N.).

Tal proceder se justifica ya que en las habituales relaciones de consumo, el habitante común, en su calidad de consumidor, considera interponer acciones legales como *estrategia de último recurso*. Ello a veces es tardío y producto de una deliberada desinformación del consumidor respecto de sus derechos y el modo de hacerlos valer en juicio. Pese a ciertas reticencias que hemos advertido en la interpretación jurisprudencial de la norma, creemos que ésta cláusula constitucional es directamente operativa, ya que no se advierte que legislación es necesaria a los fines de reglamentar la actuación judicial de tales entidades. Interpretada de éste modo, se magnifica la acción de amparo, como una herramienta idónea para garantizar los derechos de usuarios y consumidores, en la relación de consumo.

También prevé la Constitución Nacional el dictado de legislación que establezca *procedimientos eficaces* en orden a prevenir y solucionar conflictos en esta particular relación jurídica. En este sentido, ya hemos

indicado en el capítulo XVII, que tales leyes, ampliatorias del marco habitual del derecho a asociación, implican mandato obligatorio para el Congreso, y habrán de dar desarrollo a la constitución de asociaciones de consumidores

En este sentido, es de rescatar lo dispuesto en los arts. 52 y 55 de la L.D.C. N°24.240, que acentúa la posibilidad del usuario, de ocurrir a la justicia ante la "sola amenaza" de que pudiesen llegar a resultar violentados sus intereses, habiendo señalado la doctrina, aún antes de la reforma, que la vía procesal del amparo es la mas adecuada para reclamar por amenazas de corporación de daños

Debe adicionarse a lo expuesto, que es en el marco de la prestación del servicio público, cuando el interés reviste un carácter general, que cobra especial relevancia la necesidad de que la acción procesal de garantía sea plena y amplia ya que estos derechos no serían tales, sin posibilidad de ser actuados a fin de evitar la deficiente prestación del servicio, o aún peor, la no prestación del mismo. Así, ha insistido Carlos Echevesti en este punto, que "el derecho no operativo no es derecho, un derecho en vidriera no es otra cosa que el pan de navidad ofrecido a los pobres en las sociedades sin justicia"¹¹

Por ello, reiteramos nuestra interpretación ya expuesta en el sentido de que estos derechos, como los demás que integran el ámbito de la "tercera generación", deben tener aptitud de ser "actuados" atendiendo a la sensibilidad que su violación motiva, que excede la clásica - y en este aspecto, creemos, superada en relación a ellos - teoría del derecho subjetivo, con necesidad de ampliación y diversificación de las fronteras de legitimación.

No hemos de olvidar aquí la constitucionalizada potestad que hoy tienen respecto de la actuación de los derechos del consumidor las asociaciones de consumidores para impetrar acciones de "clase" en resguardo de las prerrogativas de sus asociados

Es de destacar, como parámetro constitucional relevante, a fin de acentuar una propensión del habitante a recurrir a la garantía en pos de la protección de su derecho, lo referido a la *educación para el consumo*. Este aspecto se destaca como un rol preponderante en el Estado Social de Derecho, que no significa *acentuar los modos de consumo* sino motivar aptitud para discernir lo que puede consumirse y lo que no puede consumirse, sin que este mandato pueda interpretarse como una nueva regla que avale diversos modos de "control social" desde las estructuras del

11 ECHEVESTI, Carlos "El servicio público, los derechos del usuario, la motorización por la vía del Amparo y la reciente ley de protección al consumidor" JA del 16/3/94, pag.5

Estado. Creemos que la formulación constitucional es en este punto, al menos inapropiada, siendo claro que su sentido no puede ser otro que el de *educación de los consumidores*

Diremos para concluir el tratamiento de éste importante tema, que imbricado el art. 42 de la C.N. en el espíritu del art. 14 de la propia Carta Magna, está llamado a sensibilizar su sentido sobre las bases de las pautas rectoras del Estado Democrático y Social de derecho ya que si la libertad de empresa e iniciativa económicas deben conducir a una economía libre y competitiva, no se puede hoy controvertir que tales dogmas decimonónicos han sido doblegados por las grandes concentraciones monopólicas y oligopólicas, lo que justifica la existencia del derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, para organizarse en defensa de sus libertades

No dejaremos de resaltar a esta altura que si bien con la consagración de estos derechos y el correlativo amparo en la Constitución, parece cerrarse el ciclo de protección relacionada con el valor "utilidad", debemos reconocer la necesidad de proteger también a los "inútiles" ancianos, enfermos, niños, etc, que se encuentran fuera del círculo "selecto" de la producción.

Esto es, no cejar en la lucha por ampliar, en el mayor grado posible, la frontera de protección de los excluidos en esta loca carrera del "mercado" ya que necesariamente, la preocupación por el derecho no puede llevarnos a olvidar que todo este entramado jurídico se elabora en razón y para defensa de la dignidad de la persona humana .

21.4.- El derecho a la preservación del patrimonio cultural. Los valores culturales en el sistema constitucional liberal. Introducción al constitucionalismo cultural.

Habíamos señalado al reflexionar en el Capítulo I acerca de las relaciones que existen entre los valores y las normas en el sistema constitucional, que la apertura a la interpretación que el mismo admite, es la base que no solamente puede avalar su grado de libertad y posibilidad de expansión, sino además - y para el caso de desconocerse que este sistema jurídico está materialmente determinado por la Constitución - podrá hacerlo encontrar con sus límites.

Es a partir de esta postura esgrimida por nosotros, que analizaremos los *valores constitucionales de la cultura*, expuestos como contenidos jusfundamentales, determinados en el texto supremo y avalados a modo de pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos, por los instrumentos sobre derechos humanos que jerarquiza el artículo 75 inc. 22 del texto supremo, en el convencimiento de que ellos desde allí, junto con los otros contenidos jusfundamentales que el texto supremo consagra, condicionan al resto de la estructura infraconstitucional

Resulta ser una tendencia del constitucionalismo actual, la de insertar en los textos constitucionales no solamente normas referidas al constitucionalismo social, sino la de incluir, cada vez más frecuencia, capítulos y artículos vinculados a lo que se ha dado en llamar "constitucionalismo cultural"

Es también real que hasta el momento de operarse la reforma constitucional de 1994, la circunstancia de dar base jurídica a los derechos culturales, ofreciéndoles expreso amparo constitucional, constituía una deuda pendiente para los argentinos.

Sostenemos esta posición por entender que la consagración del diseño esencial que enmarca la acción cultural del Estado en el texto supremo es un pilar necesario para la edificación de políticas democráticas y participativas en el plano de la cultura, y particularmente en estos tiempos de exaltación postmoderna, de la que seguramente derivarán intensos cambios de paradigmas con que nos "sacude" el milenio que ya se va.

Sabían los Convencionales reformadores de la Constitución Argentina de 1994, que el accionar institucional básico de los Poderes Públicos, debe pasar en una sociedad democrática por el compromiso para la creación de un entramado normativo regulador de los ámbitos de la cultura que legitime y garantice a los derechos culturales como "derechos de todos". Ello así, pues solamente en este marco relacional es posible la realización de un modelo de "democracia cultural", definida por García Canclini como "Una concepción que garantiza la coexistencia de múltiples culturas en una misma sociedad, propicia su desarrollo autónomo y las relaciones igualitarias de participar de cada individuo en cada cultura, y de cada cultura respecto de las demás.

De este modo, la democracia cultural [así concebida] , no solo garantiza el derecho al acceso a la cultura, sino a la producción cultural, y por ende a los espacios de formación, elaboración y gestión cultural

Los valores culturales tienen consagración normativa por vez primera en 1948, cuando la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) dedica el artículo 27 de su Declaración Universal de Derechos Humanos a los Derechos Culturales, estableciendo en lo pertinente que toda persona tiene derecho a:

- Tomar parte en la vida cultural de la comunidad
- Gozar de las artes
- Participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (consagrando además, los derechos de autor)

También la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) aprobó en 1948 la Declaración Americana de Derechos Humanos, que en su artículo XIII enuncia el derecho de toda persona a:

- Participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos

Ya en 1966, e integrando el marco jurídico de la O.N.U. se firma junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 1º Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 15 vuelve a referirse a nuestro tema. De lo expuesto podemos inferir que los derechos culturales se han caracterizado históricamente como Derechos de Segunda Generación junto con los económicos y los sociales.

También dejaremos sentado que para hablar de derechos económicos, sociales y culturales en la perspectiva de los derechos humanos, es bueno resaltar que la evolución del sistema en que estos derechos se imbricaron, se definió al momento de la crisis de la social- democracia, como de absoluto conflicto, ya que todo éste ordenamiento jurídico y la consagración normativa de estas nuevas prerrogativas, las convirtió en algo así como un "código de fines" en el que no aparecieron los "medios". Ello pues los derechos de esta categoría han permanecido - y particularmente en latinoamérica - en un nivel nominalista, como meros programas o anhelos a ser materializados en un futuro impreciso. Creemos que en este ámbito, el Estado no solamente debe garantizar la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales, sino asimismo, indicar desde sus leyes fundamentales las medidas y diseños estratégicos convenientes para que estos derechos tengan existencia "real".

Coincidimos en consecuencia con Robertson en cuanto ha definido a los derechos culturales además como derechos *independientes*, al enfatizar que es imposible garantizar el derecho a la cultura si no se lo garantiza junto con los derechos económicos y sociales, lo que no implica

desvincularlos de sus necesarias relaciones con los derechos civiles y políticos. Se privilegia de ésta manera una idea de unidad conceptual en la que los derechos deben ser gozados por los hombres y las mujeres, en modo integral y relacional. Es por esa razón que enmarcamos el estudio de los derechos culturales en el contexto de aquellos de la tercera generación, ya que los consideramos compatibles con las modalidades de actuación en derecho sugeridas por estos últimos.

21.5.- Los valores de la cultura y sus derivaciones en el contexto constitucional.-

La necesidad de que los derechos culturales tengan su lugar en las constituciones de cada país, ha sido el contenido de muchas de las recomendaciones de la UNESCO en el marco de sus Conferencias Generales. El reclamo recurrente ha sido que los países miembros otorguen base jurídica al derecho a la cultura, lo que no ocurrió en ámbitos del mundo desarrollado, con especial cita a la Unión Europea cuyos miembros se han vinculado obligatoriamente a su respeto por medio de la Carta Social Europea

Como derivación de ello, el constitucionalismo cultural, no ha constituido una tendencia en Iberoamérica, sino que se extiende a otras regiones. En iberoamérica, los derechos culturales fueron incorporados en forma progresiva en la mayor parte de las constituciones reformadas en la 2º mitad de este siglo

Respecto de la Constitución Nacional Argentina, antes de su reforma en 1994, solamente reconocía dentro de los derechos del campo cultural, el del autor o inventor a la propiedad exclusiva de su obra según el término que acuerde la ley, según lo explicado ya en el Capítulo XIX.

En contrario a tan escueta normación del texto fundamental, el constitucionalismo provincial había avanzado en el tema, denotando una aguda visión institucional. Esta inclusión se expresó desde lo meramente declamatorio¹² hasta un intrincado entramado temático que incluye artículos específicos referidos a los alcances de este derecho, aclarando los deberes y responsabilidades del Estado y su función específica en el punto¹³

12 Es el caso de la Constitución del Chaco(1957 Capítulo VII, Art.74) que enuncia "el libre acceso a la cultura"

13 Son los casos de las Constituciones de Córdoba (1987, Título 1º, Sección 1º Art. 9, Sección II, Cap. 1º Art. 19 inc. 4º, Sección III, Art. 38 inc. 4º y Título II, Capítulo II Art. 60) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991, Título 1º, Sección II, Cap. 1º Art. 14 inc. 5º, Sección III, Art. 31 inc. 4º, Título II, Cap. III, Art. 60 y 61). También han dado tratamiento expreso a la problemática de la cultura, las Constituciones de Salta (1986, Cap. II, Art.23, Cap. IV, Art. 51), Jujuy (1986, Cap. II, Art. 25 inc. 4º, Art. 37 inc.3º y Art. 43 inc. 3º punto 2º) y San Juan (1986, Sección 1º, Cap. V, Art. 71 y 72)

Por su parte, la Constitución de la Provincia de San Juan incluyó dentro de las funciones del Estado la de promover la democracia cultural¹⁴, acentuando el contexto del desarrollo de uno de los aspectos mas modernos que tiene la sociedad contemporánea para permitir la participación y el estímulo de las distintas manifestaciones de la cultura

21.6.- La cuestión en la reforma constitucional de 1994.-

El proceso reformador de 1994, encontró muestras palpables de las inquietudes que propiciaron modificaciones expresas en materia de derechos culturales, atendiendo a las serias carencias de mandatos indicativos y referencias particularizadas sobre derechos culturales en el texto constitucional.

Entre ellas podemos destacar el aporte que significó el informe producido por el Centro Cultural Rector Ricardo Rojas, Universidad de Buenos Aires¹⁵. Desde allí se enunciaba que la Argentina ha sufrido un constante expolio de su patrimonio como consecuencia de robos, tráfico ilegal, o simplemente la desidia de los organismos encargados de su custodia. Enfatizaba entonces el informe indicado, que la protección del patrimonio cultural debía ser incorporado a nuestra Constitución, conjuntamente con la sanción de normas restrictivas sobre el tráfico de bienes culturales a fin de constitucionalizar una dirección expresa en la voluntad del Estado para asumir un rol protagónico en la defensa de nuestro patrimonio cultural

Una vez operada la reforma constitucional, podemos avizorar una mención expresa a los valores culturales, cuando indica el art. 41 del texto fundamental (desde su tratamiento de la tutela al medio ambiente), que las autoridades proveerán (...)a la preservación del patrimonio natural y cultural(...)

En este sentido, el constituyente integró el concepto de ambiente concibiendo al hombre y la mujer como " seres sociales". Consecuente con ello, añadió al ámbito de tutela del entorno, a ciertos elementos a los que sindicó en el carácter de " sociales". Nos referimos al patrimonio histórico y artístico.

Respecto de la consagración del "derecho a la cultura" tal enunciación taxativa no fue habilitada para su discusión y tratamiento por la discutida

14 Del año 1986, art. 72.

15 Trabajo inédito, de autoría de Cecilia Felgueras, María Rosa Jurado, Darío Lopérvido y Leopoldo Sosa Pujato que circuló en la Convención Nacional Reformadora, desde el esfuerzo impulsor de los Convencionales Rosa Lladgar y Tizón. Valga la presente como muestra de reconocimiento a su inquebrantable presencia ética, sembrando en todos los casos hacia el futuro, pensando "realmente" en los otros, que mercean, pese a las carencias sociales, un asiento en la mesa de la cultura.

ley 24.309, pero aún así, importantes variantes se han introducido en el punto en nuestra constitución en una manera "elíptica".

No hablaremos ahora solamente de "derechos" en materia de cultura, sino además de valores indicados obligatoriamente a los Poderes Públicos desde la propia Constitución, y establecimiento de procesos idóneos de tutela procesal urgente, frente a la omisión de cumplimiento de las indicaciones perentorias dadas al Congreso, a modo de verdaderas "garantías institucionales" a favor del ciudadano común. Ello toda vez que como hemos visto, la preservación del patrimonio cultural incluye asimismo la del patrimonio histórico, el monumental y otras especies. De allí que la protección promovida en el artículo 41 acompañe adecuadamente - y quizá con más amplitud - a la que tiene el Congreso de la nación, para dictar (art. 75 inc. 19) leyes que protejan "el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

Añadiremos a lo dicho que luego de operada la reforma constitucional de 1994, los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia, han sido dotados por el Congreso de jerarquía constitucional, con las consecuencias que - según lo hemos explicado en el Capítulo V - tal jerarquización conlleva.

Para finalizar, diremos que la reforma constitucional de 1994, nos ha aportado:

- a) Nuevos derechos consagrados (tutela del patrimonio cultural, según el artículo 41 de la C.N.)
- b) Garantías institucionales concebidas como mandatos imperativos al legislador (art. 75 inc. 19 de la C.N.)
- c) Positivización de "valores culturales" (art. 75 inc. 22), además de
- d) Instrumentos de tutela específicos e idóneos, puestos a mano del ciudadano común para hacer valer tales derechos en justicia. (art. 43 C.N.)

Todo una nueva batería de derechos, garantías, valores e instrumentos de tutela, que deberá ser probada en su efectividad "día a día" por la sociedad civil y las instituciones en la República. El diseño fue confeccionado. El resto requiere de un importante e imprescindible trabajo que sólo podrá ser llevado a cabo por la sociedad civil que integra y da razón

de ser al sistema constitucional argentino
Democrática y participativamente...

21.7.- El derecho a la educación. Concepto y enunciación como derecho humano básico.-

No es novedoso el señalamiento que advierte acerca de los peligros de la educación como "control social, particularmente en la organización institucional argentina, al indicarse que una comunidad con una fuerte, consolidada y excesiva organización militar-policial, abundante en sectas mágicas y/o semi-mágicas, delata sus rasgos decadentes, o - al menos - su formación cuasi fascista. De lo expuesto puede deducirse con claridad que la educación presenta el espejo de las pretensiones de la organización social en un ámbito determinado.

Creemos nosotros que en la Argentina, y pese a los esfuerzos habidos desde la recuperación de la democracia en el año 1983, y quizá - nos animamos a sugerir - debido a los roles insuficientes seguidos por los gobernantes de nuestro espacio de consolidación democrática a partir de tal fecha, la organización educativa en las escuelas primarias, de enseñanza media (hoy EGB/ POLIMODAL) y terciaria/Universitaria no es más que una muestra palpable de las consecuencias de un sistema de control social, remede de vocaciones autoritarias pretéritas, aunque aún persistentes

Cabe preguntarnos ahora ¿Qué es un mecanismo de control social?

Siguiendo a Bidart Campos, diremos que es aquel por el cual el Poder limita las posibilidades de los individuos, a partir de las normas y cánones que el propio Estado dicta e impone, neutralizando la imaginación y creatividad espontáneas.

Hemos hablado ya nosotros en el Capítulo II, de la importancia de la enseñanza y el estudio del derecho constitucional. Ahora enfatizamos que el objetivo de tales actos de docencia, basada en el respeto y cariño por el estudiante, deben estar enderezados a la construcción de un país en el que quede erradicada para siempre la inestabilidad institucional, la violencia (Estatual o no Estatal), la inseguridad personal, la soberbia autoritaria en el ejercicio del poder, las injusticias sociales, económicas y culturales.

El intento pasará en consecuencia, por desbloquear los moldes de cultura autoritaria para consolidar una sociedad de

formación abierta en el pluralismo ideológico y la tolerancia, con marco en el Estado de Derecho

Teniendo presente que existe una evidente interrelación entre la vigencia (real) del sistema democrático y la vigencia de los derechos humanos, esta ecuación nos arroja como resultado el buen o mal funcionamiento efectivo del sistema constitucional. En ése contexto es natural que la ardua tarea de elaborar las condiciones, crear los mecanismos aptos y asegurar los resultados de tal matriz de acción en el país, deba constituirse para las autoridades en una tarea prioritaria.

No es en este punto incurrir en exageración afirmar que nuestro país vive en particular, y más allá de aislados intentos, una crisis terminal de su sistema educativo, lo que evidentemente se inserta en un marco de "crisis" mas amplio que implica la decadencia de los sistemas escolarizados, centralizados en el Estado y que han sido la forma por la cual éste ha intentado garantizar la reproducción y difusión de lo "público" durante los últimos 150 años.

Frente a esta situación de ausencias o incertidumbres, observamos la aparición de "nuevos espacios educativos" que nos resultan - cuanto menos - difíciles de comprender, asimilar y transmitir por nuestro *involucramiento* con el viejo sistema que fenece.

Señalaba a éste respecto Adriana Puigross, en una conferencia dictada el 16 de setiembre de 1992 en el marco de un curso sobre Derechos Humanos, que más allá de la sustitución del sistema escolar por redes informáticas, hipertextos, videotextos o nuevos espacios que por ahora no puede saberse si van a ser mejores o peores (ya que probablemente nuestra generación no lo vea), lo que tenemos por delante es la muerte del viejo sistema, y en el marco de ese proceso (palpable y evidente), surgirán otros espacios que lamentablemente nos van a resultar cada vez más difíciles de comprender. Véase si no, por ejemplo, los espacios que implican las redes privadas de informática existentes en el país, que son accesibles a un sector reducido de la población (y no hablamos de computadoras, sinó de las redes), ya que ellas implican espacios de producción cultural, pero a la vez de lucha de poder

De este modo, nos preguntamos si el modelo de la conducción política nacional, al actuar sobre la base de "ajustes" que implican profundizar la desigualdad de la educación y la cultura, no está terminando de quebrar la base de discurso homogeneizante y de crecimiento que en su momento dignificó nuestro sistema educativo, que junto al uruguayo, supo alcanzar el grado de desarrollo más alto de

latinoamérica.

Es muy difícil aventurar respuestas hoy a esos planteos, pero es nuestra percepción que existe - a nivel de las esferas políticas de conducción educativa en todos los niveles - cierta improvisación y una limitada visión de futuro. También debemos recalcar los acontecimientos de los últimos tiempos, que hacen que nuestros maestros - con una gran sumatoria de desesperanza, carencia de medios y falta de preparación para afrontar las novedades educativas - pierdan la confianza de que con su trabajo pueden proyectar aún la idea de la "utopía de la construcción de la educación".

Volvemos aquí a citar las palabras de Puigross, cuando insistía en que toda persona que enseña, lo hace pensando en que hay un mañana, y cuando no se cree en que ese mañana vaya a llegar, el proceso educativo se desmorona. Esto es lo que ocurre hoy en los niveles básicos y medios de nuestra educación.

Todo lo expuesto nos clarifica a nosotros que tanto en Argentina, cuanto en cualquier país del mundo que haya desplegado un sistema de educación moderno, *no hay ningún sujeto capaz de sustituir al Estado como financiador fundamental de la educación*, ello tanto respecto de la mecánica del funcionamiento, cuanto a lo más fundamental, que significa generar aptitud de proporcionar educación pública.

Abordando ahora la apreciación normativa de la cuestión, podemos decir que en 1853, la Nación Argentina proclamaba el derecho a la educación para toda la población, generándose desde allí el consecuente *deber* por parte del Estado, de *organizar, sostener y difundir* el sistema educativo.

El artículo 14 de la Constitución Nacional señala que "todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos (conforme las leyes que reglamentan su ejercicio), y entre ellos, el mencionado en último término: enseñar y aprender.

Si nos preguntáramos *¿qué significa ese derecho?* Deberemos responder: libertad de enseñar implica *libertad y pluralismo de cátedra*, libertad de aprender significa el derecho a *no ser obligado a recibir una enseñanza determinada*.

Ambas libertades ofrecen las pautas necesarias para la consecución de un objetivo querido por todos los argentinos: el de coadyuvar para el fortalecimiento de nuestra de nuestra democracia, pues como acertadamente ha expuesto Quiroga Lavié "sin cultura popular, la democracia es una utopía irrealizable"

En el nivel universitario, el derecho a la educación, con las libertades que comprende (enseñar y aprender) encuentra en el

principio de autonomía su carácter rector, habiéndose dicho que la autonomía de cada universidad permite establecer la conducción adecuada a las peculiaridades de cada centro de estudios superiores.

Sintetizando lo antes expuesto, además de lo reseñado por el artículo 14, el texto de 1853 incluía en su artículo 5° la obligación de las provincias de asegurar la educación primaria *gratuita*, palabra esta última que fue suprimida en la Convención Constituyente de 1860, y en el artículo 64 inciso 16 (que luego en 1860 pasó a ser el artículo 67 inciso 16), atribuyó al Congreso la facultad de dictar planes de instrucción general y universitaria, que fue aprobado sin discusión en la sesión del 28 de abril de 1853.

21.8.- La reforma constitucional de 1994. Los nuevos y viejos contenidos. Competencias del Estado federal y de las provincias.-

Importantes modificaciones presenta en el punto que tratamos, la reforma constitucional de 1994. Un nuevo inciso del actual artículo 75 de la Constitución Nacional (antes 67) referido a las atribuciones del Congreso de la nación, expresa lo siguiente:

Corresponde al Congreso (inc. 19): Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso y a la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...)

Sancionar leyes de organización y de bases de la educación, que consoliden la unidad nacional respetando las peculiaridades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales

En lo que hace a los nuevos contenidos del ámbito educativo, se puede efectuar la siguiente lectura: se destaca en principio, y como regla auspiciosa, que a partir de la consagración de la nueva normativa

resulta ser el Estado quien asume explícitamente su rol fundamental de financiador de la educación pública, cuando la norma indica que las leyes a dictarse asegurarán la responsabilidad indelegable el Estado en esta materia. Se observa además la inclusión de los principios de gratuidad y equidad y además la consagración de la regla de la autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales

Atendiendo a la circunstancia de ser la educación un derecho humano fundamental, tal enunciación debiera significar para los Poderes Públicos, la obligación de proporcionar las estimulaciones educativas necesarias a todos los individuos, desde el momento en que se hallen en condiciones de recibirlas. Y ello de conformidad a pautas que la propia norma constitucional ofrece, consistentes en la participación de la familia y la sociedad, enderezada a la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades, sin discriminación alguna.

Respecto de las competencias del Estado Federal y las provincias en esta importante cuestión, si bien ya mencionamos en este punto la existencia de la constitucional regla de concurrencia, al comienzo de éste acápite, y sin olvidar ahora lo dispuesto por el artículo 5 del texto fundamental con relación a la educación primaria, la reforma constitucional de 1994, ha ampliado y rediseñado sus previsiones al elaborar el 3º párrafo del artículo 75 inc. 19, lo que debe correlacionarse hoy además con lo surgente del art. 75 inc 18, que invita al Estado Federal a dictar una ley marco (o varias, ya que la Constitución se refiere a "leyes") con las características de las "bases legislativas".

Siguiendo en el punto a Bidart Campos, hemos sistematizado las siguientes pautas que han de ser seguidas por imposición del constituyente en la reconstrucción del entramado educativo argentino:

CARACTERES INDICADOS POR LA CONSTITUCIÓN AL CONGRESO NACIONAL PARA EJERCER SUS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN MATERIA EDUCATIVA (Por medio del dictado de una, o varias leyes de organización y bases de la educación)		
CONSOLIDAR	RESPETAR	ASEGURAR
La Unidad Nacional	- Las particularidades provinciales - Las particularidades locales	- La responsabilidad indelegable del Estado - La participación de la familia y de la sociedad - La igualdad de oportunidades y de posibilidades, sin

		discriminación alguna
LA ENSEÑANZA PÚBLICA ESTATAL DEBE GARANTIZAR ADEMÁS LAS SIGUIENTES GARANTÍAS INSTITUCIONALES		
• Gratuidad y equidad de la educación pública	• Autonomía y autarquía de las Universidades Nacionales	

21.9.- La Ley Federal de Educación. Las Universidades Nacionales.-

Todo lo dicho implica - en principio - una buena señal respecto de la formación de un ámbito de "cultura abierta" que tienda a descomprimir el marco de control social que en general, guía a las actuales políticas de educación, como lo hemos señalado párrafos más arriba.

Pero la señal antedicha no resulta suficiente, ya que "otras pautas" de la nueva norma dificultan y complican el camino emprendido, generando un franco retroceso. Nos referimos particularmente a los principios (conjuntamente enunciados) de "gratuidad y equidad" y luego de "autonomía y autarquía" referidos a las Universidades Nacionales.

En principio, debe ser destacado que desde la hermenéutica constitucional, y más allá de la legislada potestad de la Convención Constituyente para actualizar las atribuciones del Congreso (en lo que aquí respecta, sobre la materia de educación, desde la perspectiva del fortalecimiento del régimen federal), en realidad se han efectuado variaciones que van más allá de lo indicado por la ley de declaración de necesidad de la reforma.

No es que se hayan consagrado nuevos derechos en cabeza de los habitantes, pero sí se han introducido "garantías institucionales" cuyas incorporaciones no habían sido previstas (ni tampoco vedadas) por el legislador común en su rol preconstituyente. Tal ya lo hemos explicado en el capítulo 1, las "garantías institucionales" son factores determinados material y jurídicamente por la Constitución y dotados de una función: la ordenación del Estado.

Señala Andrés Gil Domínguez que son sus elementos constitutivos:

- La Constitución puede disponer de una especial protección o cobertura a ciertas instituciones, con la primera finalidad de hacer imposible que por vía legislativa ordinaria sean suprimidas.
- Para que la creación constitucional de la garantía institucional tenga sentido, se debe reconocer un contenido específico, con la función de preservar su protección con un importante grado de intensidad.

- La garantía institucional despliega su eficacia en todos los ámbitos del derecho y el efecto protector o intensidad de la protección de la garantía distingue entre el núcleo esencial de la institución (resistente a cualquier transformación) y la zona exterior del mismo (expuesto a la evolución y al cambio, en donde no es aplicable el efecto de protección)
- El núcleo esencial puede ser sustancial, absoluto, estable inalterable; o bien absoluto relativizado por medio de los límites inmanentes, que pertenecen al interior de la garantía y que no puede ser protegido cuando a través de su ejercicio se ponga en peligro de ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas, o bienes jurídicos necesarios para la estabilidad de la comunidad

Con base a lo expuesto, acompañamos a Gil Domínguez en cuanto estima que la Constitución Nacional hospeda a las siguientes garantías institucionales:

1. Cláusula de las comunidades aborígenes (art. 75 inc. 17).
2. Principio de desarrollo humano (art. 75 inc. 19, párr. 1º y 2º)
3. Mandato al Poder Legislativo respecto de legislar determinadas acciones positivas (art. 75 inc. 23)
4. Principios de autonomía y autarquía de las Universidades Nacionales (art. 75 inc. 19 par. 3º)

Volviendo a la modalidad de articulación de estas dos garantías institucionales que protegen al "núcleo duro" referido a la enseñanza, y en ese contexto, la Argentina está hoy obligada (y con jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 C.N.) a establecer la gratuidad y la obligatoriedad de la educación básica, y en los niveles superiores, implementarla también, aunque en forma progresiva, pero también a garantizar la autonomía y la autarquía de las Universidades Nacionales.

Quizá debido a la ambigua redacción de la norma constitucional en ese punto, el Congreso de la Nación supuso encontrar bases para el dictado de una Ley de Educación Superior (Nº24.521), que admite considerar el recorte de la regla de gratuidad de enseñanza sobre la base de la aplicación del principio de "equidad", lo que no es posible, ya que del juego armónico del texto constitucional y el mencionado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se impone la progresividad irreversible en materia de gratuidad en la

educación pública.

Con esto queremos decir que la regla de equidad solo puede servir en el sistema constitucional *para ampliar* los márgenes de la gratuidad, cuando ella sea insuficiente para cubrir las necesidades educativas de la población.

También pretende esta ley en alguno de sus puntos, someter la autonomía de las Universidades Nacionales a la voluntad de los poderes políticos - retornando a la criticada definición que del concepto dio la Ley Federal de Educación 24.195, dictada antes de operarse al reforma constitucional - con base en la aplicación de la regla de la "autarquía" que también poseen estas casas de estudios superiores, y que acompaña en la norma constitucional a la enunciación de autonomía.

Nosotros cuestionamos ésa interpretación, al sostener, siguiendo a Gil Domínguez, que:

- La Autonomía de las Universidades Nacionales debe ser entendida como su plena capacidad para determinar sus propios órganos de gobierno, elegir a sus autoridades, ejercer las funciones de docencia, investigación y extensión; y las actividades administrativas y de gestión que en consecuencia desarrollen, sin ninguna clase de intervención ú obstrucción del Poder Ejecutivo, que exceda el marco establecido por la Ley de Educación Superior y que,
- La Autarquía (en permanente retroalimentación con la autonomía) debe ser entendida como la plena capacidad que tienen las Universidades Nacionales para administrar y disponer de los recursos que se le asignan a cada una de ellas, mediante los subsidios previstos en la Ley de Presupuesto, como así también la plena capacidad para obtener, administrar y disponer de los recursos propios que se generen como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

Queremos aclarar además en el punto, que el hecho de aceptar un amplio marco de autonomía universitaria, no nos hace pensar que las Universidades Nacionales puedan quedar exentas del cumplimiento a la legislación vigente, o el sometimiento a los pronunciamientos judiciales. Sostenemos que es necesaria una adecuada Ley de Educación Superior, pero no estamos conformes, en líneas generales, con la propuesta de la Ley 24.521 que - en líneas generales - conculca las garantías institucionales a que hemos hecho referencia.

Sólo diremos al fin de esta exposición, que las más importantes

Universidades Nacionales han controvertido en justicia esta legislación, con diverso suceso, según los casos. Esperamos que en definitiva esta importante cuestión sea zanjada en última instancia, en beneficio del sistema educativo argentino, y sobre todo, teniendo en cuenta que la ciencia y la tecnología, la formación y desarrollo del conocimiento deben ser libre y autónomamente gestados (dentro de los marcos de controles regulares que el sistema constitucional provee) por las dirigencias universitarias argentinas, sin injerencias por parte del poder Estatal, y con todo el soporte que el propio Estado debe brindarle, como su financiador fundamental.

21.9.- Los derechos políticos considerados como derechos humanos de la tercera generación: consideraciones en doctrina y aportes de la reforma constitucional de 1994.-

Creemos adecuado hacer mención en este punto a lo atinente a las nuevas modalidades de actuación de los derechos políticos o de participación en este espacio institucional, toda vez que como enfatizamos al comenzar el tratamiento de estos derechos de la tercera generación, decíamos que ellos nacen a partir de un marco de crisis económica pero además de *crisis de representación* y frente a ella es que el ciudadano, intenta generar y acceder a mayores grados de representación.

Ello teniendo como norte que los derechos políticos y de participación no han de ser siempre actuados en función de prerrogativas individuales, ya que en ocasiones - que por otra parte, cada vez tienden a ser mas frecuentes en tanto continúa la erosionante caída de legitimidad de la denominada "clase política"- ellos *motivan un interés social*, dejando entonces su titularidad, de ser *exclusiva*; *de uno, para ser prerrogativa de todos*.

Es en esos momentos, que los Poderes Públicos ven con distinta "visión", ya que *esfuman, diluyen, desintegran* la expectativa de protección, entendiendo que lo social es lo general, lo etéreo, aquello que no *merece tutela individual* Y aquí llegamos al punto, pues desde que una cuestión presenta interés social, el interés individual no se diluye, sino que se multiplica. Esto sucede con respecto de cierto sector de los *derechos políticos*, donde la legitimación procesal es hasta hoy *valla de contención* para la actuación del derecho a la

jurisdicción

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 1 de julio de 1994, en Autos "*Romero Feris, Antonio c/ Estado Nacional (PEN)*"¹⁶ rechazó el planteo formulado por el entonces Convencional Romero Feris, acerca de la inconstitucionalidad de los arts. 5ta. y 6ta. de la Ley Nro.24.309 sosteniendo que la disputa se había tornado inoficiosa por haber mudado la circunstancia que le dio origen. En modo de "obiter dictum" se dijo además que "en el proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercen el Poder Constituyente(...)ninguno de éstos evidenció la existencia de conflicto, de lo que se sigue que para ese voto (el mayoritario), las *minorías* (de las que participaba el impugnante) no pueden imponer su criterio a las *mayorías* por la vía judicial. Sin perjuicio de lo discutible de la postura, y en lo que a nosotros nos importa, se rescata lo sostenido en postura disidente por Fayt, al argumentar que :

"no puede sostenerse que el actor carezca de legitimación para plantear la cuestión si se advierte que en su pretensión no está en juego utilizar el texto constitucional para fundamento de alguno de los derechos que de él derivan, sino el mismo derecho fundamental a que la constitución se mantenga. No está en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego"

Abordando luego la médula misma de nuestra cuestión, cuando expresa que:

"Solo a partir de la existencia de estas reglas es que tiene sentido comenzar a tratar otros problemas que por su grado de concreción, únicamente pueden ser derivados de aquellas. Por ello, entonces, lo que el caso plantea <u>no es un problema de legitimación corriente, en el que quepa hablar de las exigencias regulares para la existencia de un "interés legítimo", sino de la afectación aducida de la fuente misma de toda legitimación</u> " (Considerando 12 del voto disidente, el subrayado nos pertenece).
--

¹⁶Publicada en LL. del 12 de octubre de 1994, Nro.92.581.

No dejaremos de indicar que luego, el propio Ministro expresa que aún desde las reglas corrientes de legitimación, el Sr. Convencional Romero Feris debió considerarse suficientemente legitimado, por la condición que investía, a tales fines (considerando 12 del voto disidente)

Poco antes, y ante un intento de legitimación ciudadana para impugnar un acto legislativo¹⁷, la Corte Suprema en Autos "*Polino Héctor y otro c/Poder Ejecutivo s/Amparo*" mantuvo su tradicional postura a partir de la que la condición de ciudadano que hace valer el recurrente no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, y ello pues en el decir de la Corte, tal carácter es de *una generalidad tal* que no permitió en ese caso tener por configurado el *interés concreto, inmediato y sustancial* que permita considerar como "caso" al planteado, habiendo expresado en el considerando 5to. el voto mayoritario, que el sistema de control constitucional en el orden federal excluye(...) la acción popular

Con anterioridad, y en ocasión de impugnarse judicialmente en 1990 la reforma constitucional bonaerense, pendiente de referéndum la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Autos "*Gascon Cotti, Alfredo y otros*"¹⁸ restó legitimación activa a los ciudadanos impugnantes al considerar la Corte que tales invocaciones no investían subjetividad propia y personales, y los derechos esgrimidos no reflejaron un interés concreto o distinto que aquél que poseía el común de los ciudadanos.

Si vamos más hacia atrás, encontraremos igual respuesta por parte de la alta Corte Nacional, cuando en Autos "*Baeza, Aníbal R. c/Estado Nacional*"¹⁹ en fecha 28 de agosto de 1984 dio por inexistente la causa judicial ante la acción de amparo promovida por el accionante, con la pretensión de que se declarara inconstitucional la convocatoria a elecciones para una consulta popular no vinculante sobre el arreglo de la cuestión de límites con Chile en la zona del mar austral. A modo de "obiter dictum" el fallo destacó la falta de legitimación procesal activa para plantear la cuestión por inexistencia de un interés suficientemente concreto

De lo reseñado, se sigue con claridad que el tema de la legitimación para accionar, ha sido utilizado por la Corte, al expedirse en este modo, como un concepto técnico-jurídico, que en el decir de *Barra* ' en su aspecto político-constitucional sirve de garantía al principio de división de poderes, evitando así la intervención en cuestiones que requieren de análisis

17 Autos "Polino, Héctor y otro c/P.E.N. s/Amparo" (Exp. feria 5/94)/CSJN P.304/XXVII

18 CSJN Julio 6/1990, publicado en ED. 1137-349, con nota de Germán BIDART CAMPOS

19 Fallo publicado en ED. 110-355, con nota de BIDART CAMPOS. Cabe citar, en igual sentido, a los obrados "*Lorenzo Constantino c/Gobierno Nacional*" CSJN diciembre 12/1985. Publicado en JA. 1986-IV-651. Allí se señaló nuevamente la necesidad de acreditar un interés propio, cierto y tangible para acceder a la ansiada legitimación

"abstractos" y desvinculados de un "conflicto de derecho"²⁰

Sabemos que hemos de fastidiar al lector, cuando le reiteremos que en materia de derechos de la tercera generación, el conflicto de derecho, *suele presentarse en esta forma*, y es por ello que aplaudimos la brillante disidencia del Ministro Fayt transcripta más arriba, respecto de los conceptos a que ella se refiere

Sin perjuicio de lo dicho, ha admitido en otras causas la Corte Suprema de la Nación, legitimación para accionar, lo que nos mueve a destacarlas, a fin de señalar el que nos parece un garantista y posible camino a seguir en el futuro²¹

Con fecha 22 de abril de 1987, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Autos "*Ríos, Antonio J.*"²² reconoció legitimación y subsistencia del agravio en cabeza del actor al tiempo de dictarse la sentencia. En el caso, y como ya lo vimos antes, Ríos pretendía oficializar su candidatura para optar al cargo de diputado, sin patrocinio de algún partido político. La Corte concedió legitimación aún cuando el acto eleccionario ya había acaecido, atendiendo a la circunstancia de la periodicidad de las elecciones y posibilidad de las normas vigentes en punto al "monopolio" de las candidaturas por parte de los partidos políticos podían motivar nuevas contiendas

También en los casos "*Acción Chaqueña*"²³ y "*Superior Tribunal de Corrientes*"²⁴ la Corte tuvo posiciones positivas. En el primero, que fue resuelto en dos episodios, el partido "Acción Chaqueña" no consiguió oficializar en la provincia del Chaco la candidatura a gobernador de José Ruiz Palacios, decidiendo finalmente que se trataba de una cuestión provincial, de hecho y prueba, por lo que se rechazó un segundo Recurso Extraordinario promovido. Se rescata, empero, una primera aceptación de Recurso Extraordinario, admitiendo la legitimación incoada, y ordenando al Superior Tribunal de Chaco emitir pronunciamiento Respecto del caso "Corrientes" la postura positiva solo puede rescatarse de la disidencia, ya que la mayoría vuelve a su postura restrictiva.

Realmente tampoco podemos advertir mejoras luego de operada la reforma constitucional de 1994, sinó más bien francos retrocesos, patentizados en fallos que realmente nos sitúan en las antípodas de

20 Participa de tal argumentación, la sentencia de CSJN en su voto mayoritario, recaída en Autos "*Dromi, José Roberto s/Avocación*" del 6/9/90, publicada en ED. 139-319. Recomendamos aquí también la lectura de la disidencia del Ministro FAYT

21 No dejaremos en este punto, de poner de manifiesto que en las causas antes referidas pueden verse argumentos disidentes, que nos agradan, tal el transcripto del voto disidente de FAYT al fallo "*Romero Feris*". Pero cierto es que no es ese el *pensamiento de la Corte* Sin perjuicio de ello, se destaca en "Polino" la disidencia del Ministro FAYT, en "Baeza" las disidencias de los Ministros FAYT y BELLUSCIO y en GASTON COTTI, también la disidencia del Ministro FAYT

22 CSJN 22/4/1987, publicado en ED.t.122 Nro.6744

23 Ver los fallos en ED. 144-450 a 478, con notas de BIDART CAMPOS, BARBIERI, LEGARRE y MORELLO.

24 Ver los fallos en ED.149-363 a 420 con nota de BIDART CAMPOS

cualquier posición progresista, como el que motivó el requerimiento del Jefe de Gabinete de Ministros, J. Rodríguez, en ocasión de la impugnación judicial que algunos legisladores realizaron respecto de la privatización del servicio aeroportuario por "decreto de necesidad y urgencia", y que será estudiado en el Capítulo XXVI.

En definitiva, estimamos que esta muestra basta para reflejar el estado actual de la cuestión de la legitimación en materia de Derechos Políticos y de participación. Debe ser patentizado el modo con que el Ministro Fayt ha tratado estas situaciones, ya que de tal desarrollo podemos extraer un reflejo oportuno, del que se puede advertir qué cerca se encuentra el modo de legitimación amplio para accionar con la real vigencia de los derechos de la tercera generación, teniendo en cuenta el marco social de deterioro institucional que les da existencia.

21.10. Preguntas, notas y concordancias.-

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Considera Ud que la legitimación para obrar en justicia en materia de derechos humanos de tercera generación debe ser amplia?. De ser así, ¿cuál es el grado de amplitud que Ud. le daría?**
2. **¿Cree Ud. acertada la afirmación que indica que luego de operada la reforma constitucional de 1994 todos los habitantes somos agentes de tutela ambiental? Fundamente su respuesta.**
3. **¿Estima acertada la prohibición indicada en la última parte del artículo 41 de la Constitución? ¿Por qué?**
4. **¿Cree Ud. que ha sido acertado promover la tutela constitucional de usuarios y consumidores solamente en el marco de la relación de consumo?**
5. **¿Cree Ud. en la existencia de un constitucionalismo cultural? Fundamente su respuesta.**
6. **¿Considera que nuestro sistema educativo se encuentra en grado de crisis terminal? Fundamente su posición-**
7. **¿Cree Ud. que la Ley de Educación Superior se encuentra en pugna con los principios de autonomía y autarquía de las Universidades**

Nacionales?

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Gil Domínguez, Andrés: En busca de una interpretación constitucional. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997 (En particular Cap. VI y VIII)
2. Gil Domínguez, Andrés: Garantías Institucionales. En Revista "La Gaceta Universitaria" Centro de Estudiantes de la UNMDP, Edit. Suárez, 1998, pag.54 y ss.
3. Harvey, Edwin: Derecho Cultural Americano. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993.
4. Jiménez Eduardo: La educación como "control social". Estado actual y perspectivas: La reforma constitucional de 1994. En Revista Jurídica "El Derecho", del 4/1/1995
5. Jiménez, Eduardo: El ejercicio de la autonomía no exime a las Universidades Nacionales del rol de contralor del Poder Judicial. En Revista Jurídica "La Ley" del 24/2/1999, pag.9 y ss.
6. Jiménez, Eduardo: La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el tratamiento de medidas cautelares en instancia extraordinaria. En Revista Jurídica "La Ley" 1998-A,58.
7. Jiménez, Eduardo: La UNMDP y su compromiso institucional frente al dictado de la Ley de Educación Superior. En Revista Jurídica "El Derecho" del 10/10/1996, pag. 1 y ss.
8. Jiménez, Eduardo: Los Derechos Humanos de la tercera generación. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997
9. Mayorga Lorca, Roberto: Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

Para concluir este desarrollo, hemos de comentar un fallo reciente emanado de la Cámara Federal en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, en los términos que siguen:

LA LEGITIMACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

(en un pronunciamiento judicial reciente)

El pronunciamiento que comentamos aquí, tuvo lugar en base a la petición judicial requerida por el ciudadano argentino B.G., en los términos

del artículo 43 de la ley 16.986 (ley de amparo en el orden nacional).

El amparo buscaba que los magistrados declaren la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido el Congreso Nacional, en virtud de la falta del mismo en la creación de la Comisión Bicameral Permanente, órgano éste, a cuya consideración - según la Constitución Nacional (art. 99 inc. 3)- quedan sometidos las disposiciones de carácter legislativo que emita el presidente de la Nación.

La actitud omisiva del Congreso Nacional creaba una situación de anomalía institucional, ya que los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo quedaban exentos del control que la propia constitución impone. El amparista invocaba aquí la manifiesta ilegalidad en que había incurrido el Congreso mediante esta actitud arbitraria e ilegítima. La finalidad del amparo era, como vemos, la protección del orden constitucional, cuya violación creaba un daño que afectaba a la sociedad toda.

Ello llevó a G. invocando su condición de ciudadano argentino, a solicitar ante la justicia que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional a proveer a la integración de la mencionada Comisión Bicameral en el plazo de treinta días, o el menor que el magistrado considere más adecuado.

Tanto el magistrado de primera instancia, como la Cámara de Apelaciones, rechazaron el planteo del amparista, alegando que no existía causa judicial de orden contencioso en la que pueda intervenir el poder judicial. En primera instancia se adujo que existe planteo contencioso cuando se pretende procurar la determinación de un derecho debatido entre partes adversas, con motivo de un daño efectivo provocado por la conducta del oponente. Además, sostiene el magistrado que el artículo 43 de la Constitución Nacional no ha innovado en materia de legitimación procesal para actuar en juicio. Para la Cámara, las normas o actos cuestionados deben significar además - en ese contexto - un obstáculo para el reconocimiento de un derecho propio.

Ya hemos manifestado nuestra posición en materia de legitimación para actuar en juicio en materia de derechos humanos de tercera generación, y a efectos de no ser repetitivos remitimos a dichas consideraciones.

En el presente caso el amparista alega la violación de un derecho de tercera generación: el derecho a la eficiencia y regularidad en el funcionamiento del sistema constitucional. Y sin embargo, como vimos, los jueces le dicen que no hay derecho debatido entre partes adversas que cuya violación por el oponente provoque un daño efectivo.

Desde nuestro punto de vista, y dada la amplia legitimación que creemos surge del artículo 43 de la Constitución Nacional, consideramos que:

- Tenemos el derecho (a la eficiencia y regularidad en el funcionamiento del sistema constitucional),

- Tenemos las partes adversas (un ciudadano y los legisladores que han cometido al inconstitucionalidad por omisión),

- Tenemos el daño efectivo provocado por la conducta del oponente (el agravio social que implica un patente funcionamiento irregular del Congreso, que en cuatro años tan siquiera legisló sobre su actividad de control en materia de decretos de necesidad y urgencia),

- Tenemos finalmente que la omisión del Congreso de la República le impidió al ciudadano el reconocimiento de un derecho propio (la prerrogativa que le asiste a que sus instituyentes se sometan a la regla del imperio de la ley y del derecho : han sido llevados al Congreso para articular principalmente, la defensa de la Constitución, y no lo han hecho, con grave perjuicio para el interés social).

- Tenemos, en consecuencia, acción en procura de la defensa de los derechos humanos de tercera generación.

21.11. Autoevaluación:

1. Intente efectuar una breve ubicación de los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática de nuestro sistema constitucional:

.....

.....

.....

.....

2. Desarrolle las características más salientes de la norma constitucional que tutela el medio ambiente:

.....

.....

.....

.....

.....

3. Desarrolle las características más salientes de la norma constitucional que tutela los derechos del usuario y el consumidor:

.....

.....

.....

.....

.....

4. Señale cuales son los valores de la cultura y sus derivaciones en el contexto constitucional, luego de operada la reforma constitucional de 1994:

.....

.....

.....

.....

.....

5. Desarrolle los conceptos de "autonomía y autarquía", gratuidad y equidad", desde la concepción constitucional de las "garantías institucionales:

.....

.....

.....

.....

.....