

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE GRADUADOS
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN DERECHO CIVIL



Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿Exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?

Tesis que presente para optar el Grado de Magíster en Derecho con
Mención en Derecho Civil

Paul Iván Howard Dejo

Docente Asesora

Dra. Roxana Sotomarino Cáceres

Jurado:

Dr. René Ortiz Caballero

Dr. Freddy Escobar Rozas

Dra. Roxana Sotomarino Cáceres

Lima, 2010.

INTRODUCCIÓN

Si bien la presente es la tesis para optar el grado académico en una especialidad del Derecho vinculada al campo privado, resulta más siendo la expresión de lo complejo que en la hora presente es tratar de mantenerse de lado y no reconocer la vigencia transversal de los Derechos Fundamentales y el desarrollo de sus estudios a partir del Derecho Constitucional.

De ahí que a través de sus páginas nos encontremos con Teorías del Derecho, económicas, constitucionales y privatísticas que se han presentado con un claro afán coordinador. Girando en torno a las situaciones jurídicas subjetivas específicas que se derivan de la posición de Consumidores y Usuarios.

El tema fue elegido a partir de tomar contacto en las clases de la maestría con conceptos novedosos, por lo menos para el suscrito, que me cambió la perspectiva de cómo analizar una institución que pensaba simple o, por lo menos, asimilada, al tenerla reducida al mero vínculo entre dos sujetos, conocido como “obligación”. Fue así que al entender que las obligaciones son más que nada relaciones jurídicas “complejas” y que dicha complejidad es el resultado de atender a la realidad, donde las situaciones jurídicas se van intercambiando de manera dinámica, casi imperceptible, renovándose constantemente desde el momento mismo en que surge el acuerdo, se abre un mundo nuevo, que hasta influye en el manejo de las relaciones intersubjetivas más cotidianas.

La complejidad manifestada no es más que la circunstancia de advertir que junto a un deber asumido como principal, coexisten otros tanto deberes secundarios pero no menos importantes, conocidos como deberes de seguridad, de protección, etc. por la teoría alemana (que luego pasa a España) e italiana.

Como relación jurídica, la establecida entre sujetos específicos como son los consumidores y proveedores es obligacional, por ende compleja, de manera que también se advierte la misma coexistencia de deberes, solamente que al tratarse de situaciones organizadas a nivel constitucional se prefiere su entendimiento como derechos subjetivos públicos y deberes de protección como garantía de su realización por el Estado.

El tema propuesto pretende indagar acerca de que de si los Deberes de Protección establecidos a favor de un tipo de deudor específico, Consumidores (o Usuarios), constituyen o no un caso de intervencionismo no regular del Estado dentro de las

relaciones jurídicas entre particulares, teniendo en cuenta que las relaciones obligacionales son relación de cooperación intersubjetiva.

Para resolver la posible colisión, dividimos la tesis en siete capítulos, los cuales tienen la pretensión avanzar progresivamente a la respuesta, dejando sentadas las bases de lo que vamos conociendo.

Comenzamos con un capítulo aparentemente general pero que está lejos de serlo, dedicado a la presentación de diferentes teorías que consideramos imprescindibles para abordar un estudio serio del Derecho. No se puede soslayar la importancia que en el ejercicio del Derecho tiene la Teoría del Derecho como Argumentación y su cercanía al constitucionalismo (tal vez mejor llamarlo neoconstitucionalismo), donde el Derecho deja de ser un mero tema de laboratorio para confrontarse con la realidad viva. En vista de lo cual, consideramos que la tridimensionalidad está más actual que nunca, en tiempos donde nos hemos olvidado la importancia de los valores, ganados por la urgencia del día a día, merece que reflexiones sobre las ideas sugestivas de maestros de la talla de Fernández Sessarego.

Pero, esa realidad nos llama como cable a tierra, y nos enrostra nuestra compleja realidad, surgida del sudor de una colectividad que no se siente representada por el estado oficial y que prefirió la informalidad como medio de vida y grito reivindicativo. Esta historia no oficial tiene su expresión en la teoría del Derecho y la economía, se llama Orden Espontáneo, expresión viva del mercado y la famosa “mano invisible” que propugnaba que había que dejar a los particulares a que encontraran su propio camino, dando el mensaje de que el Estado debía tan solo facilitarles la tarea. Así, nos vemos en la urgencia de pasar revista a las teorías del Nozick, Rorty y, a través del primero, tomar contacto con la teoría de la justicia de Rawls, siempre en la tónica de preparar el terreno para que las conclusiones lleguen.

El segundo capítulo es una especie de salto aparentemente a un terreno diferente, el del Derecho Subjetivo y las demás situaciones jurídicas subjetivas. Aparentemente ciertamente, pues si no nos detenemos en entender qué son, cómo funcionan, para qué sirven, creemos es vano estudiar al Derecho, por lo menos a quien esto escribe le resulta más que enriquecedor explorar un tanto este universos de conceptos más vinculados a la filosofía del Derecho. Fue así que surgió un descubrimiento contundente, la teoría de Ferrajoli y otros sobre los Derechos Fundamentales como Derechos Subjetivos, por tanto que la tarea estaba más que cantada había que explorarlos. A ello dedicamos ese capítulo, comprendiendo de esta manera que los Derechos Subjetivos funcionan en la medida de su comparación con los derechos de los demás sujetos, que requieren de la cooperación de los otros pero que, dada las deficientes “estructurales” de que padecemos los humanos, el ordenamiento ha establecido la manera como hacerlos efectivos, esto será vía su coercitividad.

Es el tercero donde indagamos acerca de nuestra realidad, pero pretendemos entender el sistema donde se interactúan los titulares de situaciones jurídicas subjetivas, el mercado. Para ello, abordamos el liberalismo, la economía social de mercado, el constitucionalismo económico, como vías para que conociendo sus Principios, libertades y Derechos entendamos el funcionamiento de los Derechos Fundamentales y la importancia de tener presente en todo momento del estudio su contenido

constitucionalmente protegido, con su núcleo o contenido esencial como parte infranqueable, postergada a cualquier intento intervencionista.

El capítulo cuarto es la consecuencia de los dos capítulos anteriores, se dedica a estudiar las implicancias de los Derechos Fundamentales como Derechos Subjetivos y como es su eficacia horizontal la que determina que aquellos no sólo tengan carácter de vinculante para los poderes del Estado, sino que son de aplicación inmediata en las relaciones entre los particulares. Las relaciones intersubjetivas complejas son susceptibles de conflictos, estos puede ser el resultado de la concurrencia de dos o más derechos fundamentales que reclamar prioridad, atender a los criterios de solución es imprescindible, ello también de revisión en este capítulo. Los derechos fundamentales no son ilimitados, pueden verse restringidos. En tanto los derechos de libertad de empresa y los derechos de los consumidores y usuarios son derechos fundamentales económicos pueden verse confrontados, de manera que conocer de la existencia de estos límites y como funciona el principio de ponderación, lo consideramos sumamente esclarecedores para entender si los deberes de protección que son determinados más adelante son o no excesivos, pues si lo son es porque luego de ponderados priman sobre otros derechos fundamentales.

Una parte de este capítulo tiene que ver con la autonomía de la voluntad y su relación con los derechos fundamentales. Examinamos de esta manera el contenido esencial del Derecho a Contratar, como libertad de contratar y libertad de contratación.

En el capítulo quinto nos concentramos en analizar el contenido esencial de los derechos de consumidores y usuarios. Estos se configuran a partir del texto constitucional, pero son explicados por el Tribunal Constitucional en una serie de sentencias que son materia de análisis en dicho capítulo. De esta manera tomamos contacto con su contenido binario, expresado en su naturaleza de derechos subjetivos públicos y deberes de protección. Lo cual quiere podría suponer que estos tienen una naturaleza diferente a los obligacionales. Estos deberes de protección sugieren un par de temas cuyas aproximaciones son establecidas, la protección contra uno mismo y el Derecho de los Consumidores como autónomo, pero estrechamente vinculado al Derecho Civil.

El capítulo sexto resulta particularmente interesante, por los temas ahí tratados. Si bien no pretendemos una revisión integral de las teorías, si quisimos traer a este campo aquello que ha sido materia de estudio desde hace buen tiempo por psicólogos y economistas, donde se cuestiona (con bastante éxito) la “supuesta” racionalidad humana en la toma de decisiones. Si se entiende que los seres humanos de manera natural nos equivocamos al elegir, es obvio que las de consumo son decisiones en apariencia racionales. Este capítulo tiene la función de puente, entre los conceptos vertidos respecto al contenido esencial de los derechos de los consumidores y los propios de su tratamiento legal, pone de manifiesto lo complejo que es asumir al consumidor como racional, o como diligente. También fueron analizados en este capítulo temas como la eficiencia de las medidas legales, los costos de transacción, la búsqueda de su reducción, su relación con los contratos, el poder de la información que permite superar el error, crea confianza, apuntes necesarios sobre las fallas de mercado,

Por último, llegamos al capítulo séptimo, el cual está dedicado al estudio de las situaciones jurídicas subjetivas propias del consumo, tales como actos, relación y

contrato de consumo, la vulnerabilidad, el concepto mismo de consumidor, el criterio de consumidor razonable, el consumidor como parte débil. Siendo el capítulo final se establece si es posible vincular los deberes de protección obligacionales derivados de entender la relación de consumo como una relación jurídica compleja, así se precisan cuales serían estos deberes de protección obligacionales dentro de la relación de consumo, finalizando con el análisis de los consumidores como deudores y el ejercicio de la coerción propia de esta situación jurídica de sujeción en la que encuentra el deudor que incumple su prestación. Es en este ámbito cuando los deberes de protección a favor del consumidor entran en conflicto con otros derechos fundamentales, debe acudir a la ponderación y el respeto al contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido, solo así podrá definirse si la solución legal es o no una intervención indebida en el marco de las restricciones a los Derechos Fundamentales.

Lima, Diciembre de 2009.



ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

- 1) El Derecho como realidad.
 - 1.1) La Tridimensionalidad del Derecho como herramienta de análisis.
 - 1.2) El Derecho como Argumentación.
- 2) El realismo jurídico.
- 3) El orden espontáneo.
- 4) El “Estado Mínimo” de Nozick:
 - 4.1) Los desacuerdos de NOZICK con la Teoría de RAWLS.
 - 4.2) Cooperación y el “Principio de Diferencia”.
 - 4.3) El sistema de libertad natural en Rawls.
 - 4.4) Intercambio voluntario.
- 5) La justicia: Una lealtad ampliada.

CAPÍTULO SEGUNDO

- 1) Los Derechos Subjetivos (a partir del Derecho Objetivo).
- 2) Intersubjetividad (garantía del Derecho Subjetivo).
- 3) El conflicto de intereses y la tutela o protección del Derecho: Las demás situaciones jurídicas.

CAPÍTULO TERCERO

- 1) Liberalización y Economía Social de Mercado
- 2) Economía Social de Mercado y Constitución Económica.
- 3) Principios Rectores del Constitucionalismo Económico.
- 4) Los Derechos Fundamentales Económicos.

CAPÍTULO CUARTO

- 1) Las implicancias de los Derechos Fundamentales como Derechos subjetivos.
- 2) La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO QUINTO

- 1) El contenido constitucionalmente protegido de los Derechos del Consumidor.
- 2) La protección en contra de sí mismo.
- 3) ¿Defendernos de nuestras propias decisiones?
- 4) El Derecho del Consumidor (o de los consumidores) como expresión autónoma y especializada.

- 5) El consumo como realidad social y económica.
- 6) Breves referencias a los efectos del Derecho del Consumidor en el Derecho Civil.

CAPÍTULO SEXTO

- 1) Las necesidades del consumidor.
- 2) Racionalidad versus Irracionalidad.
- 3) Análisis de eficiencia de las medidas legales.
- 4) La importancia de los Costos de Transacción en el análisis:
 - 4.1) Los costos de transacción: Reducción = Eficiencia del Sistema Legal.
 - 4.2) Costos de Transacción y contratos.
- 5) El poder está en la información: La superación del error.
 - 5.1) La información crea confianza.
- 6) Apuntes necesarios sobre las Fallas del mercado.

CAPÍTULO SÉPTIMO

- 1) Acto de Consumo, Contrato de Consumo y Relación de Consumo. Su aplicación en la legislación de Protección al Consumidor.
- 2) El concepto de consumidor.
- 3) ¿Vulnerabilidad o asimetría informativa?
- 4) El consumidor razonable.
- 5) El deudor la parte o contratante débil.
- 6) La relación de consumo como relación de cooperación jurídico-obligacional compleja.
- 7) Los deberes de protección obligacionales en las relaciones de consumo.
- 8) El consumidor como Deudor.
- 9) El ejercicio por el acreedor de la coerción: El caso de los métodos abusivos de cobranza. Ponderación y contenido esencial.

CAPÍTULO PRIMERO

1) El Derecho como realidad.

1.1) La Tridimensionalidad del Derecho como herramienta de análisis:

Como explica REALE⁽¹⁾, la palabra “Derecho” ha adquirido muchas acepciones en su estrecha ligazón “a las vicisitudes de la experiencia humana” y a su uso durante siglos. Por lo que, optar por una definición de derecho no es tarea fácil ⁽²⁾.

Nuestro primer objetivo consistirá en proponer un concepto que nos permita operar los diferentes conocimientos que se pretende ir precisando a lo largo del presente trabajo.

Partamos de coincidir con PÉREZ-LUÑO que

“El jurista puede decirnos qué es derecho en un momento concreto (quid sit iuris), esto es, lo que las leyes prescriben o han prescrito en un lugar y tiempo determinados; pero para saber si lo que las leyes disponen es justo, y cuál es el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto, deberá abandonar por algún tiempo los principios empíricos y buscar el fundamento de aquellos juicios en la razón –para lo que aquellas leyes pueden servirle perfectamente de guía-, a fin de sentar así las bases para una posible legislación positiva.”⁽³⁾

Muchas veces se parte de considerar la validez de optar por un acercamiento al concepto a partir de la expresión más concreta del Derecho: La ley vigente en un lugar y tiempo determinados. Analizando lo que para dicha ley es lo justo, encontraremos razones, las cuales se sustentan tomando datos de la realidad y, en un proceso de retroalimentación, aquella se ve representada en las normas. De esta forma, el derecho sirve de fuente de conocimiento de cuáles son los hechos o conductas que determinada sociedad (objeto de análisis), consideró trascendentes, al extremo de reglamentarlas, estableciendo previamente sus consecuencias. Y, como quiera que, las conductas son múltiples, en dicho momento, habrán tantas leyes (normas) como conductas que se decidan (o necesiten) regular, las cuales de no existir una supraordenación que las sistematice, sería el caos.

Como vemos, está latente el riesgo de sucumbir a la tentación de incurrir en esta especie de definición “unilateral”, con pretensiones de soluciones únicas⁽⁴⁾. Debe incidirse en la constatación de que ello ha sido siempre la tendencia, son de este tipo las teorías como la del positivismo como plenitud hermética, que pretende darnos a entender que todo el derecho se reduce a un sistema positivo, como orden de reglas cohesionado, pleno herméticamente⁽⁵⁾, la cual es sólo una de las posibles explicaciones al fenómeno social

¹. REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1993, p.71.

². “Existen pocas cuestiones, en el ámbito de los estudios jurídicos, que hayan motivado tan amplio y, en apariencia, estéril debate como aquella que hace referencia a la pregunta quid ius?, ¿qué cosa es el derecho?. PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho (una concepción de la experiencia jurídica)*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 27.

³. *Ibid.*, p. 28

⁴. *Ibid.* p. 37

⁵. “El positivismo jurídico ha puesto especialmente de relieve (...) la estructura del derecho como un sistema de reglas (...)Se presupone de alguna manera que el sistema jurídico está construido como una totalidad completa, cerrada y autónoma (...) y cuyo funcionamiento puede ser impermeable al entorno.”

que representa el Derecho.

Es que, partiendo de la comprobación misma de la existencia de varias acepciones para la palabra Derecho, Miguel REALE llega a una conclusión simple y decisiva, planteada a modo de pregunta:

“¿acaso no revelan que hay aspectos o elementos complementarios en la experiencia jurídica? Un análisis en profundidad viene a demostrar que tales significados corresponden a tres aspectos básicos discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto normativo (el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia).”⁽⁶⁾

Se trata de la **Teoría Tridimensional del Derecho**, difundida desde hace un tiempo por el reconocido y prestigioso maestro sanmarquino Dr. Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO⁽⁷⁾, para quien el derecho debe sustentarse “(...) en la observación de aquello que acaece en la realidad. El derecho, a partir de la experiencia, se constituye unitariamente con la simultánea e ineludible presencia de tres elementos que se exigen recíprocamente, en dinámica interacción, sin perder su propio perfil. El derecho se despliega tridimensionalmente en la experiencia jurídica a través de la dinámica interacción de conductas humanas intersubjetivas, que constituyen su dimensión sociológico-existencial, de normas jurídicas, en cuanto formas de pensamiento, y de valores.”⁽⁸⁾ La necesaria interacción dinámica, cambiante, determina que dichos elementos –que no pierden su heterogeneidad ontológica- cobren sentido en la concepción conocida como “el Derecho”, Fernández Sessarego completa la idea del modo siguiente

“(...) Por ello podemos sostener que sólo la vida humana social no es derecho, pero que, sin embargo, no se concibe al derecho sin su básica presencia en la experiencia jurídica. Las normas de suyo, aisladamente, no constituyen "el derecho", como tampoco lo son únicamente los valores jurídicos. Los tres elementos son imprescindibles para la aprehensión de "lo jurídico", pero ellos deben conjugarse' dinámicamente para que podamos percibir "lo jurídico" como una unidad conceptual.”⁽⁹⁾

DE ZAN, Julio: “La Ética, los Derechos y la Justicia”. Uruguay: Konrad Adenauer, 2004, p. 117. “(...) el positivismo jurídico plantea que el iusnaturalismo ha fracasado (...)”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Pensando Insolentemente: Tres perspectivas académicas sobre el Derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, p. 38.

⁶. REALE, Miguel. *Op.cit.*, p. 73. En el mismo sentido, PERÉZ-LUÑO, *op.cit.* 38: “(...) El término “derecho” suele aludir a las conductas dirigidas a crear, aplicar, o cumplir esas normas; al resultado de esa actividad formalizada en un conjunto de normas o reglas sociales de comportamiento; así como a los valores para la convivencia que inspiran, o a cuyo logro se orientan esas conductas y normas; y todo ello en un ámbito históricamente delimitado. El derecho consiste, precisamente, en esa experiencia de vida colectiva que, (...) se puede definir como: conjunto de acciones sociales creadoras “de” o reguladas “por” normas, que deben establecer un orden justo en un determinado contexto histórico. El derecho posee una incuestionable significación social, normativa y axiológica.”

⁷. De quien tomamos en este trabajo su obra: *Abuso del Derecho*. Lima: Grijley, 1999.

⁸. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op.cit.*, p.39.

⁹. *Ibid.*, p. 41. A lo que agrega “En la experiencia jurídica observamos que lo primario es la vida humana coexistencial. (...) que exige de una adecuada y obligatoria regulación para hacer posible, precisamente, esa convivencia. (...)La vida humana es la dimensión primaria del derecho en tanto que sin su presencia no hay nada que valorar, ni menos nada que normar. La conducta interferida (...) resulta ser

Esta teoría al apoyarse en la experiencia jurídica, afirma FERNÁNDEZ SESSAREGO, superaría el unidimensionalismo, reduccionista a que se hizo referencia, puesto que “(...) *las explicaciones que sobre el derecho nos ofrecen, en el decurso de la historia del derecho, tanto el iusnaturalismo como el formalismo positivista y el sociologismo jurídico, son posiciones que pretenden reducir el derecho a una sola de sus dimensiones.*”⁽¹⁰⁾ Así, si se toman por separado las conductas humanas, las normas y los valores, se tendrá que: La primera, puede ser materia de análisis de múltiples saberes humanos (sociología, psicología, etc.) diferentes al jurídico; el segundo, de la lógica; y, el tercero, de la axiología. Aislados pierden su recíproca pertenencia a lo jurídico.

Es indudable la importancia de los aportes de la Teoría Tridimensional, pero el análisis estaría incompleto si no se advierte que, el Derecho se convierte en acción cotidiana, que hay un mundo “real”, donde el ciudadano, administrado, sujeto de derecho (o como se le quiera identificar) vive, sumiéndose en una serie de relaciones, donde entra en conflicto con otros seres humanos, asume obligaciones, deja de cumplirlas, etc., viéndose en la necesidad de recurrir a la figura del tercero componedor (desde antes de que se estructurara un sistema público de administración de justicia), quien asume la tarea de entender el derecho conocido como vigente, aplicarlo, darle vida.

1.2) El Derecho como Argumentación:

En el último tiempo, se advierte la tendencia a revisar la experiencia anglosajona de entender y enseñar el derecho, tomando especial importancia -como centro de análisis- el estudio de la argumentación jurídica. El profesor español Manuel ATIENZA⁽¹¹⁾, explica los factores que revelan las razones de tal tendencia, estas serían según el profesor de la Universidad de Alicante de diferente naturaleza⁽¹²⁾. La primera es teórica, referido a que las “*concepciones más características del siglo XX han tendido a descuidar (...) la dimensión argumentativa del Derecho.*” De forma que, a manera de reacción ante tal abandono se estima interesante repensar el Derecho adoptando teorías más completas.

La segunda, vinculada a la anterior, esta referida a que “(...) *La práctica del Derecho – especialmente en los derechos del Estado constitucional- parece consistir de manera relevante en argumentar, y las imágenes más populares del Derecho (...) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa.*” Factor que entre nosotros resulta sumamente actual, p.ej., en plena implementación del nuevo proceso penal, con la presencia de un juicio adversarial-acusatorio, abierto a la actuación probatoria donde primará la figura del abogado-argumentador en la defensa, en contra de los argumentos expuestos por el Ministerio Público, desterrando al abogado meramente “práctico” (del tipo tramitador de expedientes), lo cual deja sentir sus efectos a nivel académico, pues

lo que los juristas verifican como el "contenido" de las normas jurídicas y el objeto de una determinación valoración jurídica. De lo expresado se desprende, en consecuencia, que la integración dinámica de estas tres dimensiones -la coexistencial, la formal y la axiológica- nos permiten aprehender el derecho como una totalidad, como una unidad conceptual.” Ibid.

¹⁰. *Ibid.*, p.42.

¹¹. Como se sabe, el profesor ATIENZA destaca, por su difusión y actualidad, teniendo publicados varios trabajos a nivel local, incluso fue el ponente de un curso sobre argumentación dictado en Lima en Marzo de 2008, organizado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Además. Se le tiene por uno de los autores más influyentes en la currícula de capacitación de los jueces y aspirantes a magistrados.

¹². ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación (Concepciones de la Argumentación)*. Barcelona: Ariel, 2006, pp. 15-19.

viene influyendo en cambios en las mallas curriculares de las facultades de Derecho y en diplomados que brindan la capacitación que necesita el abogado para actuar en este novísimo escenario. ⁽¹³⁾.

El tercero de los factores, lo encuentra en el cambio general en los sistemas jurídicos, “*producido con el paso del “Estado legislativo” al “Estado constitucional”.*” Lo característico de estos Estados “*en el que la Constitución (...) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (...); b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.*” De esta forma, el sistema vigente “*supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica.*” No basta que los órganos de la Administración Pública se encuentren investidos de facultades o poderes, la constitucionalidad implica la necesidad de que, en la aplicación de las mismas se presenten los argumentos sustentatorios. En la práctica profesional se dan casos de control sustentados en la falta de adecuada sustentación (o motivación) de la decisiones administrativas; este es un avance notorio en la percepción del Derecho como argumentación y razones justificatorias a lo decidido. El ideal del “Estado constitucional” “*(..) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza.*” ⁽¹⁴⁾

Presentándose dos factores adicionales, uno de tipo pedagógico, expresado en el lema: “*¡La enseñanza del Derecho ha de ser más práctica!*”, lo cual significa que lo importante no es que el estudiante de Derecho “*llegue a conocer la información que se contiene en la base de datos del sistema, sino que sepa cómo acceder a esa información, a los materiales jurídicos (...) y cuál es –y como funciona- el motor de inferencia del sistema, o sea, el conocimiento instrumental para manejar ese material.*” El siglo XXI exige que la educación legal proporcione al “mercado” sujetos rigurosos en el manejo teórico que sepan cómo aplicarlo, no se trata pues, de recargar a los alumnos de las facultades de derecho con conocimientos inútiles que, posiblemente, nunca apliquen, el reto es proporcionarle herramientas, métodos o modos de procesar los datos de la realidad, que aprendan cómo subsumir sus casos en las reglas

¹³. Adicionalmente, evidencia de lo cierto de este segundo factor está dado por el Principio de Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (Art. 139, numeral 5 de la Constitución Política de 1993). Ni que decir de la labor argumentativa que realiza el Tribunal Constitucional en cada sentencia y que se expresa en los precedentes constitucionales vinculantes, puesto que “*(...) la interpretación de la Constitución efectuada por el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional tiene especial relevancia debido a “la mayor presencia de principios generales, de valores susceptibles de distinta interpretación y especificación, de cláusulas generales y de preceptos indeterminados, cuyos significados solo pueden determinarse en cada caso y en cada momento a través de las concretizaciones resultantes de la interpretación.”* GARCÍA PELAYO, Manuel. *El status del Tribunal Constitucional*. Revista española de Derecho Constitucional N° 1, 1981, p. 33 citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B.. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 41, 42.

¹⁴. Una muestra de lo dicho se encuentra en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado, donde tenemos que la vigente Ley 27444 sobre Procedimiento Administrativo General destina el Capítulo II del Título IV (sobre Procedimientos Especiales) a establecer las reglas aplicables en todas las dependencias de la Administración Pública. Es claro, p.ej. que se establezca como principio de dicha potestad la razonabilidad (art. 230-3 de la mencionada ley), en el sentido que al calificar la infracción y precisar la sanción deba considerarse la intencionalidad del supuesto infractor, ello será producto de un ejercicio argumentativo que valore cada una de las circunstancias.

preestablecidas. Y, si estas faltaran, realizar una actividad creadora, basada en los principios sustentadores del microsistema. Sobre este aspecto se regresará más adelante.

El otro, de naturaleza política. Aquí la explicación pasa por revertir los bajos niveles de legitimidad, pues el Derecho debe ser asimilado por los destinatarios no como imposición, sino como resultado de una experiencia conjunta que pasó por elegir un determinado sistema político: la Democracia. Este sistema requiere de sujetos pensantes que sepan argumentar, exponer las razones que prevalecen por beneficiar al conjunto, en defecto de aquellos que no representen a la comunidad.

La búsqueda del autor de una concepción del Derecho que incorpore “una teoría satisfactoria de la dimensión argumentativa del Derecho”, lo lleva a la conclusión que ninguna cumple la meta propuesta, preguntándose “(...) *si –o hasta qué punto- esas concepciones (de los teóricos o de los filósofos) del Derecho tienen su reflejo en la práctica jurídica, es decir, si los jueces, abogados, etc., operan en el Derecho de acuerdo con alguna (o con alguna combinación) de esas concepciones. En principio, parecería que tendría que ser así, aunque resulta también razonable pensar que las concepciones del Derecho de los prácticos no presentan el grado de articulación interna que cabe encontrar en las obras de los filósofos del Derecho.*”⁽¹⁵⁾

Esto es, hasta qué punto la Filosofía del Derecho no estará llevando sus especulaciones a un espacio demasiado distante, donde la discusión poco tiene que hacer con la realidad de quienes manejan el Derecho, sea en su función de abogado patrocinante ante los Tribunales, consultor empresarial, árbitro o juez. Es válido preguntarse si estos ¿Conocen suficientemente la teoría? Y, si ello fuera así. ¿Están en condiciones de aplicarlas al caso concreto?⁽¹⁶⁾

El razonamiento judicial, lo que para Friedman (citado por ATIENZA) es la práctica judicial de dar razones a las decisiones, es un elemento fundamental de la –por él llamada- *cultura jurídica interna* ⁽¹⁷⁾, en base a la cual puede presentarse una tipología de los sistemas jurídicos. Esta tipología, los divide en cerrados y abiertos, según sea que las “proposiciones del derecho” se consideren las premisas del sistema, actuando como límites entre lo que puede o no ser calificado de “jurídico”. El cerrado se constriñe a la existencia de tales proposiciones, mientras que los abiertos, se permiten tomar en cuenta otras consideraciones, como p.ej. el respeto a las costumbres del lugar, un marco normativo supranacional, etc. Pero, en la calificación final de los sistemas, también deberá tenerse en cuenta cuán dispuesto se está a aceptar la innovación en el Derecho (esto es, la posibilidad de que surja nuevo Derecho), así resultarán cuatro subtipos de sistemas jurídicos: Cerrados que rechazan la innovación (caso del Derecho judío clásico); cerrado que admiten la innovación (*common law* desde el el siglo XI, los derechos codificados del *civil law* continental); abiertos que no admiten la innovación (Derechos consuetudinarios); y, abiertos que aceptan la innovación (como el Derecho del *welfare state*). Pudiendo decirse que serán los cerrados que admiten innovación y

¹⁵. ATIENZA, Manuel. *Op.cit.*, p.21.

¹⁶. Sucede en quienes de alguna manera hemos tenido la labor de enseñar en universidades privadas, la gran distancia que puede haber entre la teoría pedagógica y el aula en concreto. ¿cuánto de ello es llevado a la práctica? ¿cuánto de intuición se pone en juego? ¿cuál es la mejor técnica aplicable? Son preguntas que muchas veces quedan sin responder.

¹⁷. La de los prácticos del Derecho, es decir de aquellos que se dedicaban a realizar tareas jurídicas dentro de la sociedad, opuesta a la *cultura jurídica externa* que eran las ideas generalizadas en la población sobre lo que era el Derecho.

los abiertos que también la admiten, los que alcanzan mayor evolución.⁽¹⁸⁾

Como viene dicho, para ATIENZA⁽¹⁹⁾, las concepciones más características del siglo XX no han conseguido expresar la visión del Derecho como Argumentación. Así, frente al formalismo jurídico ⁽²⁰⁾ y su “*concepción cerrada, estática e insular del Derecho, se necesitaría una más abierta y dinámica. El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social (...). Sin embargo, la apertura del Derecho tiene que tener un límite; tiene que haber ciertas señas de identidad del derecho (y del razonamiento jurídico) que lo distinga de otros elementos de la realidad social (...) podría decirse que el razonamiento jurídico tiene que estar mínima “cerrado”.*”

Frente al positivismo normativista ⁽²¹⁾, “*quizás lo más importantes sea comprender que el Derecho no puede verse simplemente como un objeto de estudio, como una realidad que simplemente está ahí afuera, lista para ser descrita. (...) La función del teórico del Derecho no puede limitarse a describir lo que hay; lo esencial es más bien un propósito de mejora de esa práctica, de mejora del Derecho.*”

Como se verá, se trata de la presentación en sí misma lógica de una teoría que busca “redescubrir” el sentido racional del Derecho. Pero, no como una imposición vertical, sino como producto de la sociedad (realidad) a la que responde. Su sustento social es importantísimo, los meros formalismos, las imposiciones que no mantengan una racionalidad interna y externa no deben ser aceptadas.

Atender a la Teoría del Derecho como argumentación, finalmente, nos pone en condiciones de ensayar una explicación consistente del fenómeno jurídico, puesto que, dicha teoría busca otorgar al especialista las herramientas necesarias para aprehender y aplicarlo, además es claro que no reniega de los elementos básicos de las teorías predominantes actualmente. Como lo señala ATIENZA, las fronteras entre las diferentes concepciones del derecho parecen haberse desvanecido, de las tesis de Dworkin y otros

¹⁸. Cfr. ATIENZA, Manuel. *Op.cit.* pp. 21-24. Como lo expresa el autor, la confirmación de lo dicho exigiría llevar adelante una investigación empírica que cuantifique y califique las diferencias existentes entre los diversos profesionales del Derecho dentro de los sistemas jurídicos examinados. Sin embargo, hay signos evidentes de diferencias, que se admiten como validación de lo dicho. Estas son: “*La cultura jurídica norteamericana (interna y externa) es mucho menos formalista que la de los países de Derecho continental y, en especial, que la española y la de los países latinoamericanos.*” “*que la cultura jurídica norteamericana (...) propende más bien hacia el realismo y no sienta un particular rechazo por el iusnaturalismo. (...) Así se explica, por ejemplo, la escasa influencia de Kelsen en la cultura jurídica norteamericana; o el surgimiento de teorías como la de Dworkin que, obviamente, obedece al modelo de considerar el derecho como “razón”.*” Existe en nuestro medio cada vez un mayor interés por las ideas de Dworkin, incluso en el Programa de Formación de Aspirantes la Magistratura, forman parte de los materiales de enseñanzas sus lecturas.

¹⁹. Cfr. ATIENZA, Manuel. *Op.cit.* pp. 52-56.

²⁰. Donde lo que prevalece son las reglas, que funcionan como premisas, frente a las cuales el aplicador no tiene necesidad de indagar las razones, pues asume que están incorporadas en las mismas reglas, a su vez, en la interpretación de la norma llevan adelante una tarea de deducción lógica.

²¹. Con sus extremos en KELSEN y HART, respectivamente, y una zona intermedia con ALCHOURRÓN y BULYGIN. Kelsen defendió el Derecho como técnica de control social, como un objeto a ser conocido, la justicia como un ideal irracional, la imposibilidad de justificar racionalmente las decisiones jurídicas. Hart, más bien acercó el positivismo a la teoría de la argumentación, pues defendió la tesis de la discrecionalidad judicial, donde sus decisiones no pueden verse predeterminadas por el Derecho.

clásicos contemporáneos McCormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli, extrae las bases de la tesis del Derecho como argumentación⁽²²⁾, las cuales serían:

- La importancia dentro de la estructura y funcionamiento del sistema jurídico.
- El rol de las normas en el razonamiento práctico, vale decir, que las normas no son sólo estructuras lógicas, sino que su destino es servir en la vida diaria de las personas.
- El Derecho es dinámica dentro de una práctica social compleja (donde juegan normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.).
- La importancia que se le asigna a la labor interpretativa.
- La validez de las normas se da por el respeto de los principios y derechos establecidos en la Constitución.
- El sometimiento de la actuación judicial al respeto de la Constitución.
- El Derecho y la moral están conectados.
- La integración entre Derecho, la moral y la política.
- La razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica. La actividad del jurista está guiada por la pretensión de alcanzar la justicia.
- La necesidad de justificar racionalmente las decisiones, necesaria para la vigencia de una sociedad democrática.
- La existencia de criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que le dan racionalidad a la práctica de la justificación de las decisiones, lo cual es diferente de plantear la existencia de una respuesta correcta para cada caso.

2) El realismo jurídico:

Las escuelas del *realismo jurídico* han demostrado como en las decisiones judiciales tanto los hechos y criterios adoptados como las motivaciones, responden a los intereses y a las expectativas actuales de las partes y de todos los que directa, o indirectamente, se ven involucrados en los procesos judiciales, es decir, el público en general, cuya comprensión y aprobación es necesaria para que el tribunal legitime sus decisiones en el presente, buscando quizás en cada caso un equilibrio reflexivo entre las pretensiones en conflicto.⁽²³⁾

El Realismo Jurídico se desarrolla en los Estados Unidos de Norteamérica, tratándose de un poderoso movimiento intelectual gestado en las décadas de 1920 y 1930, surgiendo como una respuesta a lo que entendían una forma estática de pensar el fenómeno jurídico, DWORIN explica como los propulsores del realismo “sostenían que la doctrina tradicional se había equivocado porque había adoptado un enfoque doctrinario de la jurisprudencia, intentando describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en su decisión. Ello es un error, sostenían los realistas, porque en realidad los jueces deciden los casos de acuerdo a sus propios gustos políticos o morales y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada. Los realistas pedían un enfoque “científico” que estableciera más bien lo que los jueces hacen que lo que dicen, y cuál es el impacto que tienen sus decisiones sobre la comunidad como tal.”⁽²⁴⁾

²². ATIENZA, Manuel. *Op.cit.*, pp.55-56.

²³. DE ZAN, *Op.cit.* p. 125.

²⁴. DWORIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 46.

Es claro que, sin llegar a ser del todo determinante es imposible que un Juez se desligue de toda la carga emotiva que puede llevar dentro y que, eventualmente influya en su decisión final. Lo que, finalmente, pretendieron poner en evidencia los “realistas” fue que, más allá de la especulación de laboratorio el derecho era experiencia, una mezcla de vivencias, vistas de ángulos diferentes, desde la perspectiva de los varios intervinientes: el interprete-aplicador (el Juez), las partes (pretensores, quienes se reclaman titulares de derechos subjetivos o situaciones jurídicas subjetivas) y la sociedad o comunidad. Esta última parte parece ser obviada por nuestros administradores locales, olvidando las implicancias socio-económicas que, potencialmente, pueden derivar de sus sentencias. En algunas materias es notoria esta influencia, piénsese cómo dentro de una economía de mercado se da el crecimiento de ciertos sectores bajo la exigencia de la demanda, es el caso del inmobiliario, donde los ofertantes requieren encontrar más terrenos que transformar en multiviviendas. Cuánto puede influir la demora de un proceso judicial de desalojo que pudiere involucrar los intereses de determinado grupo de familias que, no obstante vivir hacinadas en él, no tienen otro lugar donde ir a vivir, cómo –finalmente- puede llegar a ser determinante una decisión judicial que valore el aspecto social por encima del económico, pudiendo –eventualmente- amparar la pretensión de permanencia otorgándolo mérito probatorio a un documento a todas luces irrito ⁽²⁵⁾

Ciertamente, la norma jurídica es expresión de la existencia de un orden (Estado) y de la coacción. Pero estas normas son dadas para actuar en un medio real, muchas veces determinando el futuro de la vida de un número indeterminado de personas. Así, *“la forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio pertenece en teoría al Estado como institución, y que puede servirse de la fuerza física. Pero de hecho las prácticas y los discursos jurídicos son en realidad el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: por una parte por las relaciones de fuerza que le confiere su estructura (...), y por otra por la lógica interna de los textos jurídicos [y de su interpretación] que delimitan en cada momento el espacio de lo posible, o de las soluciones propiamente jurídicas”*. ²⁶

Al final llevando lo aprendido en las aulas a la práctica, nos vemos expuestos a una realidad que no nos explicaron. Poco o nada se nos dijo acerca de cómo enfrentar el caso concreto, no sólo en su expresión de subsunción teórica de cuanto aprendimos, sino de cómo hacer frente al juego de poderes e intereses, que en muchos casos termina desviando la “justicia” al lado de mayor poder (político, económico, etc.) por tanto, la jurisprudencia que es el Derecho práctico, no puede ser considerada como un producto incuestionable del saber jurídico, hay demasiado en juego para cegarse ante lo que ocurre en la realidad.⁽²⁷⁾

²⁵. En un caso que lleva no menos de tres años discutiéndose en un Juzgado Mixto de Villa el Salvador, los legítimos intereses de una empresa a disfrutar del total del bien comprado, se ven frustrados por la actuación “sobreprotectora” del Juzgado, quien sucesivamente (en dos sentencias) da pleno mérito a la copia (ilegible, por cierto) de una promesa de compra-venta, no suscrita por la demandante, sino por su esposo, antes de casarse, quien al no poder honrar su deuda, optó por darlo por concluido por mutuo disenso. Estamos frente a los efectos perniciosos de la actuación del aplicador del derecho, quien, probablemente, esté asumiendo que debe evitar una injusticia.

²⁶. BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao: Desclée de Bouver, 2001, pp. 165 y ss, citado por DE ZAN, Op.cit. p. 125.

²⁷. En este extremo, resulta imprescindible coincidir con BOURDIEU, quien plantea la necesidad del análisis de los juegos de poder entre los distintos actores del campo jurídico, esto es, tomar en cuenta, las relaciones jerárquicas de los jueces con los tribunales superiores (el tipo: subordinación jerárquica

A no dudarlo el realismo contribuyó a mejorar el análisis del Derecho.

3) El orden espontáneo⁽²⁸⁾:

El positivismo está lejos de haber concluido sus días como teoría vigente, toda la experiencia social se desarrolla en función a estar bajo un orden positivo. Por lo menos esa es la percepción del común de los ciudadanos de este país y de aquellos que ejercen el poder, quienes por cierto no les dejan mucho margen para la duda. Por eso es pertinente la opinión de aquellos que sostienen que, lamentablemente, el derecho ha sido reducido a su identificación con la ley positiva, la masificación tomó al derecho. “*Se legisla cada vez más (...). Las cifras son verdaderamente astronómicas si contamos los decretos que emanan del Poder Ejecutivo, de los Gobiernos Regionales, Locales y de los organismos públicos autónomos. El poder legiferante del Poder Legislativo es hoy en día una parodia del pasado.*”⁽²⁹⁾

Una legislación cada vez más especializada, complicada desde el Estado, apreciada en las universidades desde un punto netamente “financiero”, donde la competencia entre

encubierta bajo la forma del “favor con favor se paga”); los juegos estratégicos entre los abogados, los poderosos estudios jurídicos y el peso relativo de sus clientes; la autoridad de los juristas académicos, administradores del poder simbólico de la doctrina y la interpretación autorizada del derecho; la influencia de los políticos y de los legisladores; la presión de los medios de comunicación apresados en condenar sin juicio previo, si lo demanda el rating. Todo esto explica porque la jurisprudencia (no sólo la judicial sino, también, la administrativa) y las decisiones judiciales, son la resultante de una interacción (bastante mejor organizada de lo que suponemos o queremos) de esas fuerzas. Su posición resulta lúcida y recurre a la realidad, sosteniendo que: “*El campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho a decir lo que es derecho (...) por la competencia, socialmente reconocida, de interpretar un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social (...) La concurrencia por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados contribuye a profundizar el corte social entre legos y profesionales (...) Los productores de leyes deben contar siempre con las reacciones o la resistencia de la corporación jurídica y de los expertos judiciales que pueden poner todo su potencial al servicio de los intereses de algunas categorías de su clientela y organizar todas las estrategias para anular los efectos de la ley. La significación práctica de las leyes no se determina realmente sino en la confrontación entre diferentes cuerpos impulsados por intereses específicos divergentes (...) y en función sobre todo de su posición en la jerarquía interna de estos cuerpos, que se corresponde siempre, bastante estrechamente, con la posición de su clientela en la jerarquía social* BOURDIEU, *Op.cit.*, pp. 169 y 176, en DE ZAN, *Ibid.*

²⁸. Explicar los procesos por los cuales el ser humano abandona su natural tendencia al egoísmo o sin abandonarla del todo, pueden darse estados de desarrollo que involucren a todo el grupo, ha sido la preocupación de la economía desde su formación. Una de las formas que mejor ayuda está dada por la “Teoría del Orden Espontáneo”, cuya historia se remonta a “La fábula de las Abejas” de Bernard de Mandeville (de cómo el egoísmo puede generar beneficios para el grupo), ocupándose de esta teoría David Hume (de la racionalidad de la conducta humana conforme con las reglas) y Adam Smith (“la mano invisible”: el mercado). Cfr. SEUMEREN, Jacco A. van. *El Orden Espontáneo y la Teoría de la Evolución Cultural en Hayek*, versión electrónica: <http://fce.ufm.edu/Publicaciones/LaissezFaire/15/orden%20espontaneo.pdf>. Como explica HERNANDO NIETO, Mandeville establece como “*eran justamente los vicios privados los que habían producido la riqueza de Inglaterra y que eran además estos vicios (...) los que habían coadyuvado al engrandecimiento comercial (...)*”. HERNANDO NIETO, Eduardo. *Deconstruyendo la legalidad (Ensayos de teoría legal y teoría política)*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 154. Al final, qué hubiera sido de Inglaterra o de España de haber triunfado la virtud. En la espontaneidad el ser humano va buscando y encontrando las reglas que lo gobiernan.

²⁹. NÚÑEZ RAMOS, Carlos. *Codificación, Tecnología y Postmodernidad (La muerte de un paradigma)*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 44.

ellas es ahora de por quien elabora la currícula que mejor responda a las exigencias del mercado, con “especialidad” que sepa responder a él, por su precisión y atracción.

Así, valdría cuestionarse si están aún los viejos adagios medievales del *ignorantia iuris non excusat* (nadie puede excusar su actuar en la ignorancia del derecho) y *nemo ius ignorare censetur* (la ignorancia del derecho no exime su cumplimiento) pues parece que no tienen ahora mucho sentido. ¿Quién puede alardear de que conoce todas las normas del ordenamiento legal.⁽³⁰⁾

La burocratización del Derecho, producto de la “inflación legal”, origina una desconexión al interior del sistema legal, complicando en extremo la interpretación (la misma que se torna incompleta) y aplicación del Derecho. Mantenerse al día en los cambios normativos es imposible, debemos esperar pacientemente que se emitan los Textos Únicos Ordenados que reúnen la dispersa legislación sustitutoria, ampliatoria y modificada publicada con posterioridad a la dación de una ley.

Lo cual lleva a una consecuencia inevitable:

Que, el ciudadano común y corriente se vea limitado, hasta imposibilitado, de desarrollar derechos que le son propios, encontrando regulaciones excesivas, complejas, contradictorias y variables. Que no identifica como propias, es más las rechaza y evita. Unas veces el camino que elige es de directa rebelión, elude el ordenamiento legal, evade la norma, desarrolla sus actividades al margen del sistema, para el que no existe. Otras, se desenvuelve al filo del sistema, utilizando lo que le es útil, desechando lo que no le sirve. A veces, decide crear sus propias salidas, no necesariamente opuestas al sistema, pero tampoco tomadas en cuenta por él, lo cual no le evita mantenerse en constante estado de inseguridad.

Si el derecho es esencialmente orden, en tanto “*estado de cosas en el cual una multitud de elementos de diversa especie se relacionan entre sí de tal modo que el conocimiento de una parte espacial o temporal del conjunto permite formular, acerca del resto, expectativas adecuadas o que, por lo menos, gocen de una elevada probabilidad de resultar ciertas.*”⁽³¹⁾ Debe cuestionarse la realidad observada, que nos aleja cada vez más de un auténtico desarrollo. Vivir en sociedad nos exige cooperación y participación, a la vez que nuestras expectativas de vida coincidan con la realidad. Si en ésta se impone un orden que no respetamos y cuya legitimidad cuestionamos, alcanzar lo que esperamos pasa por o inventarnos la mejor forma de servirnos del sistema, o por inventarnos formas paralelas al sistema. Nuestra actividad debe orientarse a seleccionar, como bien dice HAYEK, las normas capaces de inducirnos a comportarnos según esquemas compatibles con la convivencia social, que parta de respetar las circunstancias particulares del individuo que conoce y en base a las cuales reacciona favorablemente, conformándose un orden general, identificar las propiedades coincidentes es lo que está por hacerse⁽³²⁾.

³⁰. El profesor NÚÑEZ RAMOS, trae a colación Luis DIEZ-PICAZO preguntaba: “¿Cuál es la proporción del ordenamiento que se conoce?”, él sostenía que luego de 30 años de estudios, solo llegó a conocer el 11% del sistema legal español. Y eso, siendo DIEZ-PICAZO.

³¹. HAYEK, Friedrich: *Derecho, Legislación y Libertad (Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política)*. Madrid: Unión Editoria, 1985, p. 76.

³². HAYEK, op.cit. pp. 90-91.

Frente al orden codificado, positivista, surgió hace un tiempo, bastante largo⁽³³⁾, el orden espontáneo, cuyos orígenes se remontan al *common law* inglés, donde fue encontrando fuerza la idea de la existencia de derechos que debían ser respetados incluso por el rey, no porque fueran imposiciones humanas o por simple autoridad, sino porque tales actuaciones eran conocidas como formas válidas de solución de situaciones conflictivas, y ese reconocimiento había sido recibido de los antiguos como costumbre.

En el *common law* inglés, para el antiguo derecho inglés importaba la solución dada al caso concreto, el Derecho fueron las normas asentadas a través del tiempo y recogidas por fallos judiciales que resolvían conflictos individuales.

De forma que, la “espontaneidad inglesa”, estuvo organizada, ordenada y constituida por el conjunto de normas generales por las que se resolvían conflictos individuales y se elaboraron a partir de la reiterada resolución judicial de casos o cuestiones similares⁽³⁴⁾.

La idea de un orden jurídico espontáneo está relacionada directa e ineludiblemente con la idea de propiedad privada y libertad individual; se asume como consecuencia del

³³. “Ordinariamente se suele considerar a la Carta Magna (1215) como la base del sistema legal y constitucional inglés, y el primer documento de importancia que sancionó los derechos individuales. En ella encuentran su fuente la mayoría de las garantías contenidas en la Constitución norteamericana, de la cual fueron tomadas por la nuestra Sin embargo, la Carta fue en gran medida sólo el reconocimiento real de un derecho ya elaborado y vigente en el reino desde tiempos a los que es difícil remontarse. Ello se advierte en sus frecuentes remisiones a costumbres y normas ya existentes, no surgidas de una imposición estatal, sino de una evolución espontánea. Por ejemplo, tanto el artículo 39 de la Carta Magna como el 31 de los Artículos de los Barones, firmado ese mismo año, consagra el derecho de los comerciantes a comprar y vender, y trasladarse, entrar y salir de Inglaterra sin verse sometidos a ninguna injusta exacción, “de acuerdo con las antiguas y justas costumbres” (Artículos de los Barones) o “según las costumbres antiguas y permitidas” (Carta Magna).” ROJAS, Ricardo. *El orden jurídico espontáneo* en Revista Libertas N° 13, Octubre de 1990, versión electrónica: http://eseade.edu.ar/servicios/Libertas/32_5_Rojas.pdf (revisada el 8.07.2008).

³⁴. Si sabemos que el Estado a través de las normas legales debe proporcionar las reglas de juego que incentiven una eficiente asignación de recursos, es pertinente preguntarse por las razones de que en países como el nuestro las leyes se desobedezcan, a pesar de ser claras sus consecuencias. Una respuesta puede estar en desviaciones al sistema de la Economía Social de Mercado, asumiendo la variante mercantilista, donde el derecho se convierte en un instrumento de asignación de privilegios. ¿Por qué? Como una caricatura, tenemos un proceso de generación de normas “de escritorio”, donde prima “el lobbismo”, la coordinación con los grupos de poder, los cuales buscan satisfacer sus propios intereses a través de la producción del Derecho. El resultado es, un conjunto de normas legales, generalmente, divorciadas de la realidad, imponiendo los costos de la formalidad, induciendo la informalidad por lo engorroso de los trámites y reglamentaciones absurdas, y que a pesar del financiamiento de muchas reformas administrativas no hay cambios. El derecho se reduce a minorías, para los pocos que puedan cumplirlas. Es decir, el estado mercantilista da lugar a un sistema legal que promueve la exclusión económica. Todo esto acarrea discriminación de la cual se deriva un descontento social. Descontento que se materializa en la desobediencia de la ley. Ciertamente, la culpa no es está en el mercado.

Un sistema legal ineficiente y por tanto de poca aplicabilidad, es consecuencia de no haberse adoptado como insumo normativo los consensos sociales, las costumbres, las prácticas sociales legitimadas por el uso y las soluciones espontáneas. Al contrario, colisiona con ellas.

En pocas palabras, se contraponen con el derecho espontáneo. Que, no por espontáneo será informal. La búsqueda de eliminar los costos de transacción debe tomar en cuenta esta espontaneidad.

La eficiencia del derecho espontáneo está dado por su capacidad de expresar la legitimidad de determinados usos, que se han adoptado dentro de los grupos sociales, como mecanismos de reacción ante problemas comunes originados por los altos costos que involucra cumplir la ley (mercantilista).

respeto a los derechos y como el sistema de organización jurídica más coherente con ellos.

La certidumbre en el orden espontáneo está dada por los principios básicos del derecho natural reconocidos en sus inicios y convertidos en normas Consuetudinarias que, como se dijo, son tomados en cuenta al resolver las controversias, derivadas de las relaciones interindividuales, propias de la libertad.

La costumbre resulta, en muchos casos, más estable que las leyes y códigos, cuya vida depende casi por completo del Gobierno de turno, o de Ministerios que pudieren considerarlos desfasados. El carácter normativo de los precedentes en el *common law* resulta del principio del *stare decisis*, conforme con el cual los jueces deben resolver sus casos siguiendo los principios elaborados en las decisiones de otros jueces de mayor jerarquía de la misma jurisdicción, en tanto exista una identidad de tal magnitud que los asimile a esos efectos.

El ser humano necesita libertad para tomar decisiones, y tener la posibilidad de disponer y aprovechar el producto de sus decisiones correctas; en general, su vida depende de que pueda elegir. Cuando contrata, se relaciona efectivamente con sus semejantes. El Estado debe preocuparse por diseñar mecanismos que garanticen las mejores condiciones para que realicen dichos contratos, prediciendo soluciones ante posibles incumplimientos. Evitar controlarlas en exceso o ponerles trabas burocráticas.

La complejidad de las sociedades permite la convivencia en su interior de múltiples grupos, cada cual reclama del Estado las normas que mejor regulen sus actividades. Es claro que el orden espontáneo debe preocuparse de este pluralismo, siendo necesario que aquél esté marcado por la apertura y la flexibilidad, para responder a las exigencias de grupos distintos con altas dosis de autonomía, donde consuetudinariamente tienen su propio sentido de solución de conflictos, basado en la participación de las personas o grupos implicados.

La sociedad peruana del siglo XXI participa de esta complejidad, aunque su actual configuración se fue forjando desde mediados del siglo XX, su desborde fue analizado en la década de los ochentas por escritos que trascendieron en el tiempo, como el Otro Sendero de Hernando de Soto y Desborde Popular de Matos Mar, los cuales coincidieron en afirmar la falta de respuesta oficial a los problemas sociales de su tiempo, proponiendo cada cual su alternativa de lo que podía ser la solución. El tiempo pasó, los problemas fueron transformándose en la misma proporción en que el sistema económico cambio, con él el orden legal; sin embargo, la comunidad percibe que el abismo sigue ahí, que no coinciden muchas veces Estado y Sociedad Civil. A todo lo cual, incluso aún no tenemos una auténtica percepción de si existe una o muchas sociedades civiles al interior del país.

Lima, “*es hoy una megalópolis mestiza de ocho millones de personas*” nos recuerda GAGO PRIALÉ⁽³⁵⁾, compuesta por una mayoría mestiza distribuida en polos de desarrollo que han demostrado un extraordinario poder para imponer costumbres que, son el

³⁵. GAGO PRIALÉ, Horacio. *Sociedad Espontánea y Derecho. Cómo la Teoría Jurídica de Joaquín Costa puede explicar la nueva sociedad urbana y mestiza de Lima*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2000, p. 187.

resultado de un proceso igualmente mestizo. Constatación que será importante retomar en la determinación del concepto de consumidor.

Para GAGO PRIALÉ, del “*caso limeño emerge el concepto de sociedad espontánea*”⁽³⁶⁾, en tanto que ella, en palabras del mismo autor,

“no es otra que la sociedad mestiza, diversa y urbana que caracteriza el presente en las naciones andinas y que se halla conformada por una renovada e inmensa diversidad de grupos y actores sociales (...) En el Perú (...) es la que dibuja con complejidad el conjunto de asentamientos humanos, clubes de madres, comités de transporte, asociaciones de vecinos, comités de autodefensa, asociaciones de vivienda, etc., los que a diferencia de los grupos propios de la sociedad conservadora o tradicional, vienen respaldando su acción y vida jurídica en la libertad civil y la costumbre, y no en el Estado legalista.”⁽³⁷⁾

Comentemos:

La sociedad mestiza de Lima se vio en la urgencia de afrontar su existencia al margen de la presencia del Estado. Los migrantes que arribaron a los arenales en la mitad del siglo XX no esperaron del Estado mas cosa que los dejaran ocupar esos terrenos, a cargo de ellos quedó la responsabilidad de organizarse y establecer las reglas que gobernarían su vida en comunidad. Tal organización ha sido un proceso que tomó décadas, al final este mestizaje se logró imponer porque consiguió aquello que jamás tuvo la “sociedad conservadora o tradicional”, su cohesión. Situación que primó paradójicamente a pesar de la diversidad, producto de la dispar distribución de los pobladores que fueron instalándose en las grandes urbes.

El derecho no supo en su momento afrontar esta dinámica, fue superado, el fenómeno de la informalidad que todos conocemos grafica este fenómeno, estos nuevos espacios fueron construidos “*con una normatividad surgida de abajo arriba promovida por una vitalidad social apurada por la ausencia de mecanismos legales que hagan viable el desarrollo social.*”⁽³⁸⁾ Formas aceptadas por el grupo de posesión, cumplimiento de contratos, organizaciones espontáneas asociativas y de “empresa”, todas desarrollándose en un circuito desconocido para el Estado. Pero que, quien sin embargo, cuando el Estado reacciona contra ellos lo hace ejerciendo represión, violencia, agravándose la distancia.

Todos conocemos la manera como se fue creciendo nuestra ciudad y como fueron cambiando las denominaciones a los asentamientos humanos según el parecer de la administración de turno, como recuerda Gago en su momento se les llamó barriadas, barrios marginales, urbanizaciones populares y pueblos jóvenes⁽³⁹⁾. Siendo claro que su crecimiento fue espontáneo y adecuadamente organizado, sustentándose en la ocupación muchas veces violenta que terminó en el reconocimiento por el sistema formal, luego de una larga y penosa lucha. Es sorprendente observar p.ej. la experiencia colectiva de lo que fue el asentamiento de un grupo de personas en un desierto al sur de Lima que llegó a convertirse en lo que hoy es Villa el Salvador.

³⁶. *Ibid.*, p. 188.

³⁷. *Ibid.*

³⁸. *Ibid.*, p. 195.

³⁹. *Ibid.*, p. 199.

Otro caso propio de la sociedad espontánea es el comercio paralelo o informal, llamado ambulatorio por clara referencia a *“una antigua tradición de las capas bajas limeñas coloniales que se dedicaban al comercio minorista de modo ambulatorio.”*⁽⁴⁰⁾ Es justo señalar que la legalidad contribuyó a la prosperidad de alguno de estos comerciantes ambulantes, quienes pueden ahora vanagloriarse de su origen espontáneo ⁽⁴¹⁾.

El Derecho en el orden espontáneo, es un derecho abierto, a decir de Joaquín COSTA, citado por GAGO⁽⁴²⁾ es el orden de la libre condicionalidad. Es decir, pone de manifiesto que realizar la virtud de la justicia es ante todo una consecuencia del ejercicio de la libertad. Será la libertad civil la que hará efectivo el logro de los fines del derecho, pues ella *“es la actuación libre concreta, que determina en muchos casos lo jurídico en una solución.”*⁽⁴³⁾ Es decir, alcanzar la solución justa para el caso concreto.

Cuando el hombre en base a su necesaria socialización se agrupa, crea lo que se conoce como “cuerpos intermedios”, al ubicarse entre el Estado y el individuo, estos recogen el Orden Natural del cual dimana el derecho. La existencia de estos “cuerpos intermedios” se relaciona estrechamente con la subsidiariedad, entendida como la justificación del Estado en la medida que éste *“tiene su razón de ser sólo y en realice lo que los miembros de cada grupo no quieran o no puedan.”*⁽⁴⁴⁾ De esta manera el Estado respeta la iniciativa o competencia del grupo, la complementa, incluso vela por su mejoramiento, justificándose su intervención cuando, por su naturaleza la prestación no esté al alcance, sea porque carecen de los medios adecuados o su implementación resulta excesivamente onerosa.

El Derecho, en el pensamiento de Costa, se expresa jurídicamente a través de la costumbre, esta es el producto de la constante repetición de soluciones dadas (usos) por sujetos individuales que se interrelacionan entre sí. Estos hechos son jurídicos, su aceptación como las soluciones más adecuadas les da la fuerza de Derecho y así son aceptadas por otras organizaciones.

Como vemos, puede coincidir con Gago en que la teoría que mejor explicaría lo que sucede al interior de sociedades como la nuestra, es la del orden espontáneo, toda vez que los grupos integrados por los migrantes, sus descendientes, en general lo mestizo ha sabido generar su propio Derecho, el cual en un proceso de “abajo arriba” terminó imponiéndose al Derecho únicamente basado en la existencia previa de normas legales.

El conocimiento de esta supuesta espontaneidad permite indagar las razones del funcionamiento de la sociedad “a pesar” de la insistencia del legislador y de los gobernantes de creer que perciben correctamente las tendencias, preferencias y

⁴⁰. *Ibid.*, p. 205.

⁴¹. Caso conocido es el de los comerciantes ambulantes que invadieron el cruce de las avenidas Uruguay y Garcilaso de la Vega en el Centro de Lima que, obligados por la administración municipal terminaron ocupando los locales de una Galería cercana, la cual con el paso del tiempo y gracias a los misterios de la mercadotecnia terminó convirtiéndose en el centro obligado de la comercialización de todo lo relación a cómputo.

⁴². COSTA, Joaquín, *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, Biblioteca Jurídica de autores españoles, Vol. 7, 1880, p. 32 y ss; citado por GAGO PRIALÉ, Horacio, *Op. Cit.* p. 216.

⁴³. *Ibid.* pp. 217-218.

⁴⁴. *Ibid.* p. 222.

preocupaciones del poblador común, traduciendo tales percepciones en sus políticas económicas. Cualquier sujeto que participe con regularidad en el mercado, notará que “verdadera economía” ha desarrollado sus propios canales de comercialización, que el consumidor promedio que asiste a dicho mercado, conoce el juego y lo lleva adelante asumiendo parte del riesgo de perder. Sabe que si su decisión está basada en el ahorro, la calidad del producto no será de primera y, si además, por la transacción no le es entregado el comprobante de pago “oficial”, es muy probable que se opere una internalización de los costos de esta llamada informalidad.

Pero, no puede decirse que los proveedores en este “verdadero mercado” fueran seres inescrupulosos, dispuestos a aprovecharse de las necesidades de sus consumidores, diríamos, mas bien que los cánones con que se manejan buscan de todos modos la “fidelización” del cliente, ellos, mejor que los formales, hacen efectivas las garantías cambiando los productos defectuosos. Es que, muchas veces el enfoque académico olvida que en sustancia el mercado ha acompañado al ser humano desde siempre y la figura del proveedor en el mercado local nos es natural. Ahora hacemos exactamente lo mismo que hicieron nuestros antepasados cuando requerían cubrir sus necesidades, la variación está en que contamos con lugares donde se ha concentrado una gama de productos y servicios cuyos costos conexos nos son trasladados en gran parte y, otros emplazamientos donde asumimos mayores riesgos.

El orden espontáneo expresa muy bien el funcionamiento del libre mercado.

La sociedad que surge espontáneamente no debe servir de excusa para justificar la ilegalidad. Tomemos un pasaje de la exitosa novela de Roberto Saviano, quien describiendo los complejos circuitos de los que se vale la mafia napolitana para llegar a todos el mundo con prendas confeccionadas en los talleres clandestinos “adscritos” a los “clanes” y, cómo su poder económico y de control de la distribución, determina que las grandes marcas acepten su presencia en el mercado. Veamos:

“Por lo demás, los clanes no cometían delito alguno que destrozara la imagen de las firmas, sino que aprovechaban simplemente su filón publicitario y simbólico. Producían las prendas sin estropearlas, sin enturbiar la calidad o los modelos. Conseguían no hacer una competencia simbólica a las firmas, sino difundir cada vez más productos cuyos precios de mercado los habían vuelto prohibitivos para el gran público. Difundían la marca. Si ya casi nadie se pone las prendas, si acaban por verse solo en los cuerpos de las modelos de las pasarelas, el mercado se apaga lentamente y el prestigio se debilita.”⁽⁴⁵⁾

Estamos frente a la falacia de justificar el enriquecimiento de estos clanes a costa de denigrar el mercado, donde si se habla de espontaneidad (que no es tal) esta sería la salida que todo el contingente de trabajadores (con sus familias) y empresas intermedias tuvieron de funcionar al margen del Estado. Pero aquí no es que el Estado no exista (quien puede afirmar que en Italia el Estado condicione la informalidad) o que éste imponga condiciones de legalidad excesivas que impidan su participación legal en el mercado. Lo que pasó fue que, el negocio actual de la camorra es el tráfico ilegal, a la droga, prostitución y otras conocidas, se sumó otra más sutil, supuestamente menos

⁴⁵. SAVIANO, Roberto. *Gomorra*. México: Random House Mondadori S.A., 2007, p. 56.

agresiva el mercado global de las prendas de vestir, con especial énfasis en el tráfico de las marcas. Lo cual según datos proporcionados por SAVIANO representan “una facturación anual que rondaban los trescientos millones de euros para cada familia”(55), por ello, toda espontaneidad queda de lado, dando paso a un mercantilismo muy original, donde la legalidad no es negocio.

Si nos quedamos en nuestro país, solo mencionemos lo que sucede con el fenómeno de la “piratería” de software. Es tal su extensión que sostiene el gran negocio del suministro de computadoras, creemos que está directamente relacionada la reposición de equipos de cómputo, el éxito de muchas familias dedicadas a este negocio (que no necesariamente tienen especiales conocimientos tecnológicos, lo cual pudimos comprobar en el ejercicio profesional) con la posibilidad de utilizar programas piratas.

4) El “Estado Mínimo” de Nozick:

El pensamiento de Nozick discurre dialécticamente a lo largo de su exposición, siendo apresurado calificarlo de neoliberal (al margen de su uso puede implicar cierto desprecio a estas ideas, o no), asumiendo de esta manera su planteamiento libertario (es decir, no simplemente liberal). Encontramos un juego de ideas donde se discuten socialismo y liberalismo. Su cuestionamiento es constante, ello se aprecia desde que su teoría la presenta como una alternativa al conocido Estado “gendarme” “*de la teoría liberal clásica, esto es, aquél limitado a las funciones de protección de todos sus ciudadanos contra la violencia, el robo y el fraude y a la de hacer cumplir los contratos, etcétera (...)*”(46), a este Estado Nozick prefiere llamar “*Estado ultramínimo*” que monopoliza el uso de la fuerza, dejando estrechos márgenes para la autodefensa (defensa propia), ocupándose del control de qué es lo que se asume como daño y cómo debe ser compensado, exigiendo el sometimiento a su control. En sus palabras: “*Las personas que no contratan protección con el monopolio no obtienen protección.*” Es decir, el Estado mero administrador. Se muestra crítico de este esquema, afirma que defender al Estado gendarme es una contradicción en sí misma, puesto que siendo para él la función proteccionista la única legítima que puede aquél llevar adelante, cualquier otra será ilegítima pues implicarían la violación de derechos (47). Esta contradicción se aprecia, igualmente, en el “utilitarismo de los derechos” derivada por la finalidad buscada en dicho Estado, donde se pretende “*minimizar la cantidad (sopesada) de la violación de derechos en la sociedad y que debe perseguir este fin aun a través de medios que, por sí mismos, violan los derechos de las personas:*” (48) Un ejemplo de esta afirmación está dado por la posibilidad de asumir qué tan útil sería sacrificar (violar) los derechos de un sujeto determinado si con ello se logra calmar los reclamos de toda una comunidad. Lo cual podría derivar en una contradicción al imperativo categórico kantiano (ya que, la persona termina por convertirse en medio y no fin del derecho).

El punto de partida de la teoría del Estado Mínimo de Nozick está en la “*teoría del estado de la naturaleza*”, puesto que todos los derechos que “*posee el Estado son derechos que cada individuo ya tiene en el estado de naturaleza.*”(49). El asunto es que, sin que fuera premedita por algún sujeto que se atribuya su creación, al mejor estilo de

46. NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p.39

47. Cfr. *Ibid*, p 40.

48. *Ibid.*, p. 42

49. *Ibid.*, p.121.

Locke, las personas motivados por su propio interés y racionalidad, se congregan alrededor de “agencias de protección dominante sobre territorios” ⁽⁵⁰⁾, pudiendo haber varias, pero una de ellas prevalece (por ofrecer mejores soluciones, mejor garantías de protección, etc.). Las personas pasan, así del ejercicio arbitrario de la fuerza a “socializar” este poder, entregándolo a un ente distinto de ellos mismos, sometiéndose a su poder de árbitro, es la agencia la que conoce como solucionar los conflictos.

Se produce así un “*monopolio de facto*”, cuya explicación dada por Nozick es de “*mano invisible*”, lo cual permite entender el surgimiento del “*Estado mínimo*”, veamos: Monopolizar el poder sacrifica las posibilidades de autoprotección, lo cual está moralmente justificado. Pero, puede darse el caso en que este monopolio no responda a las expectativas de sus integrantes, sin embargo, a pesar de ello, dichas personas lo mantendrán vigente, pues saben que de no existir la alternativa es mucho peor.

Muestra de la dialéctica anotada se da en estas explicaciones, pues Nozick, se interroga si aquello que llevó a los individuos a “*contratar*” la protección que concluyó en el Estado (las razones de mano invisible) y, que este mismo Estado históricamente no derivó “*en un monstruo de Frankenstein que atacará a todos y no se mantendrá limitado a funciones mínimas, ¿no podría una población de anarquistas prudentemente abstenerse de iniciar este camino?*” ⁽⁵¹⁾. Es decir, podría o no sostenerse que la abstención es lo más prudente, o si ello pudo haber sido la conducta asumida por los sujetos fundantes de la sociedad. Es poco probable que ello hubiere sido una alternativa viable, la natural tendencia del hombre a sumar esfuerzos en procura de un fin común, lo habría llevado a adoptar formas asociativas “de protección”, al margen del desarrollo que pudiese tener el Estado en sí. Sin embargo, su respuesta de tomar en cuentas las especiales circunstancias psicológicas de ciertos grupos, que los lleve a tener reparos en la conformación de dichos grupos, debe agregar una “*cláusula específica*” que contemple su exclusión. “*Así: en un territorio que contenga individuos racionales, que estén dispuestos a usar la fuerza y a cooperar con otros y contratar con ellos...*” ⁽⁵²⁾

En cuanto a la necesaria contractualización de las voluntades individuales para formar la comunidad o gobierno (Locke), Nozick le ve muy poco sentido a extender la noción de “*contrato*” a estas acciones o conjunto de acciones individuales formativas ⁽⁵³⁾. Es comprensible ello, ya que la idea a la que remite el término (contrato) supone el ejercicio consciente de la voluntad, dominada por el fin perseguido. Lo posible fue que en aquél momento ninguno de los participantes tuviera el propósito de lograr los efectos de la comunidad. La aclaración no se contrapone a la evidencia de que hay una sinergia entre el Estado creado y los intereses en juego. En palabras de Nozick, “*(...) el Estado surge en forma tan gradual e imperceptible del estado de naturaleza que concibe Locke, sin ningún rompimiento grande o fundamental de la continuidad (...)*” ⁽⁵⁴⁾

El Estado requiere de legitimidad que le otorgue derechos especiales, lo cual cualifica a la agencia de protección como dominante ⁽⁵⁵⁾, por encima de cualquier otra. Esta

⁵⁰. *Ibid.*

⁵¹. *Ibid.*, pp 133, 144.

⁵². *Ibid.*, p.134.

⁵³. *Ibid.*, 135-136.

⁵⁴. *Ibid.*, p.136.

⁵⁵. *Ibid.*, p. 137.

legitimidad, p.ej. otorga el derecho de castigar al “malhechor” decidiendo al beneficiario y el monto de la indemnización.

Para Nozick, el “*Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar.*”⁽⁵⁶⁾ Únicamente reprimirá la violación de los derechos individuales, el robo o el fraude y castigará a los criminales o malhechores. Cualquiera más extenso “*viola los derechos de la persona.*”⁽⁵⁷⁾, esta intromisión extensa se produce vía la “*justicia distributiva*” (el reparto forzoso o redistribución promovida por Rawls), la cual es rechazada por Nozick⁽⁵⁸⁾.

La justicia distributiva no toma en cuenta otros factores que son más importantes que el resultado final de la distribución, como aquél que indaga por los merecimientos.⁽⁵⁹⁾ De ahí que, deba adoptarse otros principios, más acordes a “*principios históricos de justicia*”, como es el caso de los “*principios retributivos*”, no pautados (es decir, según su explicación terminológica, sería así porque no variará conforme a dimensiones naturales), como los de “*justicia retributiva*” (del tipo: a cada quien según su mérito moral, sus necesidades, su producto marginal, etc.). En la justicia retributiva la fuente de las pertenencias son múltiples y válidas, p.ej. una apuesta, una donación, un préstamos, los ingresos de la cónyuge, etc.

A Nozick lo que más le molesta en el concepto de reparto forzoso o de redistribución impuesta (por el que abogó tanto Rawls) es la postura instrumentalista del Estado quien, mediante el sistema fiscal, concibe al individuo como una fuente de ingresos. El liberalismo igualitario es así percibido como una auténtica estafa intelectual de la que participa la sociedad que la fomenta y que se nutre de ella, disfrazando de consideraciones altruistas su verdadero fin: la mercantilización del individuo.

Recurriendo al celebre ejemplo del basquetbolista Wilt Chamberlain (Wilt Chamberlain, un jugador de basquet de primera línea, atracción en la temporada, acuerda con su club -en las conocidas negociaciones entre temporadas- que veinticinco centavos del valor de la entrada por partido serán suyas. La asistencia masiva de los espectadores le genera, al final de la temporada, una recaudación que lo convierte en el jugador mejor pagado) y del empresario en una sociedad socialista, grafica cómo la libertad influye en las pautas, por ende, hace impracticable la justicia distributiva.

La elección libre fija que aquello que las partes convengan, generando sus propios alcances, vale plenamente. Lo que no lograría la justicia distributiva, pues en el mantenimiento de la pauta se realizaría una “*intervención continua en la vida de las personas.*”⁽⁶⁰⁾, esto es que, para procurar alcanzar la igualdad de la distribución, se le

⁵⁶. *Ibid.*, p.153.

⁵⁷. *Ibid.*

⁵⁸. “*No hay distribución central, ninguna persona o grupo facultado para controlar todos los recursos, que decida conjuntamente cómo deben repartirse*”. *Ibid.* En una sociedad libre -dice- el control de los recursos no está centrado en unos cuantos, “*diversas personas controlan recursos diferentes*” (*ibid.*), favoreciéndose del intercambio, a saber, voluntario, que genera nuevas pertenencias (por pertenencias se refiere a posesiones de las personas).

⁵⁹. *Ibid.*, p. 157.

⁶⁰. *Ibid.*, p. 166.

impondrán intercambios (necesarios). Los cuales serían incumplidos, pues a pesar de la imposición los sujetos estarían dispuestos a contrariarla “*por acciones voluntarias*”. (61)

En definitiva, los principios distributivos pautados tienden al individualismo egoísta, no dan a la gente el derecho a decidir la mejora de su entorno, incluso -señala- “*según tales opiniones, las familias son perturbadoras porque dentro de una familia ocurren transferencias que alteran la pauta distributiva favorecida*.”(62).

Demuestra Nozick que, la atención de quienes proponen los sistemas pautados de justicia distributiva está en normar las conductas, considerando cuáles son las razones atendibles para tal distribución, inciden más en quien recibe que en quien da. Se trata de una justicia receptiva, para cuya explicación el mismo Nozick no encuentra una razón (63). Será que, no toman en cuenta la libertad de quien considera que aquello que obtuvo fue gracias a su esfuerzo, teniendo el derecho de tomar, sobre sus pertenencias, las decisiones que mejor considere. Imponerle la pauta es, como se dijo, correr el riesgo de “*violación de los derechos de la persona*”.

¿Qué autoriza al Estado a imponer tributos que obliguen a un sujeto a distribuir parte de los ingresos que obtiene con su mayor trabajo? ¿Por qué si un sujeto decidió trabajar en el tiempo que pudo destinar al ocio, deba obligársele a compartir ese mayor ingreso?

Este tipo de cuestionamientos no se justifican sino en un Estado que considera los principios pautados de distribución incorporados en su estructura jurídica, permitiéndoles a los sujetos asumir que les corresponden reclamaciones sobre los beneficios sociales, conformado por la suma de los beneficios individuales. Es decir, un sujeto que se esfuerza trabajando más vería sacrificado parte de sus ingresos en beneficio de otros sujetos. Ello equivale a un “*trabajo forzado*” atenuado en la forma pero con fines equivalentes. En otras palabras, los individuos se convierten en medios del derecho y en fines. Por eso, NOZICK es concluyente: “*Los principios de estado final y la mayoría de los principios pautados de justicia distributiva instituyen la propiedad (parcial) de los otros sobre las personas, sus acciones y su trabajo. Estos principios suponen un cambio: de la noción liberal clásica de propiedad sobre uno mismo a una noción de derechos de (co)propiedad sobre otras personas*.”(64)

En la justicia retributiva que sostiene NOZICK, si hay margen para la rectificación de las conductas que se desvían de los principios de las pertenencias (adquisición y transferencia)(conductas violatorias de restricciones morales).

4.1) Los desacuerdos de NOZICK con la Teoría de RAWLS:

Las contribuciones de John RAWLS, con su Teoría de la Justicia, son objeto de análisis por NOZICK, quien no deja de reconocer el gran aporte que significó para la filosofía moral y política esta obra, al extremo de afirmar que a partir de ella “los filósofos

61. “Cualquier pauta de distribución con cualquier componente igualitario es derrocable por las acciones voluntarios de las personas en particular a lo largo del tiempo (...).” Ibid., p. 167.

62. Ibid., p. 169.

63. Ibid., p. 170.

64. Ibid., p. 174.

políticos tienen que trabajar según la teoría de RAWLS, o bien, explicar por qué no lo hacen” (65).

Como se sabe, Rawls plantea la tesis de la “*cooperación social*”, la cual sostiene lo siguiente:

Asumiendo que la sociedad es una asociación, más o menos autosuficiente, de personas que reconocen ciertas reglas de conducta que con carácter de obligatorias gobiernan sus relaciones interpersonales y que cuenta con el respeto de la mayoría. Suponiendo, además, que estas reglas precisan la existencia de un sistema de cooperación diseñando para promover el bien común, donde hay identidad de los intereses de todos los integrantes de la sociedad y estos entran en conflicto continuamente, pues a pesar de los intereses comunes cada quien tiene sus propios intereses, manteniéndose a la expectativa de quien recibe más y quien menos. Constatar lo anterior implica la necesidad de una serie de principios que permitan la elección de las mejores soluciones a los conflictos, la forma cómo dividirse las ventajas y permitan la suscripción de un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los propios de la “justicia social”, esto es aquellos que “proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.”(66)

Planteada así la teoría de RAWLS, NOZICK cuestiona la posibilidad de que siempre deba hablarse de justicia social en base a la cooperación, puesto que hay situaciones en las cuales puede faltar tal cooperación y no por ello las soluciones encontradas serían menos justas. En estos casos cada individuo merecerá lo que tiene sin ayuda por su propio esfuerzo (67), sin posibilidad de reclamar por las diferencias que pueda observarse. En consecuencia, en estos casos también se aplicará la justicia, solo que no distributiva sino retributiva.

Otros problemas propios de la cooperación social, según Nozick serían:

- 1) Cómo decidir qué parte corresponde a cada individuo.
- 2) De qué manera son aplicados los derechos individuales. Piénsese en la manera como suceden las relaciones al interior de una sociedad, como se dan los procesos productivos, la manera como se transforman las materias primas gracias al trabajo hasta llegar al consumidor final. En este marco de cooperación social, ¿Cuál es la tarea de la teoría de la justicia? ¿Asegurar el precio justo en las transacciones? Acaso, ¿los precios justos no atentan contra la libertad de intercambio? Evidentemente, si atentan, lo que los individuos exigen es un ambiente donde puedan concurrir sin restricciones en su libertad de comercio, siendo las partes concurrentes las que fijen los términos y condiciones del intercambio (68)

4.2) Cooperación y el “Principio de Diferencia”:

RAWLS imaginó una “*situación hipotética de opción*”, llamada por él: “*la posición original*”, donde los individuos, mutuamente desinteresados, escogen los primeros

65. *Ibid.*, p. 183.

66. RAWLS citado por NOZICK, *Op. Cit.* pp 183-184

67. *Ibid.*, p. 185.

68. *Cfr.*, p.186.

principios de una concepción de justicia que los regulará, donde ninguno conoce cual es su posición, clase, status, sus habilidades personales, fuerza, inteligencia, etc.” (69).

Dos principios se esbozan en la situación inicial, el primero de igualdad: En la repartición de derechos y deberes básicos; el segundo, de diferencia, que mantiene las desigualdades sociales y económicas. El problema de cómo enfrentar las diferencias, motivando a los individuos a cooperar es un asunto cuya propuesta de solución no convence a NOZICK, pues ciertamente, en tanto no se garantice a los “*menos dotados*” una mayor y mejor participación en los beneficios, gracias a su esfuerzo, el mismo que debería ser coordinado con los “*mejores dotados*”, es poco probable que los términos de la justicia social mejoren. De ahí que tal “*principio de diferencia*” ataca la neutralidad y simetría implicada en la cooperación social.

En cuanto a la premisa de la “*posición original*” “*detrás del velo de la ignorancia*”, por la cual los individuos ignoran su posición inicial, de manera que no supieran el “*tamaño del pastel social*” sobre el cual nadie tiene ningún derecho sobre alguna de sus porciones o que, aquello que requieren es proveído por la naturaleza, es improbable que los primeros supieran qué convenía elegir y se decidieran por el principio de diferencia de distribución, pero, tal principio no es el mejor para decidir la distribución de aquello que si es producido.

“Un procedimiento que funda principios de justicia distributiva sobre lo que acordarían personas racionales, que no saben nada sobre sí misma o de sus historias, garantiza que los principios de estado final sean tenidos como fundamentales. Tal vez algunos principios de justicia histórica sean derivables de los principios de estado final, tal y como los utilitaristas tratan de derivar derechos individuales, prohibiciones de castigar al inocente, etcétera, de su principio de estado final. (...) Pero ningún principio histórico, al parecer, podría ser acordado en primera instancia por la posición original de Rawls. Puesto que las personas que se reúnen tras un velo de ignorancia para decidir quién obtiene qué, sin conocer nada sobre ningún derecho especial que las personas pudieran tener, tratarán como maná del cielo cualquier cosa que deba distribuirse.” (70)

4.3) El sistema de libertad natural en Rawls:

En un sistema de libertad natural se sostiene que dada una distribución inicial del activo, regulada por arreglos implícitos en función a las capacidades, implicando, en el fondo, igual libertad y una economía de mercado libre. Su existencia requiere una igualdad formal de oportunidades, esto es que, todos tengas iguales derechos de acceso a las posiciones sociales más ventajosas. Pero, tal igualdad no es preservada, por lo que esa distribución inicial se puede ver influida incorrectamente por contingencias naturales y sociales, de forma que aquello que empezó como igualdad, con el tiempo se convierte en injusticia, es decir, moralmente arbitraria (el transcurso el tiempo, el desarrollo o no de los talentos, el azar).(71)

RAWLS rechaza un sistema de libertad natural, le parece que los factores que la influyen son arbitrarios moralmente, una lotería, donde el individuo es incapaz de controlarlos,

⁶⁹. *Ibid.*, p.189.

⁷⁰. *Ibid.*, p.197.

⁷¹. RAWLS citado por NOZICK. *Op. Cit.*,p 210.

no tiene cuenta de cuales talentos y habilidades que recibirá, ni si estará en condiciones de desarrollarlos con el tiempo, o saber cuales serán las contingencias a las que se someterá. Esta libertad, pues, dependerá en su desarrollo de las circunstancias del entorno social, histórico, cultural del sujeto. De cómo fueron sus primeros años, de cual fue su formación escolar y de cuanto se esforzó para salir adelante con las capacidades naturales y habilidades que se le otorgó.

NOZICK, opina al respecto que, estimar que todo lo que le suceda al individuo está supeditado a factores externo puede “*bloquear la introducción de decisiones y acciones autónomas de una persona.*”⁽⁷²⁾ Es decir, estimar que el sujeto es incapaz de manejar su vida y porvenir deviene, finalmente, en un desprecio a su dignidad como persona, por tanto, un contrasentido de RAWLS con su propia Teoría de la Justicia.

Pero, ¿Será en contrasentido, o hay otras razones de fondo? Parece cuestionar NOZICK, en la respuesta plantea dos vertientes de análisis: El argumento positivo, esto es el que favorece la interpretación de que deben anularse los efectos distributivos de las diferencias naturales. Y, uno segundo, el argumento negativo, que por el contrario defiende el que las diferencias naturales no deberían anularse.

NOZICK, no encuentra sustento para el argumento positivo (considera infructuosa la búsqueda de un argumento convincente de este tipo), por lo que, estas existen al margen de que los sujetos sean o no conscientes de cuáles fueron sus dotes y habilidades, es decir que fuera racionalizado o no. No encuentra justificado que se sostenga que las diferencias son arbitrarias moralmente⁽⁷³⁾.

Debe pensarse que, más que nada que los “*talentos y habilidades de las personas son un haber de una sociedad libre; otros miembros de la comunidad se benefician de su presencia y mejoran porque están allí y no en alguna otra parte o en ninguna parte.*”⁽⁷⁴⁾ Es que los talentos y habilidades de los diferentes individuos suman dentro de una sociedad, no restan. El hecho de que uno carezca de especial talento para comprender el funcionamiento de la termodinámica y que otros integrantes de la misma sociedad si los tenga, no reduce mis habilidades, cualquier que esta pudiere ser, al contrario, me beneficiaré socialmente de los logros que aquél pueda alcanzar.

Podemos concluir esta parte, con el planteamiento que NOZICK realiza de las razones que le permiten justificar su teoría del **Estado Mínimo**, basado en el principio de justicia retributiva, en contra de un Estado más extenso, sustentado en el principio de justicia distributiva. Lo cierto es que, la justificación final está dada por la comprobación de que el conjunto de pertenencias se ha generado apropiadamente, es decir, la adquisición y transferencia de bienes obedezca a la libertad y no a la decisión centralizada, con la posibilidad de rectificación frente a la violación de los derechos individuales. Estimando el autor que, quizá sea pertinente considerar algunos principios pautados de justicia distributiva como reglas prácticas, hechas con el propósito de combatir injusticias, como sería los ejemplos de que, faltando información (histórica) se suponga que las víctimas están actualmente en una peor situación de la que deberían estar y, que los integrantes del grupo peor situado tengan mayores probabilidades de ser víctimas de injusticias, asistiéndoles el derecho de ser compensadas por aquellos que se

⁷². NOZICK, *op.cit.*, p. 211.

⁷³. Cfr. *Ibid.*, pp. 223-224.

⁷⁴. *Ibid.*, p. 224.

beneficiaron de estas injusticias. Ante esto, se formularía como “regla práctica para rectificar las injusticias” la siguiente: “Organizar a la sociedad en la forma que maximice la posición de cualquier grupo que resulten menos bien situados en ella.”⁽⁷⁵⁾

4.4) Intercambio voluntario:

Los intercambios dentro del mercado son voluntarios, sin embargo, los serán verdaderamente en la medida que otros sujetos no impongan límites a las oportunidades disponibles del sujeto. Si p.ej. en el mercado de intercambio entre trabajadores y “propietarios del capital”, aquellos se enfrentan a la disyuntiva, “trabajas o te mueres de hambre”, ¿cuán voluntario será el intercambio?

La necesidad de una de las partes no determina necesariamente un aprovechamiento injusto de la otra, es interesante anotar lo que considera el “derecho a entrar en relaciones con otros”. Esto no consistirá solamente en el derecho a establecer una cierta relación, sino en el “de hacerlo con cualquiera que tenga el derecho de entrar en ella”⁽⁷⁶⁾. Es como si se graficara en una serie de ganchos que se asirán al “gancho correspondiente del derecho de otro que satisface los suyos.”⁽⁷⁷⁾, quiere decir que, las relaciones (de intercambio o no) serán realizadas entre adultos que tengan en potencia ese derecho, cuando se encuentren en el mercado y lleven a cabo el intercambio se habrá producido una correspondencia de derechos (o ganchos).

5) La justicia: Una lealtad ampliada:

En su serie de ensayos reunidos bajo el título *Filosofía y Futuro*, Richard RORTY sostiene que cuando se encuentra una mejor teoría científica, se logra una revolución socioeconómica exitosa o se adopta o pierde cierta fe religiosa, no quiere decir que se está más cerca de afirmar que ahora sí se conoce como son las cosas⁽⁷⁸⁾. La evolución en todos los terrenos no hizo mayores y mejores personas, las ideas y el conocimiento de las cosas se fue expandiendo. “En la medida en que una religión del amor ha reemplazado a una religión de la ley, hemos llegado a ser personas con mayor capacidad de simpatía”⁽⁷⁹⁾ Se trata de intentar el excluir menos, tolerar más, despertar la imaginación en libertad.

Su propuesta está en cambiar el lema, por todos conocido, de “la verdad nos hará libres”, reemplazándolo por: “nuestra capacidad para volver a describir las cosas con términos novedosos nos hará más ricos, complejos e interesantes de lo que éramos”⁽⁸⁰⁾. El cambio exigirá, según RORTY, el abandono de que lo único cierto es que debe partirse del presupuesto de que todo juicio racional es aplicar procedimientos previamente acordados, a través de los cuales se identifica lo que es correcto creer o hacer. Hay otras formas de pensamiento a tomar en cuenta, no es el tiempo de la rigidez, todo se encuentra en pleno cambio. Hasta hace relativamente muy poco se asumió como inmoral que los recursos económicos más importantes estuvieran en manos de unos pocos, posteriormente se dio un vuelco total en estas creencias, transfiriendo el manejo

⁷⁵. *Ibid.*, p. 227.

⁷⁶. *Ibid.*, p. 256.

⁷⁷. *Ibid.*

⁷⁸. RORTY, Richard. *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002, p. 9.

⁷⁹. *Ibid.*, p. 10.

⁸⁰. *Ibid.*, p. 11.

de estos recursos a los privados. Ahora, lo vigente es reclamarle a estos privados un manejo responsable de los recursos entregados, que piensen en que las fuentes se agotan y deben renunciar (en algo) a sus pretensiones utilitaristas.

Para los efectos del presente trabajo, su ensayo *La Justicia como lealtad ampliada*, aporta elementos que enriquecen el debate.

El planteamiento de RORTY va en el sentido de demostrar como las lealtades se amplían o se restringen. Piénsese en una serie de casos en los cuales, los derechos individuales y colectivos entran en conflicto, esto podría solucionarse en vía de opción de cuál es la lealtad a preferirse: “*Cuanto más difícil se vuelve la situación, más se estrechan los lazos de lealtad con las personas que no son cercanas y más se aflojan con todos los demás.*”⁽⁸¹⁾

Incluso, llegado el caso estaríamos dispuestos a sacrificar nuestras convicciones más recalcitrantes, qué pasaría con los defensores de la vida de otras especies, si llega el tiempo en que se demuestra que la presencia de cierto virus mortal para el ser humano, es transmitido por cierta especie. No cabrían dudas que “*(...) la idea de la justicia entre las especies naturales será irrelevante porque nos encontramos en una situación de emergencia y la lealtad con nuestra propia especie debe ser prioritaria.*”⁽⁸²⁾

Pero, ¿Qué tan justa puede ser una solución de este tipo? “*¿Debemos restringir el ámbito a favor de la lealtad o ampliarlo a favor de la justicia?*”⁽⁸³⁾ Sucede que, existe, ciertamente, una identidad entre lo que puede considerarse leal y lo justo, somos leales a nuestro grupo porque lo consideramos justo.

Sin embargo, atendiendo a las razones que se consideran verdaderas, se tiene que la solución no concordaría con la forma planteada por RORTY: “*Los kantianos suelen insistir en que la justicia emana de la razón, la lealtad, en cambio, de los sentimientos. Según su concepción, sólo la razón puede imponer deberes morales de carácter universal e incondicional, y concretamente de esta índole es nuestra obligación para con la justicia.*”⁽⁸⁴⁾

Un filósofo que considera importante para su postura es Michael WALZER⁽⁸⁵⁾, quien desconfía de los conceptos de “razón” y “obligación moral universal”, donde se da la imagen kantiana de la “idea o principio común”, un grupo reducido de ideas que con el tiempo se van ampliando (en contenido de la moral que los guiará). Sin embargo, parece que ello no habría ocurrido así, si no todo lo contrario. La historia de la civilización da cuenta de la forma como los seres humanos se fueron agrupando primero en tribus (clanes, la gen romana p.ej.), luego estas tribus se aliaron en un proceso que tomó varios siglos hasta conformar lo que se conoce por Estados. En este proceso, fueron abandonando las ideas originarias que los cohesionaron, p.ej. cómo marchar a la conquista de nuevos territorios definió que las familias, antes integradas, se dispersaran. Los intereses antes de la tribu o clan entonces se convierten en los del Estado. Así visto,

⁸¹. *Ibid.*, p. 80.

⁸². *Ibid.*

⁸³. *Ibid.*, p. 82.

⁸⁴. *Ibid.*

⁸⁵. WALZER, Michael. *Lokale Kritik-globale Standarse. Zwei Formen moralischer Auseinandersetzung*, Hamburg, 1996, p. 17, citado por RORTY.

¿A quién le sería leal el sujeto? “La idea de una obligación moral universal de respetar la dignidad humana queda sustituida por la idea de la lealtad frente a un grupo muy grande, es decir, la humanidad.”⁽⁸⁶⁾

Al interior de este Estado, se mantiene la pertenencia a grupos más reducidos, pues la familia no pierde su sentido originario. No será pues una sola la moral que predomine, así en lo que denomina una “concepción no-kantiana de la moral” la reformula “con la tesis de que la propia identidad moral está determinada por el grupo o los grupos con los que uno se identifica, de modo que no se puede dejar de ser leal frente a ellos sin rechazarse a sí mismo.”⁽⁸⁷⁾

WALZER cambia el planteamiento, invierte el orden, sostiene que la moral inicial fue densa (un cúmulo amplio de ideas), pasando a ser delgada posteriormente gracias a la especificación de los intereses, “(...) En virtud de la decisión acerca de qué diferencias entre individuos son de relevancia, se está en una posición mejor cuando se trata de diferencias que se pueden describir como “densas” que en el caso de los que sólo pueden describirse como “delgadas”. Tan pronto como los grupos aumentan, las leyes deben ocupar el lugar de las costumbres y los principios abstractos el de la phronesis (prudencia).”⁽⁸⁸⁾

Como lo sostienen RORTY y, en su momento, WALZER, el mundo real presenta muchas más complejidades de lo que puede resolverse a través de generalidades. Intentar soluciones distanciándose de los problemas y escudarse en la idea de una “obligación moral universal” no es el camino. Asumir que Occidente es la dueña de un tipo ideal de organización política es impracticable, mejor sería aclarar que Occidente es fiel a sus convicciones e ideas⁽⁸⁹⁾.

RAWLS en su ensayo “El derecho de gentes”, se pregunta si su teoría constructivista de la justicia desarrollada por él (en *Teoría de la Justicia*), es occidental o tiene pretensiones universales. Lo cierto es que, este derecho que sería común a sociedades liberales y no liberales parte de una base: debe aplicarse en pueblos RAZONABLES, entendiendo que en el caso de las no liberales su “sistema de derecho se guíe por una concepción de la justicia que se orienta por el bien común, es decir, por una percepción imparcial de lo que no considera de forma irrazonable como los intereses fundamentales de todos los miembros de la sociedad.”⁽⁹⁰⁾

Es su manera de comprender a otras sociedades dentro de los procesos hegemónicos, de importación de sistemas legales y de gobierno, justificando incluso regímenes que, sólo en apariencia, cumplan la forma de respeto de los derechos individuales. Sin embargo, no puede evitarse comprender lo manipulable que resultan estos conceptos, incluso el entendimiento de aquello que comprendemos como justicia se puede prestar a legitimizar la discriminación. RORTY es crítico al respecto: “No hay que olvidar que las diferencias ente las diversas concepciones de justicia son diferenciaciones entre las

⁸⁶. *Ibid.*, p. 84.

⁸⁷. *Ibid.*

⁸⁸. *Ibid.*, pp. 84-85.

⁸⁹. “En mi opinión sería preferible no sostener que el Occidente liberal tenga un mayor conocimiento de la racionalidad y la justicia, y decir, en cambio, que el Occidente liberal, cuando formula exigencias frente a sociedades no liberales, simplemente se mantiene fiel a sí mismo.” *Ibid.*, p.86

⁹⁰. RAWLS, John. *Das Volkerrecht* en: Stephen Shute e.a. (comps.), *Die Idee der Menschenrechte*, Frankfurt/M., 1996, pp 73, 93. Citado por RORTY, *op.cit.* p. 87

cualidades de las personas que se consideran como relevantes para el enjuiciamiento de sus pretensiones en conflicto. Al parecer frases como: “Casos iguales deberían tratarse de igual modo” dejan suficiente espacio para argumentaciones según las cuales los creyentes y ateos, hombres y mujeres, negros y blancos, homosexuales y heterosexuales deberían ser tratados de manera relevante en forma desigual. De este modo queda, ciertamente, espacio para el argumento de que una discriminación sobre la base de tales diferencias no es arbitraria.”⁽⁹¹⁾ Es claro que la manipulación de argumentos no facilita la comprensión de un derecho que se pretende “universal”, pues aquello que se puede asumir como reprochable y por tanto, motivo de exclusión de cierta sociedad “no liberal”, puede ser opuesto por el discriminado, como una consecuencia de avances en el pensamiento que obedecen a realidades que son las suyas.

“Si dejamos de interpretar la razón como fuente de autoridad y la entendemos simplemente como un procedimiento para establecer acuerdos por medio de la persuasión, entonces comienza a disolverse la dicotomía estándar platónica y kantiana entre razón y sentimiento. Esta dicotomía puede sustituirse por un continuo de grado de solapamiento de convicciones y deseos.”⁽⁹²⁾ Lo que aquí entiende por solapamiento no es otro que la reserva de ideas y convicciones en las que uno puede apoyarse en caso de necesidad⁽⁹³⁾, siendo reservados pues, de estar expuestos podrían generar problemas de comunicación, al extremo que las partes puedan ser catalogadas de “irracionales”, mientras que si es mayor el nivel de ocultamiento, incluso entre ellas pueden darse una serie de relaciones interpersonales de convivencia mucho más fructíferas, ser amigos o incluso casarse⁽⁹⁴⁾.

Necesitamos conducirnos como seres racionales, qué duda cabe, pero, en la mayor parte de los casos, asumimos un significado muy particular de lo que ello significa, muchas veces significa lo que desde nuestro personal punto de vista entendemos debemos actuar y esperamos del comportamiento de la contraparte. Según la concepción de RORTY, con la recomendación de que la gente sea racional, “*simplemente se está sugiriendo que entre sus convicciones y deseos compartidos probablemente existen los recursos suficientes como para permitir un acuerdo sobre cómo convivir sin violencia.*”⁽⁹⁵⁾ Es decir, debemos tener la entereza suficiente para reconocer que nuestros recursos son tan valiosos e importantes como los de la contraparte, desterrando la violencia como método de solución de disputas. Incluso, si consideramos que una persona es en extremo “irracional”, estamos dejando de contemplar que ella tiene en sí misma su propia racionalidad, que lo impulsa a actuar en el sentido indicado, debiendo ser nuestra actitud diferente, tal vez de renuncia a la posibilidad de un entendimiento y a comprender que sí, que hay una forma de vida que incluye “*la amenaza y hasta el empleo de la violencia.*”⁽⁹⁶⁾

Aunque referidos a los argumentos que deberían tenerse presente en occidente para influir en el cambio en culturas diferentes, es pertinente indicar que la forma más aceptable está en la práctica con el ejemplo, de cómo el comportamiento del sujeto es de por sí la mejor predica. Practicar la tolerancia, responsabilidad en el cumplimiento de

⁹¹. RORTY, *op.cit.*, p.88.

⁹². *Ibid.*, p. 94.

⁹³. Nota 19, *Ibid.*, p.99.

⁹⁴. Cfr. P.94.

⁹⁵. *Ibid.*, p. 84.

⁹⁶. *Ibid.*, p. 95.

obligaciones, entre otros, son buenas razones que abundan en hechos prácticos, dejando de lado la mera apreciación racionalista vigente como herencia de la Ilustración.

CAPÍTULO SEGUNDO

1) Los Derechos Subjetivos (a partir del Derecho Objetivo):

El conjunto de normas o preceptos que tomando los datos proporcionados por la realidad, imponen obligaciones (o deberes) y conceden facultades, y están sistemáticamente integrados en un Ordenamiento Normativo es el Derecho **Objetivo**⁽⁹⁷⁾. Cuando este orden confiere a los particulares facultades, a través de las cuales permiten que sus actuaciones tengan efectos jurídicos, se está ante el Derecho **Subjetivo**⁽⁹⁸⁾; en tanto que una situación o posición que le corresponde al sujeto en una definida relación respaldada por el orden jurídico, es una **situación jurídica**⁽⁹⁹⁾.

Como en mucho de los aspectos que maneja en Derecho actual, los conceptos a ser repasados en esta parte, no fueron extraños al Derecho Romano. Claro está que la construcción conceptual no pertenece a dicha fase de la historia del pensamiento jurídico, sino que son elaboraciones más cercanas, los conceptos de Derecho Objetivo, Derecho Subjetivo y Situaciones Jurídicas Subjetivas, fueron comprendidas desde antiguo.

Cuando los romanos entendieron que todo el Derecho estaba referido a la persona, las

⁹⁷. Esta definición coincide con la expresada por ESCOBAR, Freddy. *Teoría General del Derecho Civil (5 ensayos)*. Lina: Ara Editores, 2002, p. 149. En similar sentido: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Op.cit.*, p. 50.

⁹⁸. “(...) en sentido subjetivo hace referencia a la atribución de una facultad o facultades a un sujeto determinado para exigir de otro o de otros unas determinadas conductas, viniendo a significar precisamente la autorización o facultad concedida al pretensor por el precepto y en virtud de la cual, por ejemplo, puede éste usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás.” PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Op.cit.*, p. 50-51.

⁹⁹. Como afirma ZATTI, cuando el hecho jurídico abstracto (conocido en Italia como *fattispecie*) se verifica en la realidad, se pasa de inmediato a la calificación de la conducta del sujeto acontecida, definiendo cual es la “situación jurídica” en la que se ubicará, sea que quede “obligada a comportarse de u cierto modo, o de poder hacerlo, o de poder determinar a calificación del comportamiento ajeno.” Lo contenido en la norma y su aplicación, se simplifican recurriendo a una operación que consiste en servirse del concepto de situación jurídica subjetiva, “es decir, la situación, o posición, en la cual se encuentra un sujeto, por efecto de una o más reglas de derecho.” ZATTI, Paolo. *Las situaciones jurídicas* en Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI, *Lineamenti di Diritto privato*, Nona edizione, CEDAM, Padúa, 2003, pp.71-95. Traducción, con autorización del autor, de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. Disponemos de la versión electrónica entregada como parte de los materiales de enseñanza del Curso Responsabilidad Civil del profesor Gastón Fernández Cruz dictado durante el Semestre 2005-2. Dejemos, en claro, de otro lado, que el concepto de situación jurídica subjetiva es mucho más rico y moderno, abriéndose paso en la ciencia jurídica desplazando al Derecho Subjetivo que tan solo se refiere a una de las situaciones jurídicas subjetivas posibles dada a partir de la norma de derecho, con ello, suscribimos la afirmación del maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO. *El sujeto se halla, con relación a los otros” y en función del ordenamiento, en una determinada “situación jurídica subjetiva”, como podría ser la de padre, acreedor, comprador, cónyuge, entre otras. El sujeto se encuentra “situado” en tanto confluyen en él, en su condición de “titular”, un complejo de facultades y obligaciones en razón de que no se le puede concebir en abstracto, como un ente aislado, sino más bien en relación con los demás en el seno de la sociedad, tal como en realidad acontece.” FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Op.cit.*, p. 63.*

cosas y las acciones (¹⁰⁰), establecieron, con claridad, que en su sistema, la razón de ser del Derecho era la persona, y como les preocupaba no solo en su individualidad sino su posición en la vida social y las probables relaciones intersubjetivas que podía realizar a lo largo de su existencia e, incluso, cuáles podían ser sus disposiciones posteriores a su muerte (¹⁰¹), a la vez, demostraron el valor que para ellos tuvieron los bienes y las relaciones de derecho que con ellos podía establecerse (en tanto se servía de ellos, consolidando la unidad de la familia, quedando en ellas en el origen de la transmisión hereditaria). Completando su esquema, con las acciones, en un sistema procedimental admirable (¹⁰²), donde quedó patentizada la genialidad romana para adecuar el derecho a la solución de problemas concretos, a la vez que, era expresión de la coherencia con que apreciaban lo jurídico, pues para la eficacia (vigencia) de los derechos reconocidos a la persona, era imprescindible que estuviera previsto la forma como ponerlo en práctica, esto es, las acciones.

Conforme han establecido los romanistas, habiéndose constituido el Derecho por causa de los hombres, su vida jurídica, propiamente dicha, se desarrollaba en función a los Estados (“*status*”), siendo tres (¹⁰³), la presencia o concurrencia de ellos en la persona individual implicaba su grado máximo de capacidad jurídica, con ello sus posibilidades de actuación dentro de aquello regulado por el Derecho (sea civil, de gentes o pretorio). Así, quien era libre, ciudadano romano y *sui iuris* ocupaba una posición de plena capacidad de actuación, por tanto, podía contratar, casarse (en justas nupcias) y participar activamente en la vida pública.

Este esbozo da la pauta para preguntar con Jean DABIN(¹⁰⁴) “¿*Tienen cabida los derechos subjetivos, a partir del derecho objetivo?*” quien, a manera de planteamiento del problema a efectos de crítica a las Tesis Negativas del Derecho Subjetivo (Duguit, Kelsen). Al respecto se sabe que dicha tesis sustenta que la norma de conducta es coactiva, por lo que se basta a sí misma para determinar su aplicación, negando la existencia de derechos subjetivos. Siendo poco probable que esto última pueda sostenerse actualmente, el mismo DABIN opina que la discusión que al respecto pueda darse es tan sólo de *palabras*(¹⁰⁵).

Pensemos, acompañados del razonamiento de DABIN, cómo es que se dá el mismo Derecho Objetivo, es decir, cómo así se crean las normas de Derecho, más concretamente, quién o quienes las conciben y, por qué, pueden predicar de ellas carácter general. Es que, “(...) *el derecho objetivo no existe completamente preparado, terminado, sino que se trata de “construirlo”.*”(106) Esta labor en un Estado no de Derecho, es una labor arbitraria, sin reglas preestablecidas, por lo que, las normas son concebidas por la “*voluntad subjetiva de aquél o de aquellos que ejercen el poder (...)*”

¹⁰⁰. D.1,5,1, donde consta el fragmento siguiente de Instituciones, libro I de Gayo: “*Todo el derecho que usamos, concierne o a las personas, o a las cosas, o a las acciones.*”

¹⁰¹. Es el caso de la protección al concebido que se le tenía presente a los efectos de la herencia, la familia, los negocios jurídicos, la transmisión por causa de muerte.

¹⁰². Que mostró toda la gama posible, desde el exceso de formalidad de las acciones de la ley, hasta el extraordinario, pasando por el procedimiento formulario, con su adecuación al litigio particular. Con la actuación privada en la fase *in iure*, de la actividad creadora del pretor, el respeto a la palabra dada y las conocidas consecuencias del incumplimiento, en su modalidades de la *manus injectio* y *pignoris capio*.

¹⁰³. Recordemos: Libertad, familia y ciudadanía.

¹⁰⁴. DABIN, J. *El Derecho Subjetivo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 24.

¹⁰⁵. *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁶. *Ibid.*

sin que pueda decirse, sin embargo, que la norma así creada no sea derecho, sino sólo un hecho."⁽¹⁰⁷⁾ Sin embargo, ni siquiera en los Estados de Derecho, con reglas o procedimientos estrictos de formación de las normas (por tanto, con la garantía de constitucionalidad correspondiente), estas dejan de ser la creación heroica de supuestos agentes calificados para esa creación, el problema no está, pues, en la existencia o no de procedimientos sino que estos siendo establecidos previamente por los sujetos, son ellos quienes asignan competencias, donde el ejercicio concreto de las mismas ya no es derecho objetivo, sino subjetivo⁽¹⁰⁸⁾.

Siguiendo esta línea, ¿Qué sucede una vez vigente la norma derecho? ¿Su aplicación resulta automática? ¿Qué rol cumplen los sujetos para que el sistema normativo sea eficaz? "*Parece lógico –dice Dabin-, en efecto, admitir que, una vez establecida la norma, puedan los sujetos pretender una aplicación correcta de la misma, tanto en el fondo como en la forma, con tal que, por supuesto, esa pretensión encuentre apoyo y sanción en el derecho objetivo (lo que es siempre nuestro punto de partida).*"⁽¹⁰⁹⁾ Como la norma tiene a la sociedad como su destinataria natural, entonces será la comunidad, a través de los individuos que la compone, los directamente "interesados" en que el orden representado por las normas no se quiebre, esto es que las normas se cumplan. Es el valor agregado que encontramos en el sometimiento a la legalidad, como uno de los principios rectores de nuestra convivencia social. Lo cual, parte, primero de entender que todos nos encontramos sometidos a las normas, pero, a la vez, se nos reconoce la posibilidad de su cuestionamiento por las vías que el mismo orden ha establecido. Segundo, que ese sometimiento colectivo nos permite exigirnos mutuamente su respeto.

A su vez, el terreno de las doctrinas del Derecho Subjetivo tampoco ha sido llano, tenemos la tesis del Derecho subjetivo como "poder de la voluntad", sustentada por WINDSCHEID y SAVIGNY, según el primero, "*(...) los derechos subjetivos existen "en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisiva para la actuación de un precepto emanado de él, la voluntad de una persona". Y la persona, cuya voluntad es considerada como decisiva para el surgimiento del derecho, no es otra que la del sujeto de derecho. El derecho subjetivo es así el "señorío de la voluntad".*"⁽¹¹⁰⁾ Se trataría del ámbito psicológico, individual, criticado prontamente, pues se advirtió "*(...) que la pura volición del individuo era del todo insuficiente para caracterizar al derecho subjetivo. No era posible confinarlo a la esfera de la individualidad, donde se generaba como volición que confería un poder y donde también se extinguía luego de ejercitarse o convertirse en acción. Acción que nacía y se concluía en el mundo de la pura individualidad.*"⁽¹¹¹⁾

También está la tesis de IHERING, del "interés jurídicamente protegido", en tanto que ese sería "*(...) el núcleo del derecho subjetivo. Interés, por cierto, única y exclusivamente del individuo detentador del derecho subjetivo*". Interés que no depende de su ejercicio efectivo, puesto que la experiencia le demostraba que "*muchas personas carentes de*

¹⁰⁷. *Ibid.*, p. 28. En todo caso, de tratarse de un gobierno de facto, el problema a determinar es la legitimidad, siempre y cuando se cuente con los canales adecuados.

¹⁰⁸. Cfr. DABIN, *Ibid.*, p.28.

¹⁰⁹. *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁰. FERNÁNDEZ SESSAREGO, op.cit., p. 49.

¹¹¹. *Ibid.*, p. 50.

voluntad -como los menores de edad o los insanos- tienen, no obstante ello, derechos reconocidos por el ordenamiento positivo. Derechos que sin duda, entrañan un interés existencial que debe ser jurídicamente tutelado”⁽¹¹²⁾

¿Podría plantearse la existencia del Derecho Subjetivo al margen del Derecho Objetivo?
¿Por la sola razón de la naturaleza del hombre?

Es decir, volviendo al fragmento del Digesto, si el derecho se crea para el hombre, es porque aquél tendría una naturaleza instrumental, pero no es que “(...) *el hombre tomado en sí mismo, en estado aislado, no puede tener derechos subjetivos, en primer lugar, por que el hombre aislado no existe: el hombre sólo existe viviendo en sociedad; y en segundo lugar, porque el derecho subjetivo requiere, por definición, un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que supone la sociedad, y por consiguiente una regla social.*”⁽¹¹³⁾ Sin embargo, será el hombre como individuo, quien en su calidad de sujeto de derecho asume la titularidad de los mismos, requiriendo de otro sujeto contra quien oponerlo, esto es, lo social. Pero, es aquél quien toma el protagonismo y ejerce los derechos subjetivos. Son sus necesidades las que el derecho regula con el propósito de establecer la mejor forma como pueda satisfacerlas evitándose el conflicto que, potencialmente, generan las relaciones en sociedad.

La dimensión social del Derecho puesta de manifiesto por la Teoría Tridimensional aparece claramente, para determinar que sin lo social no existe el Derecho objetivo.

Intereses y necesidades subyacen a la creación del Derecho, pero, “(...) *¿qué cosa es el “interés? Para responder a esta pregunta,(...), parte de la doctrina retrocede un paso y precisa el significado de un concepto anterior: el de “necesidad”.*”⁽¹¹⁴⁾

De esta forma, el planteamiento viene a ser el siguiente: El ser humano desde siempre ha vivido en un estado constante de carencias e insatisfacción, contra el cual ha luchado⁽¹¹⁵⁾ Las necesidades representan económicamente aquello que exige la vida humana para subsistir. Jurídicamente los objetos así representados se denominan “bienes”. A la urgencia en satisfacer la carencia de bienes (propia de una sociedad de por sí escasa de recursos) se conoce como *interés*.⁽¹¹⁶⁾

Estos intereses son regulados de manera objetiva y abstracta, tomados en su generalidad, sin presión de grupos que pudieran resultar beneficiados, ni sustentándose en subjetividades que lo deslegitimicen. Lo cual no quiere decir que, todos los intereses

¹¹². IHERING, Rudolf van, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. IV, p. 364 y siguientes, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op.cit., p. 52.

¹¹³. DABIN, op.cit., p. 48.

¹¹⁴. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op.cit.*, p. 13

¹¹⁵. Basta considerar el proceso evolutivo del hombre, con las migraciones, la recolección, la caza, la posterior domesticación de plantas y animales, los asentamientos bases luego constituidos en aldeas, etc. Lo constante fue la búsqueda de satisfacción de los requerimientos, de aquello indispensable para subsistir, lo cual logró con éxito. Al menos

¹¹⁶. “*En efecto, se sostiene que, desde un perfil económico, el concepto de “necesidad” representa todo aquello que exige la vida humana; y, más precisamente, todo estado de insatisfacción en el que un sujeto se encuentra y del cual tiende a salir. De este concepto, se afirma, a través de un razonamiento lógico, se deriva el concepto de “bien”, que, en este contexto, sirve para designar cualquier entidad capaz de eliminar un estado de insatisfacción. De los dos conceptos vertidos, se concluye, a su vez se deriva el de “interés”, que viene a denotar todo estado de tensión que se presenta entre el sujeto que quiere satisfacer una necesidad y el bien idóneo para ello.*” ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op.cit.*, p. 13.

sean, precisamente, generales, sucediendo que la modernidad ha establecido que dentro de la sociedad se den grupos diferenciados (de sujetos con características comunes entre sí, que desarrollan determinadas funciones o que, participan de una definida actividad económica), donde si sus intereses se trataran como iguales al resto, se afectaría la validez del propio Derecho Subjetivo.⁽¹¹⁷⁾ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha definido el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, puede consultarse al respecto las STC 0001-2003-AI/TC y 0003-2002-AI/TC (¹¹⁸).

2) Intersubjetividad (garantía del Derecho Subjetivo):

El Derecho Subjetivo requiere a la par del sujeto titular (a quien el ordenamiento normativo otorgó la facultad), de alteridad o intersubjetividad. Esto es que, la presencia o concurrencia de otros intereses que, pudiendo entrar en conflicto con el ejercicio que el titular del Derecho Subjetivo pudiere realizar, de forma que, para el resto -en general- o para algún sujeto en particular, el mismo ordenamiento impone los *deberes jurídicos*. Estos deberes, entonces, podrán consistir en el deber general de abstención de daño o impedimento del libre goce del titular, impuesto a los terceros; o, en el deber específico de tipo obligacional, de cumplimiento impuesto a un determinado sujeto⁽¹¹⁹⁾.

La alteridad es sustancial a la existencia del Derecho Subjetivo, en principio, porque estos derechos sólo se conciben para la vida en comunidad, en sociedad; segundo, porque la posibilidad de conflicto es propia de la naturaleza humana, no hay sociedad en la historia de la humanidad que pueda dar testimonio de lo contrario; sin deberes no podrían distinguirse titularidades; tercero, en orden a los anteriores, pensemos en la anarquía que sucedería a estimar que todos tenemos derecho a todo, no existiría el respeto ni los límites, todo derecho podría ser cuestionado, ni siquiera se salvarían los Derechos Fundamentales. El Derecho deja de ser entelequia cuando apareja el deber jurídico.

Para ESCOBAR ROZAS, la alteridad del Derecho Subjetivo funciona como “garantía externa” de su efectividad, que permite su existencia en medio de la variedad de intereses presentes en la sociedad, al extremo de que “(...) *está condicionado (el Derecho Subjetivo) por la contemporánea y correlativa presencia de ciertas situaciones jurídicas subjetivas que, siendo jurídicamente opuestas (al representar una serie de desventajas), posibiliten el efectivo ejercicio de la facultad de obrar contenida en aquél.*”⁽¹²⁰⁾

¹¹⁷. El interés “(...) *en tanto presupuesto del derecho subjetivo, tomado el mismo en sentido abstracto, no puede ser considerado sino en una dimensión objetiva. (...), cuando el ordenamiento jurídico diseña derechos subjetivos (por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de superficie, etc.) lo hace tomando en cuenta intereses objetivos; pues, como lo ha hecho notar Bigliuzzi, en su tarea de reglamentar las conductas de cierta comunidad y resolver los conflictos que en ella se presentan, tal ordenamiento no puede considerar la concreta y subjetiva valoración que cada sujeto realiza sobre los bienes idóneos para satisfacer sus necesidades, en tanto que ésta –o sea, la valoración en cuestión- carece de la relevancia requerida para el cumplimiento de la tarea mencionada.*” ESCOBAR ROZAS, Freddy. Ibid.

¹¹⁸. Trato igual a los iguales y distinto a los que son distintos. La igualdad no es un principio absoluto, la propia Constitución en el artículo 103 prevé la posibilidad de que se promulguen leyes especiales en razón de la diferencia de las cosas, debiendo existir proporcionalidad del medio empleado y relevancia de tal trato distinto, puede consultarse las STC 0018-2003-AI/TC, 0045-2004-AI/TC, 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

¹¹⁹. Cfr. DABIN, *op.cit.*, pp. 116-118

¹²⁰. ESCOBAR ROZAS, *op.cit.*, pp. 159-162.

Este Derecho Subjetivo, al serle atribuido al sujeto (particular) por el ordenamiento, se le otorga la posibilidad ponerlo en funcionamiento, con ello de oponerlo al resto de la sociedad. De ahí derivan dos notas que le son propias, su inviolabilidad y exigibilidad⁽¹²¹⁾. Es inviolable, en tanto, obliga a respetarlo (obligación negativa, dirigida a todos en general o a un sujeto, en particular), sin intromisiones, impedimentos, atentados ni obstáculos que contravengan su ejercicio. Este respeto se da, tratándose derechos absolutos -como los reales sobre cosas- por la abstención de perturbar el normal desarrollo del ejercicio por su titular, mandato (deber) dirigido *erga omnes*; y, en los obligacionales o personales, por el respeto al negocio jurídico realizado, esto es el cumplimiento de la prestación acordada.

La exigibilidad, como nota característica, se relaciona con el poder de obrar inserto en el Derecho Subjetivo, es decir, la circunstancia de su existencia es independiente del ejercicio efectivo por el titular. El Derecho Subjetivo está ahí para cuando aquél decida ejercerlo, llegado el momento y dependiendo del supuesto expresado en la norma, el sujeto reivindicará su derecho real, ejecutará la obligación, etc. En buena cuenta, “*la exigibilidad no es más que una consecuencia del derecho*”⁽¹²²⁾.

3) El conflicto de intereses y la tutela o protección del Derecho: Las demás situaciones jurídicas.

Las notas anteriores nos permiten indicar que todo Derecho Subjetivo encuentra su existencia en la vida en sociedad, donde la coexistencia Derecho-Deber no es sólo natural sino necesaria para la efectividad del propio ordenamiento. Sin embargo, estamos lejos de sostener que el mundo de las situaciones se agote en las consideraciones al Derecho Subjetivo⁽¹²³⁾.

La realidad, donde se inserta el Derecho Subjetivo y las demás situaciones jurídicas subjetivas, se encarga de demostrar que, tan inútil pueden ser los derechos si el mismo ordenamiento no se encarga de proporcionar los mecanismos de solución a situaciones anómalas de su falta de respeto. Así, oponibilidad, inviolabilidad y exigencia requieren de otro elemento que les otorgue seguridad y funcionalidad⁽¹²⁴⁾. La experiencia jurídica es conflictiva⁽¹²⁵⁾, a nivel social o individual se presentan conflictos de intereses,

¹²¹. Cfr. DABIN, *op,cit.*, pp. 118-120.

¹²². DABIN, *Ibid.*, p.119.

¹²³. En puridad el derecho subjetivo es una de las situaciones jurídicas subjetivas previstas en el ordenamiento. Se dice de esta que está referida a la “posición que asume el sujeto frente a las reglas de derecho”, pudiendo ser definida “como una ‘circunstancia’ de la existencia jurídica personal, en la cual están contenidas en potencia una o más posibilidades de vida del sujeto (de derecho), con arreglo a las cuales (i) se satisface un interés –considerado ‘digno- o (ii) se sacrifica otro.” ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico*. En Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, Lima, 2000, p. 286.

¹²⁴En ningún momento se querrá sostener que los Derechos Subjetivos existirán por la tutela efectiva que el orden realice de los mismos, aquellos existen por encima de cuan eficiente es el sistema.

¹²⁵. “(...) es (...), una concreta experiencia de conflictos e intereses. Antes que los textos constitucionales, antes que los códigos civiles, que las órdenes de los gobiernos o que los bandos de los alcaldes, han sido y son los posibles conflictos de intereses. Podríamos, además, sentar la hipótesis de que ellos estuvieron en el principio de toda ordenación jurídica.” DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Airel, 1999, primera reimpresión, p. 10. La lucha y la paz, como dice Ihering, donde la paz es el término del derecho, la lucha el medio para alcanzarlo, “*todo*

CARNELUTTI nos dice que estos son el elemento económico del Derecho, si no los hay el Derecho no encuentra razón⁽¹²⁶⁾.

Los intereses individuales, en la coexistencia social, potencialmente entrarán en conflicto.⁽¹²⁷⁾ Si, los Derechos Subjetivos se movilizan en base a los intereses, y que estos no son otra cosa que las aspiraciones que todo sujeto tiene de alcanzar aquello que satisfaga sus necesidades, el conflicto se presentará cuando frente a la escasez, mínimo, dos sujetos pretenden el mismo bien, ocupando posiciones contrapuestas, antagónicas que colisionan. Supongamos un estado de necesidad extrema, dos sujetos padeciendo por igual hambre donde además son extraños entre sí y ambos sienten que les asiste Derecho Subjetivo sobre el bien en disputa, a no dudarlo, de no mediar otra respuesta del ordenamiento, el resultado previsible de esta confrontación será favorable a quien ejerza más fuerza. En una primera reacción, el ordenamiento podrá optar por la “espontánea” solución del conflicto, sujeta a determinadas “reglas de juego” que aseguren una contienda “limpia”⁽¹²⁸⁾. Es decir, debería triunfar aquél que demuestra mejores competencias, a la larga el “más fuerte” pero “leal” (no el más violento, inmoral, etc.) no la mera fuerza. Grafica esta solución aquello que sucede en una economía de mercado, quien triunfa es que se preparó mejor, vale decir, quien tiene mayores fortalezas (fuerza).

Una segunda intervención posible del sistema estará dada para determinar quien asume el sacrificio, esto es la pérdida del bien. O, si conviene más imponer que ambos participen del sacrificio.

Como señala FERNÁNDEZ SESSAREGO, en la visión del derecho es imprescindible incorporar “una vertiente social” para estar en condiciones de apreciar que “los derechos del ser humano individual están limitados por los principios generales del derecho -tales como la buena fe, las buenas costumbres o el abuso del derecho- inspirados todos ellos, entre otros, en el valor de la solidaridad. Deberes que surgen simultáneamente con el derecho subjetivo, en virtud de la consideración que merecen los “otros” sujetos, con los cuales el titular del derecho subjetivo se halla “en relación” en tanto “ser-en-el-mundo”. Es decir, con los que tiene que “convivir”, con los que cuenta ineludiblemente para “hacer su vida”. ”⁽¹²⁹⁾

el derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor han sido indispensable imponerlos por la lucha a quienes no los aceptaban, por lo que todo el derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza es fuerza bruta, y la balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente; y el derecho no reina verdaderamente más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.” IHERING, Rudolph Von. *La Lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004, p. 48.

¹²⁶. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Lima: Ara Editores, 2006, p. 46.

¹²⁷. La secuencia que se presenta, ha tenido como base el desarrollo efectuado por DIEZ-PICAZO. *Op.cit.*, pp. 12-22

¹²⁸. Reglas procesales, medios alternativos a la justicia formal. Promoción del arbitraje, el trato directo, la negociación. Se trata de soluciones frente a una situación de conflicto primario, de disputa de bienes, entre sujetos que pretenden su apoderamiento.

¹²⁹. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Op.cit.*, p. 63.

La visión de un humanista de la talla del maestro sanmarquino, a no dudarlo, contribuye a fijar la exacta dimensión del mundo jurídico al que debe aspirar todo el ordenamiento social, jurídico y económico. No se requiere sostener la vigencia de la constitución Económica, ni perderse en disquisiciones para concluir que, en efecto, no hay mundo jurídico posible en la que no se atiende por igual los intereses y necesidades individuales, pero que en su satisfacción el sujeto tenga como límite el respeto a los principios generales que sustentan el Derecho. La buena fe en los contratos, fundamental para la paz social, previene que detonen conflictos sociales, cuantos procesos se evitarían si las partes atendieran algo de los intereses de la contraparte. La dignidad de la persona, otro principio indiscutible. Todo comportamiento humano tiene una consecuencia. Ejercitar un derecho subjetivo genera una cadena de acontecimientos, siempre habrá una afectación, en la medida que se tenga conciencia de ello no podrá ser un derecho absoluto ni ilimitado. Al contrario, todo derecho subjetivo lleva aparejado un deber a cargo del titular, *“deber que surge ya sea como límite impuesto por el propio derecho o en función de la aplicación de los principios generales del derecho.”*⁽¹³⁰⁾

Estos conflictos pueden implicar a dos o más situaciones jurídicas subjetivas que entran en juego, todas queridas por el ordenamiento. En este punto, vale referirnos a cuales son estas situaciones jurídicas subjetivas, definiendo la categoría a la que pertenece la existente en los casos del consumidor y usuario. En otras palabras, fijar que situación jurídica subjetiva es la de consumidor y usuario.

ZATTI, nos dice que en *“el campo de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas, los tres conceptos básicos, los llamados cimientos con los cuales se pueden construir conceptos más completos, son aquellos de deber jurídico, facultad y poder”*⁽¹³¹⁾ Así el **deber jurídico** indicará *“la situación de la persona que debe tener un cierto comportamiento”*, por así disponerlo el ordenamiento jurídico. La **facultad** *“es la situación del sujeto que puede lícitamente realizar un acto (al cual es lícito efectuar el comportamiento descrito por la norma).”* Por su parte, **poder** *“es la situación del sujeto que puede eficazmente realizar un acto (el cual puede producir determinadas consecuencias jurídicas).”*⁽¹³²⁾

La doctrina civil se ha servido de la filosofía del derecho para desarrollar esta teoría de las situaciones jurídicas subjetivos, con ello explicar el cúmulo de fenómenos que se presentan a partir del enunciado abstracto que constituye la norma de derecho y como en su aplicación práctica va tomando diferentes matices, en la forma de comportamientos debidos o autorizados. Partamos de tener presente que el significado que mejor nos convence de situación jurídica es aquella que pone de relieve su complejidad, pues está integrada por derechos y deberes, poderes y obligaciones que el ordenamiento pone en cabeza de un sujeto, quien es colocado en determinada circunstancia o estado.⁽¹³³⁾

¹³⁰

Ibid.

¹³¹

ZATTI, *Op. Cit.*, p. 3.

¹³²

Zatti, *Ibid.*, pp 4 - 6.

¹³³

El concepto pretence a FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Op.Cit.*, p. 74.

Referimos a la teoría desarrollada al respecto excede los alcances y pretensiones de este trabajo, de ahí que junto a Zatti, nos permitimos citar a la profesora Rosario NICOLÒ⁽¹³⁴⁾ a fin de complementar los conceptos vertidos en esta parte.

El primero tiene que ver con el *deber jurídico*. Se trata de una situación jurídica subjetiva que implica la necesidad de llevar adelante un comportamiento para realizar un interés ajeno al sujeto que lo realiza. El deber puede tener un contenido negativo, de abstención, el cual recae sobre la comunidad, en tanto no se interfiera con la realización del interés positivo del sujeto (derecho subjetivo), por tanto es general, el cual es llamado por NICOLÒ como *deber en sentido estricto*.⁽¹³⁵⁾

Otra situación jurídica subjetiva derivada de la norma, es la *sujeción*, por la cual prescindiéndose del comportamiento individual (el cual es considerado irrelevante), dispone que éste quede sometido en su esfera subjetiva a las consecuencias ciertas e inmediatas, potencialmente, desfavorables previstas en la norma. ⁽¹³⁶⁾.

Existiendo, como lo señala, NICOLÒ una tercera situación jurídica subjetiva, la refleja, en vía de la cual los efectos son mediatos o reflejos, se producen en la esfera jurídica de otros sujetos como consecuencia de verificarse determinadas condiciones.⁽¹³⁷⁾ Es el caso p.ej., de la aceptación de una herencia, con responsabilidad *ultra vires hereditatis* en los supuestos del artículo 662 del Código Civil. El efecto reflejo favorece a los herederos del causante, quienes aspirarán a ver cobradas sus acreencias con los bienes del heredero, esto es más allá de la misma masa hereditaria.

Por su parte, la *carga* es una situación jurídica que se presenta como la necesidad de un determinado comportamiento para realizar o alcanzar un interés propio. El resultado a obtenerse es consecuencia de haber llevado adelante primero el comportamiento exigido por el ordenamiento jurídico.

La *facultad* es una situación jurídica subjetiva activa, considerada por NICOLÒ como uno de los tipos de comportamiento que el sujeto puede tener, en situación de libertad. Como situación subjetiva es simple, no autónoma, pues es el contenido de un derecho subjetivo. La facultad o facultades resultan, finalmente, siendo las posibilidades de actuación del sujeto respecto al contenido del derecho subjetivo.

Los derechos absolutos son “*la forma más intensa de protección del interés a conservar un bien que ya se tiene.*” ⁽¹³⁸⁾ Están presente en aquellas situaciones jurídicas que el titular puede oponer a un número indeterminado de sujetos, en función a que éstos deben asumir una conducta abstencionista, de respeto al ejercicio que del derecho subjetivo realice el individuo.

¹³⁴. Citamos al respecto NICOLÒ, Rosario. Las situaciones jurídicas subjetivas. En *Lecture di Diritto Civile* raccolte da Guido Lapa e Paolo Zatti. Cedam – Casa editrice Dottore Antonio Milano, Padova, 1990, en *Tratto da: Istituzioni di Diritto Privato*, Dott. A. Giuffrè Editores, Milano, 1962, pp. 129-148 (Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias). Tenemos acceso a la lectura proporcionada como parte de los materiales del VI PROFA (Programa de Formación de Aspirantes) dictado por la Academia de la Magistratura.

¹³⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 11.

¹³⁶. *Ibid.*, p. 4.

¹³⁷. *Ibid.*

¹³⁸. *Ibid.* p. 13.

Como quiera que siempre serán los intereses aquello que sea materia de regulación por parte del Derecho, NICOLÓ precisa que son dos los aspectos fundamentales del interés en relación a su contenido que merecen atención: (i) La *conservación* del bien y la *defensa* de éste, de toda ingerencia ajena; y, (ii) la obtención del bien mismo a través de la *cooperación ajena*. Estas son las posiciones de las cuales derivan todas las actividades y comportamientos humanos, relacionados con los intereses. Es la base social donde opera el derecho⁽¹³⁹⁾

La valoración que se realice de los intereses y las actividades humanas no es inmutable, “*ni necesariamente coherente, sobre un plano de lógica y de justicia abstracta, sino de una valoración teleológica y solo conforme a la conciencia común y a las exigencias sociales de una determinada época.*” ⁽¹⁴⁰⁾ Esta paradoja no implica que tal valoración invite a la arbitrariedad, al contrario, en la medida que se respete el equilibrio entre libertad y autoridad, podrá aspirarse a lo justo. Se trata, entonces de ponderar los intereses y contribuir a la coexistencia y paz social. Buscando la legitimidad se aceptará el sacrificio y amparará la protección. Sin embargo, ello no será sino el reflejo de un momento dado en el tiempo, sujeto a la dinámica y cambios de los tiempos.

De otro lado, al igual que los intereses no todas las actividades humanas son relevantes jurídicamente, NICOLÓ propone distinguir las entre: (i) *Actividades indiferentes o genéricamente lícitas*, esto es, manifestaciones de la libertad natural; (ii) *Actividades protegidas*, es decir, tuteladas por el ordenamiento jurídico, quien garantiza al sujeto el resultado de su ejecución, y, (iii) *Actividades ilícitas*, donde el ordenamiento jurídico busca impedir su realización. Aquí, al igual que lo sucedido con los intereses, el asunto está en definir los criterios que llevan al ordenamiento a diferenciarlos, por tanto, a regularlos o no. ⁽¹⁴¹⁾ Para ello puede recurrirse a criterios como, p.ej., la licitud, la relevancia social del resultado de las actividades y aquellas modalidades que el ordenamiento considera imprescindibles para conseguir tales fines.

La cooperación: Surge en aquellas circunstancias en que el sujeto por sí solo no está en condiciones de satisfacer una necesidad propia sin la ayuda o participación de terceros, ajenos, o terminar incidiendo en una “esfera patrimonial ajena.” Se presentan con relación a la cooperación dos tipos de situaciones, según la incidencia (modificación de la realidad) de que se trate, una es material, la otra ideal.

La material se despliega a través de la existencia de un deber específico de cooperación, cuyas características a decir de NICOLÓ, son: (a) Su misma *especificidad*, al ser impuesto a sujetos determinados o determinables. (b) Tiene un *contenido positivo*, en tanto es un deber de comportarse, actuar (lo cual es diferente que sea finalmente, un hacer-positivo o un no hacer-negativo), por el cual se *sacrifica* un interés en *beneficio* de un interés particular; y, c) Su *cumplimiento es necesario* para la satisfacción del interés ajeno; se trata de un instrumento “*para realizar inmediata y directamente el interés del sujeto activo.*” ⁽¹⁴²⁾

Esta notas características nos van acercando a una situación jurídica subjetiva definida, sumamente importante a la hora de establecer las correspondientes posiciones que

¹³⁹. Cfr. *Ibid.*, p. 6.

¹⁴⁰. *Ibid.*, p. 8.

¹⁴¹. *Ibid.*

¹⁴². *Ibid.*, p. 15.

ocupan los sujetos en función al cumplimiento de determinados intereses económicos, acontecidos en un marco preciso de intercambio (el mercado). De manera que, en lo concreto, tal **deber de cooperación** es el contenido de la situación jurídica subjetiva activa denominada **obligación**.

Como se ha dicho en otro momento, la sola presencia del Derecho subjetivo en un ordenamiento no determina su automático cumplimiento, siendo factible que tal no se realice, de ahí la “*atribución a su titular del poder de pretender y obtener también coactivamente (a través de los instrumentos predispuestos por el ordenamiento), la actuación del contenido del obbligo (de la obligación).*” (143)

El poder atribuido es canalizado a través de procedimientos legales, quedando a su discrecionalidad el usarlos o no. El respeto a la libertad del sujeto(144), define la calidad del derecho en cuestión, siendo éste un derecho relativo, pues se haya “*reducido a un solo tipo de comportamiento: la pretensión a la prestación debida por parte del sujeto pasivo.*” (145) Siendo los derechos de crédito de este tipo relativos, exigen para su conformación la existencia de un sujeto referente, el cual asume la posición extrema a ser requerida, se trata lo que en italiano se conoce como *rapporto giuridico* (relación jurídica), vale decir, la relación intersubjetiva dada entre acreedor (activo) y deudor (pasivo) (146).

NICOLÒ plantea que la modificación de la realidad puede también ser ideal, vale decir, que no siendo perceptible por los sentidos opera en el plano jurídico, dando paso a lo que se conoce como *derechos potestativos*. Con ellos, “*la protección del interés a conseguir un bien implica la atribución al titular del interés del poder de producir, con su iniciativa voluntaria, tal modificación.*” (147) Se tiene injerencia en la esfera patrimonial ajena, prescindiendo para su ejercicio de la voluntad del sujeto pasivo, el cual se encuentra en estado de sujeción, debiendo soportar las consecuencias del ejercicio de la situación jurídica establecida a favor del actor. El actor conserva la libertad para decidir su ejercicio.

Volvemos a ZATTI y a su planteamiento respecto al **derecho subjetivo** (148), con ello agregar que señalar que como derechos subjetivos los derechos de crédito no se reducen tan solo a la comprobación de que se trataría de “*facultades de obrar*”(149), sino que son

143. *Ibid.*, p 16.

144. En el más amplio sentido, tanto en la discrecionalidad para el uso o no de los medios, herramientas, remedios legales, como en la situación jurídica del deudor, quien es libre de decidir si cumple o no el deber de cooperación asumido.

145. NICOLÒ, *Ibid*

146. “*La noción de rapporto giuridico (relación jurídica) emerge, al contrario de los derechos absolutos, sobre el terreno de los derechos relativos, donde la posición pasiva recae sobre un sujeto determinado (o determinable) a priori, y el comportamiento, específicamente debido de este sujeto, tiene una inmediata eficacia instrumental, en cuanto necesaria para la realización del interés protegido.*” *Ibid.* p. 18.

147. *Ibid.*

148. Como “*la situación jurídica de una persona a la cual una norma asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral.*” ZATTI, *Op.Cit.*, p. 10.

149. “*Puesto que el derecho subjetivo está constituido, como hemos dicho, por la libertad en que se encuentra el titular del interés protegido, de valerse o no del mandato, es claro el parentesco entre derecho y facultad: el derecho subjetivo es, precisamente, en interés protegido mediante una facultad.*” CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 64.

mucho más dado que la exigencia de la prestación “no se puede describir en términos de «lícito», es decir de facultad. Lo que cuenta, es más bien la obligación [obbligò] del deudor, es decir su deber [dovere] de colaborar para la satisfacción del interés del acreedor; y desde el punto de vista del acreedor, es esencial el poder de exigir, es decir el hecho que su pretensión ponga en funcionamiento tales mecanismos para alcanzar la satisfacción de su interés.” El sujeto tiene el poder de exigir el cumplimiento del deber de cooperación, no porque ello sea lícito, sino por haberlo así asumido el deudor voluntariamente, encontrándose protegido su interés (de cumplimiento o satisfacción de su necesidad) por el ordenamiento jurídico.

Otro aspecto, que queremos resaltar junto a ZATTI es la comprobación que la concepción moderna de los derechos dista del tratamiento “clásico” que en su momento tuvieron. Tanto la propiedad como el crédito (por decir, las titularidad sobre derechos) han “abandonado una definición demasiado simple, que apuntaba solamente sobre un aspecto de la posición general del titular.” No va más ello, “ahora la “posición del acreedor (al cual nos referimos como un «derecho de crédito») no es sólo una posición de pretensión o de poder sino también posición de deber jurídico [obbligò]: deber de lealtad [correttezza] (artículo 1175, deber jurídico [obbligò] de colaborar con el deudor para poder exigir la prestación (artículos 1206 y siguientes) etc. Así también, la propiedad no es sólo una facultad de usar y poder de excluir a los otros, sino también deber [dovere], lo mismo el artículo 832 hace mención a los deberes [obbligò] establecidos por las leyes; los artículos siguientes del Código Civil establecen algunos (artículos 836 y siguientes); la Constitución impone un uso de la propiedad conforme a su función social (artículo 42 Constitución) y, en la iniciativa económica, un uso conforme a la dignidad de la persona (artículo 41 de la constitución).”⁽¹⁵⁰⁾

¹⁵⁰. Como lo precisan lo traductores al realizar la concordancia con nuestro ordenamiento, nos permitimos transcribirlos junto con ellos, Así se tendrá que Artículo 1175 del Código Civil italiano de 1942. *Comportamiento según la lealtad [correttezza]*. El deudor y el acreedor **deben** comportarse según las reglas de la lealtad [correttezza]. El Artículo 1206 del Código Civil italiano de 1942. *Condiciones*. El acreedor está en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago ofrecido en el modo indicado por los artículos siguientes o **no cumple** cuanto es necesario a fin de que el deudor pueda cumplir la obligación. El cuarto párrafo del artículo 1338 del Código Civil peruano de 1984.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o **no cumple** con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Artículo 832 del Código Civil italiano. *El contenido del derecho*. El propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con respeto de los **deberes [obbligò]** establecidos por el ordenamiento jurídico. Cuarto párrafo del artículo 923 del Código Civil peruano de 1984.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. **Debe** ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Artículo 836 del Código Civil italiano de 1942. *Vínculos y obligaciones provisionales*. Por las causas indicadas en el artículo precedente la autoridad administrativa, dentro de los límites y con las formas establecidas por las leyes especiales, pueden imponer a las empresas [aziende] comerciales y agrícolas particulares vínculos y **deberes [obbligò]** de carácter provisional. Artículo 42 de la Constitución de la República italiana de 1948. La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a los entes o a los privados. La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquirirla, el disfrute y los límites con el propósito [scopo] de asegurar la **función social** y de hacerla accesible a todos. La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la ley, y salvo la indemnización [indemnizo], expropiada por motivos de intereses generales. La ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria, y los derechos del Estado sobre la herencia. Artículo 70 de la Constitución Política peruana de 1993.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el **bien común** y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para

Ilustra esta cita el estado actual de la cuestión. No son más los derechos exclusivamente privados, de protección de intereses egoístas, particulares, en solo beneficio del destinatario o titular. Prima ahora la visión social, como lo señalaba FERNÁNDEZ SESSAREGO. Es más, para el caso de los derechos de crédito el sostiene que:

“La situación jurídica subjetiva de "acreedor", que puede asumir el sujeto, comprende el derecho del titular de exigir a su deudor el pago de la obligación contraída pero, simultáneamente, tiene el deber de prestar su colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación o aceptar el pago y no rechazarlo si éste cumple con los requisitos de integridad, identidad, localización y temporalidad.”⁽¹⁵¹⁾

Es momento de regresar a considerar el escenario de la vida social donde mejor se muestran las situaciones jurídicas subjetivas, vale decir, la relación jurídica. En palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO existe una conexión conceptual entre esta y aquella; la misma que se presentaría como un problema para la ciencia jurídica contemporánea. En la medida que no puede darse situación jurídica subjetiva que no tenga por finalidad ejercerla en función a otros integrantes de la comunidad, a su turno titulares (sujetos, sometidos, etc.), también, de situaciones jurídicas subjetivas. Siendo el derecho intersubjetividad, tales situaciones tendrán sentido dentro de esta perspectiva. Citando a Perlinger, dirá: *“Lo que está siempre presente en la relación, (...), es la conexión entre situaciones jurídicas.”⁽¹⁵²⁾*

Así, en función a lo aquí expresado más adelante nos ocuparemos de una específica relación jurídica, la relación de consumo. La misma que, podemos adelantar tiene una naturaleza compleja, al quedar integrada por un cúmulo de situaciones jurídicas subjetivas, de las cuales son titulares dos sujetos definidos legalmente, de una parte el consumidor (o usuario); de la otra, el proveedor. Cada cual cumpliendo roles, obedeciendo a su particular estado, produciéndose una dinámica de intercambio de posiciones.

contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. Artículo 41 de la Constitución de la República italiana de 1948.- La iniciativa económica es libre. No puede desarrollarse en oposición con la utilidad social o de manera que produzca daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueden ser guiadas y coordinadas a los fines [fini] sociales. Constitución Política peruana de 1993 Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

¹⁵¹. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Op.Cit.*, p 73.

¹⁵². *Ibid.* p. 76. *“Dualidad de sujetos, proporción entre hombres, que siempre, cualesquiera que sean los rasgos específicos de la situación, se manifiesta dentro del esquema básico de poder-deber.”* Afirma Fernando HINESTROSA, quien agrega: *“Toda situación jurídica lleva dentro de sí, por naturaleza, una relación jurídica, esto es, un nexo entre dos sujetos en torno de un objeto, regulado por el derecho y surgido a propósito de la detentación de bienes y de la utilización de servicios, con miras a la satisfacción de necesidades, y normativamente dispuesto según las tradiciones, ideales y costumbres de la comunidad respectiva.”* HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 40.

Por último, dediquemos unas líneas a un aspecto medular de la puesta en ejercicio de las situaciones jurídicas subjetivas. Nos referimos a la responsabilidad de quien asume la posición de deudor del deber de cooperación (obligación). Dado que es distinto decir que, dependerá de la libertad del sujeto decidir su actúa o no, a dejar de referirnos a las consecuencias del incumplimiento.

La relación obligacional genera ulteriormente “responsabilidad” que en palabras de BETTI atraviesa, de un inicial “estado de pendencia” (de incierta actuación), hasta la realización de “*la hipótesis prevista: que no se verifique el hecho esperado, o que se produzca el temido.*”⁽¹⁵³⁾ Tal responsabilidad se expresa en la posibilidad otorgada al acreedor de “*dirigirse contra el patrimonio del deudor (...), sin el cual éste (el derecho de crédito) tendría escaso valor*”, afirma el maestro alemán ENNECCERUS.⁽¹⁵⁴⁾

Dentro del concepto originario de la obligación, esto es aquel que nos remonta a la Roma más antigua, la que nos relatan los romanistas como cuna donde regían las XII Tablas, bien puede notarse que la figura del deudor está marcada por la sujeción física de éste, lo cual se tradujo en la acción de la ley de tipo ejecutivo conocida como la “*manus iniectio*”⁽¹⁵⁵⁾, la cual procedía cuando el crédito había sido probado en juicio o, citado judicialmente, el deudor reconoce la deuda (confiesa). Producida cualquiera de estas dos situaciones, el deudor contaba con un plazo de treinta días, a cuyo vencimiento el acreedor estaba autorizado para aprehender por el cuello al deudor en cualquier parte donde lo hallare llevándolo ante un magistrado, quien luego de que el acreedor dijera las palabras rituales y repitiera el gesto de la aprehensión le autorizaba para que se llevara al deudor a su domicilio. Una vez allí, permanecía sesenta días, plazo dentro de cual el acreedor debía conducir al deudor a tres mercados consecutivos, a fin de que declarara a viva voz la razón de su aprehensión y el monto de la deuda, de modo que si alguien se apiadaba saliera en su auxilio. Si vencía este plazo sin que fuera “rescatado” el acreedor procedía a su venta (fuera de Roma) o muerte (y en caso, hubieran sido varios acreedores pudieron dividir el cuerpo, tomando cada uno su parte)⁽¹⁵⁶⁾

A no dudarlo, en tales circunstancias el deudor era la parte débil y desprotegida. Como dice IGLESIAS⁽¹⁵⁷⁾, lo que prevaleció en la antigua obligación romana es la

¹⁵³. BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 256.

¹⁵⁴. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Barcelona: Librería Bosch, 1933, pp 10

¹⁵⁵. Las acciones de la ley fueron declaraciones solemnes, rituales, pronunciadas por el particular, por lo general ante un magistrado, cuya finalidad era que se proclame un derecho que siéndole propia se encontraba en discusión o, la realización de un derecho previamente reconocido. La *manus iniectio* es la intervención estatal vigilando la manera como los particulares ejercían sus derechos, en buena cuenta se reguló la venganza privada, sin dejar de otorgarle al acreedor facultades sobre la persona del deudor. Las garantías se dirigían a evitar los abusos, además que la disposición del cuerpo del deudor se toleraba siempre y cuando se fundara en la existencia de la deuda y el incumplimiento del deudor y que, ningún tercero lo hubiera afianzado. Cfr. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Las acciones en el Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pp 2 – 26.

¹⁵⁶. *Ibid.*

¹⁵⁷. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1982, p. 385.

responsabilidad ⁽¹⁵⁸⁾, pues la “*obligatio es una atadura de propia persona, un sometimiento personal al poder -manus- del acreedor propio o ajeno.*”⁽¹⁵⁹⁾ Recordemos con el propio IGLESIAS que, la obligación más antigua en el Derecho Romano fue el *nexum*, que tuvo el carácter de “automancipación”⁽¹⁶⁰⁾, a la que recurrieron quienes tuvieron “*una posición social y económica débil, e incluso se ha llegado a pensar que sólo es utilizado entre acreedor patricio y deudor plebeyo.*”⁽¹⁶¹⁾

Con la *Lex Poetelia Papiria* (236 aC) se abole el *nexum*, “*sustituyendo la atadura o vinculación de la persona del deudor por la de sus propios bienes.*”⁽¹⁶²⁾

HINESTROSA, citando a Barassi, opina que también forma parte de la definición (“es preciso incluir” afirma) “*un aspecto que, aun cuando constituye su fase patológica: el incumplimiento, pertenece a aquella, teniendo en cuenta que la fuerza del derecho, esto es, su coercibilidad, no se manifiesta únicamente en la reacción cierta, remedial, ante su quebranto, sino, además, preventivamente, en la presión moral y social que ejerce sobre el destinatario, acá el obligado, la mera posibilidad de que ello suceda, por lo cual dicha seguridad (pretensión) forma parte del concepto dinámico de esta relación jurídica.*”⁽¹⁶³⁾ Reivindica de esta manera, de una parte, la cooperación que subyace a la obligación, como situación jurídica subjetiva, en tanto que la normalidad del cumplimiento sería la consecuencia de conocer los efectos de no hacerlo, graficado en la existencia de remedios legales, además de la presión social puesto que su reputación, posibilidad de futuros créditos están en juego⁽¹⁶⁴⁾ Esto para algunos sujetos es lo suficientemente importante para impelerle a cumplir.

Débito y la responsabilidad son los elementos característicos de esta situación jurídica. El débito “*es la esperanza o creencia del beneficiario de la prestación, de que el obligado cumplirá exactamente el compromiso contraído, junto con la necesidad en que se halla el deudor de preferir el interés ajeno al propio y acomodar sus actos y omisiones a la finalidad del vínculo.*” La responsabilidad, “*señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título y, en subsidio, trocado el bien o el servicio en dinero, realizar la expropiación forzosa de los bienes del deudor*

¹⁵⁸. “*Bien se puede decir que en esta etapa el deber no tenía importancia, pues lo único que interesaba era la responsabilidad del obligado.*” WAYAR, Ernesto C. *Derecho Civil Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004, p.69.

¹⁵⁹. *Ibid.*

¹⁶⁰. *Ibid.* *Mancipatio* de *manus*-poder y *capere*-tomar, fue un acto solemne por el cual se adquirieron las *res mancipi*, funcionando para obligarse por el *nexum*. Fue un rito con las formalidades del *per aes et libram*, esto es por el cobre y la balanza. Su origen es muy antiguo, Gayo en *Institutas* I, 119 la presenta como una “venta imaginaria”. Ver: DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 124; Gayo. *Institutas*. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 128.

¹⁶¹. IGLESIAS, *Op.Cit.*, p. 387.

¹⁶². *Ibid.*

¹⁶³. HINESTROSA, *Op.cit.*, p. 56. Quien cita a BARASSI (*Teoria generale delle obbligazioni*, 1, Milano, 1948, p. 31 y ss) cuando afirma que.: “*No es posible separar el derecho a la prestación del elemento coactivo, y no lo es cabalmente porque es el segundo de esos dos elementos el que le otorga la plena juridicidad al primero.*”

¹⁶⁴. El ver registrado sus antecedentes crediticios en una central de riesgos puede ser la diferencia entre cumplir o no, se dan casos de cumplimiento en circunstancias de necesitar un nuevo crédito, siendo la costumbre “solucionar” los problemas pendientes.

por causa de utilidad privada, hasta concurrencia del equivalente pecuniario de la prestación y de los perjuicios del incumplimiento.”¹⁶⁵).

La posibilidad de coerción resulta siendo el elemento sustancial de la situación jurídica subjetiva en que consiste el deber de cooperación (obligación).

¹⁶⁵. HINESTROSA, Op.cit., p. 78.

CAPÍTULO TERCERO

1) Liberalización y Economía Social de Mercado

Como se sabe, es en el mercado donde ocurren los intercambios económicos, a través de la concurrencia de ofertantes y demandantes de bienes y servicios. El mercado intermedia “*simplificando los costos de transacción; y (...) creando un sistema de normas destinado a corregir las deficiencias del mercado.*”⁽¹⁶⁶⁾ El mercado no se autorregula, ni funciona equilibradamente (por más esfuerzos teóricos que se hagan al respecto), sus fallas son reales y exigen la participación estatal, pues cuando son trabajadas “*se incorpora la realidad al análisis económico, situando en un mismo nivel al análisis legal y al económico, por cuanto el derecho está diseñado para operar y producir resultados en interacciones sociales activas.*”⁽¹⁶⁷⁾ Se engarza el derecho a la dinámica de las relaciones intersubjetivas, donde es propio que los sujetos pretendan obtener ventajas de situaciones desiguales, frente a las cuales es necesaria la intervención regulatoria específica del Estado.

Esta intervención es normativa, la cual genera siempre externalidades, que pueden ser positivas o negativas; son del primer tipo si cumplen el propósito de facilitar las transacciones, de corregir los defectos, las asimetrías del mercado, etc.. La presencia del Estado en la economía es definitiva sea para bien o mal, se dice por eso que “*el Estado es un actor esencial, sea porque contribuye a reparar las fallas del mercado o porque constituye un factor de distorsión del mercado; incluso, en la mayoría de los casos, su actuación impacta en ambas direcciones.*”⁽¹⁶⁸⁾

Sin embargo, el tema de la intervención estatal en la economía separó las opiniones tanto de juristas como de economistas. En los extremos se ubicaron neoliberales y neomarxistas, en el medio, una serie de ideas mixtas. Al final del recuento, la cuestión no está en responder a la pregunta: ¿Es mejor regular que desregular?, o a ¿Cuál es el nivel óptimo de Estado que requiere determinada sociedad?. No sólo por la complejidad misma de las preguntas, sino que los tiempos presentes demuestra cuan frágiles son los conceptos absolutos. Actualmente asistimos a una escena que nos relata que el mercado aparentaba una fortaleza que carecía y que la iniciativa libre requiere de la presencia paternal del Estado, quien la dirija en libertad.

Como se conoce, la de los noventa fue la década de la consolidación de la liberalización y privatización en la economía⁽¹⁶⁹⁾, donde la consigna no fue otra que si se quería entrar a la modernidad había que seguir las pautas del orden económico internacional, representado por el FMI; no había tiempo que perder, puesto que bajo esta perspectiva,

¹⁶⁶. CÁCERES ZAPATA, Rubén. *Instituciones, Derecho y costos de transacción. El análisis económico del derecho en una sociedad no estructurada*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2005, p. 12.

¹⁶⁷. *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁶⁸. *Ibid.*, p. 16.

¹⁶⁹. “*La cosa es pues clara: la reforma del Estado, es decir, el replanteo de los límites de la actividad del Estado, y en consecuencia, la ideología liberal en su aplicación, empieza en agosto de 1990, recién llegado Fujimori al cargo presidencial. Se analiza, negocia y plantea en el primer semestre de 1991, y se concreta normativamente, con pleno respaldo constitucional, en el segundo semestre de 1991.*” GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *La Constitución y su Dinámica*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 232.

“los mercados libres son más eficientes, la mayor eficiencia se traduce en mayor crecimiento”⁽¹⁷⁰⁾ y, claro está, cómo no pensar en ser eficientes. Aquí el asunto público pasaba por hacer del país un destino atractivo para los capitales extranjeros. El éxito o no de tal planteamiento no pasaba por las bondades teóricas de los tecnócratas del FMI⁽¹⁷¹⁾ ni de seguir rigurosamente sus prescripciones, dependía más que nada de las características particulares de cada país (China es una evidencia).

Sin embargo, no deja de ser un mito el estimar que dar libertad al ingreso del capital e inversión extranjeras mejoraran las condiciones de competitividad interna, las reglas del mundo de los capitales no ofrecen garantías, las transnacionales “han hecho menos de los que podrían haber hecho para mejorar las condiciones de trabajo en los países subdesarrollados. Han entrado allí para acaparar oportunidades de beneficio a toda prisa.”⁽¹⁷²⁾

Sírvanos de punto de inflexión para abordar nuestro tema la contundente crítica de un autor como STIGLITZ, quien en la hora presente se le reconoce tanta razón a sus advertencias, cuando él señalaba los desatinos del FMI en “su falta de sensibilidad ante los grandes contextos sociales”, el asunto era liberalizar antes que preocuparse por regular adecuadamente, forzar las privatizaciones, las políticas públicas que destruyeron empleos; es decir, toda una clase de “*confusiones particularmente asociadas con los seguidores del fundamentalismo del mercado*”, puesto que para el FMI, por ejemplo, estructurados los derechos de propiedad, todo lo demás venía naturalmente, es decir, la institucionalización, ls estructuras legales que hacen funcionar al mercado.⁽¹⁷³⁾

Este fundamentalismo, como se sabe, busca apoyo en la “mano invisible” (Adam Smith), teoría que, a la luz de las contraposiciones del tiempo y la realidad económica ha quedado restringida, se ha probado que “*cuando la información es imperfecta y los mercados incompletos (es decir, siempre, y especialmente en los países en desarrollo), entonces la mano invisible funciona de modo muy deficiente.*”⁽¹⁷⁴⁾ Estas imperfecciones o fallas del mercado, sabemos ahora, justifican la intervención eficiente y deseable del Estado; pero no era así en el momento de las políticas el Consenso de Washington, con su modelo simplista de economía de mercado, reivindicatoria de la mano invisible, del *laissez faire*, donde el Estado era innecesario. Este tipo de política fallo por problemas de “secuencia”, puesto que no funcionan los modelos por simple imposición, el mercado existe si se dan las condiciones, si hay derechos de propiedad definidos y tribunales de justicia dispuestos a hacerlos respetar, si se cuenta con información perfecta, etc., el asunto es claro, sin reformas sustanciales o estructurales profundas en el Estado y la sociedad el libre mercado es una fantasía.

El fundamentalismo del mercado ha desviado de sus objetivos iniciales al FMI, pues éste era coherente con una acción pública (recordemos que es una institución pública); era, puesto que quienes pasaron a dominarlo no creyeron particularmente en que el Estado funcionara bien.

¹⁷⁰. STIGLITZ, Joseph E.. *El malestar en la globalización*. Madrid: Punto de Lectura, 2007, p. 133.

¹⁷¹. De los que STIGLITZ llega a decir que “*jamás reivindicaron ser grandes teóricos*”. *Ibid.*

¹⁷². *Ibid.*, p. 137.

¹⁷³. *Ibid.*, p. 144.

¹⁷⁴. *Ibid.*, p. 145.

CÁCERES ZAPATA, plantea que una vez superado el escollo ideológico y pensando la subsidiariedad en términos “académicos”, se encuentra la relación entre intervención y subsidiariedad, pues ambos convergen en la necesarias correcciones de las fallas específicas del mercado⁽¹⁷⁵⁾.

El neoliberalismo resolvió el enigma de la esfinge, nos dice CÁCERES ZAPATA, “situando al ser humano guiado por la propensión al atesoramiento individual; el ser humano se guía por su propensión a la riqueza, razón por la cual la sociedad debe adecuarse a dicha propensión, porque en la medida en que aquél tenga mayor libertad para atesorar bienes, es más eficiente.”⁽¹⁷⁶⁾ De ahí que se estimen racionales a las elecciones que se dan en el mercado, en la medida que estas maximicen esta natural propensión a la acumulación de riqueza individual, contexto en el cual el Estado no conviene.

La historia nos da cuenta de países que salieron de la crisis o de situaciones de estancamiento a partir de recurrir a hechos, incuestionablemente, ilícitos. Qué duda cabe que parte de la “bonanza” china se debió a pasar por alto la propiedad intelectual, o que el Japón de la postguerra repuntó gracias a la copia de la tecnología norteamericana y europea, hecha con la anuencia norteamericana y europea.

Sin ir muy lejos, cuantos ejemplos locales pueden citarse de “exitosos empresarios” que se enorgullecen de su paso por la informalidad. O de premiar las invasiones con la legalidad, bajo la lógica de alegar interés público en convertir la usurpación (delictiva) en posesión legítima (por ende, señorío, poder, propiedad). Tal parece que la lucha en el mercado ha impuesto el respeto a valores supremos que premian el éxito a toda costa, de manera que parecerían bienvenidos los monopolios, las posiciones de dominio, la competencia indiscriminada, el contrabando, el narcotráfico y un largo etcétera. La contradicción es propia más de la irracionalidad que la racionalidad de las elecciones, vivimos en un mundo ambiguo, de constante lucha por redefinir los valores, la ética, la moral, lo que se debe entender por público y privado.

Los cultores del mercado libre, asumen que la racionalidad se ve favorecida por la espontaneidad, cuyo principal insumo está en la libertad para elegir entre los diferentes bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Se asume que el “nuevo” orden jurídico tuvo tal propósito, al establecer las pautas de lo que debía considerarse un “mercado ideal”, competitivo, de información accesible, propicio para la iniciativa privada. Pero, acaso, los noventa no siguió la hiperinflación normativa bajo la excusa del libre mercado.

Indudablemente buscar las explicaciones económicas a los actos jurídicos es un ejercicio que reta al interprete, pero, coincidimos con aquellos que sostienen que los problemas que afronta la sociedad exceden el marco negocial, que las interrelaciones personales, los motivos detrás de las decisiones individuales son ignoradas, siendo válido sostener que sobrepasan los esquemas teóricos.

La intervención hoy no es vista como enemiga, ha pasado a formar parte de las acciones esperadas del Estado, es decir, los consumidores y usuarios esperamos que el Estado no sea un simple observados pasivo de cómo el mercado se reajusta o no, lamentando la

¹⁷⁵. CÁCERES ZAPATA, *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁷⁶. *Ibid.*, p. 127.

especulación y no haciendo algo al respecto. Ahora se ha positivizado la intervención, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1034, sobre Represión de Conductas Anticompetitivas, manda que *“El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.”* Es decir, ahora no debe sorprendernos el tener un Estado más comprometido con beneficiar los intereses del consumidor, en salvaguarda de un mercado verdaderamente libre, exento de manipulaciones y conductas monopólicas perjudiciales. Esta norma autorizaría, por citar un campo determinado, en los márgenes de utilidad en la venta de medicamentos, donde se dice que llegan al 200% y existirían evidencias de abuso de una posición de dominio, manejada por los laboratorios en connivencia con clínicas y consultorios médicos (¹⁷⁷)

El culto al mercado, la prevalencia de la iniciativa privada como única vía hacia el progreso, alegando la reducción del Estado a su mínima expresión, fue lo que se dio en identificar como “neoliberalismo”, que puede presentarse como modelo económico nefasto, al ser una orientación que *“no respeta los derechos ni la igualdad y se afirma la coacción, la guerra y la fuerza. Reduce la democracia a la iniciativa del más exitoso, creando nuevas formas de discriminación y desigualdad. El neoliberalismo, es sin duda, un maquiavelismo formidable a la altura del siglo XXI por el peso de los estados modernos y del capitalismo mundial.”*(¹⁷⁸)

De ahí que pueda sostenerse que, a pesar de los intentos modernistas en el fondo nuestro Estado no ha dejado de ser mercantilista. Repasemos los constantes casos de corrupción, cuestionamientos al Poder Judicial (v.g. “caso petroaudios”), la posición de dominio que diferencia a determinados grupos de poder económico. Es decir, si cuando se hace referencia al mercantilismo se hace teniendo presente que, en él *“el empresario es el que se beneficia y el que ha logrado establecerse a través de sus enlaces o vínculos políticos con el gobierno. (...) El mercantilismo es, pues, un sistema burocrático donde sólo importa el dueño de la empresa y sus ganancias.”*(¹⁷⁹), y es que sería en las ventajas dadas al empresariado donde mejor se aprecian estas características. Particularmente, en el ejercicio profesional nos ha correspondido asesorar empresas en el rubro de la contratación pública, observando qué tanto se aplica este mercantilismo. Ni el Estado de Derecho ni el Social de Derecho están presentes cuando se trata de la defensa de los intereses particulares enlazados en la corrupción. Ahí se presenta como la connivencia directa de los manejos que se dan beneficiando a determinadas empresas, las cuales organizan con la “ayuda” de las cabezas de las mismas “instituciones” públicas el resultado, armando procesos “formalmente” incuestionables. Esta manipulación es mercantilista y el Perú lo sigue siendo. Graficamos con ello una seria contradicción, puesto que si se defiende la inexistencia del Estado, ello es imposible pues no hay más grande y conveniente contraparte en un contrato que el Estado, ¿cuántos grupos de poder económico han surgido a partir de la construcción de obras públicas? Varios, diríamos. Entonces, qué conviene aquí, claro está las obras públicas generadas por el Estado.

¹⁷⁷. Es la posición de Juan Francisco Rojas en su artículo aparecido en la columna “Cristal de Mira” de la República, 28.04.2009, p. 13.

¹⁷⁸. CASTRO, Augusto. *El desafío de las diferencias. Reflexiones sobre el Estado moderno en el Perú*. Lima: CEP, UARM, IBC, 2008, p. 109.

¹⁷⁹. *Ibid.*, p. 327.

Con ello, se llega a una temprana conclusión, en cuanto a señalar que jamás podrá dejar de existir el Estado. Sin él no hay mercantilismo.

Sin embargo, la justificación neoliberal a la intervención estatal viene por el antes señalado lado de las consabidas fallas de mercado que no permiten al Estado cumplir con asegurar la efectiva redistribución que, en condiciones normales estaría reservada al mercado libre. Pero, esta justificación no es tal, es más bien el sustento de la crítica que descubre en ella una falacia, Castro señala, al respecto: *“La crítica al neoliberalismo nos parece que está en que reinterpreta el papel del Estado y lo reduce a ser un agente regulador, un agente que cubre solo las fallas del mercado, o ser un promotor de la inversión pública. El problema no está ahí. Estas funciones le son inherentes. El problema está en la reducción de su papel político y en pasar a transformarse en sólo un agente económico y comercial.”*⁽¹⁸⁰⁾ Es que se hace pasar aquello que es una de sus funciones típicas como “la función” regulatoria.⁽¹⁸¹⁾

Creemos que el asunto no pasa por encontrarle una justificación a la presencia del Estado, como esta de las fallas del mercado, pues más parece una excusa ante las evidencias, Es probable que todo pase por aceptar conclusiones como la que realiza la profesora colombiana CORREA HENAO, quien sería un *“(e)lemento esencial del principio de la economía de mercado es el de la intervención pública, característica intrínseca del sistema económico propiamente dicho y de la forma constitucional que de él adoptan las constituciones (...) en nuestros días el sistema económico del mercado libre y competitivo –las dos cosas- se consolida como un orden preservable, en la medida en que sea efectiva la intervención del Estado en tanto garante de los intereses individuales y colectivos en juego que ese mismo mercado protege y por los cuales se defiende como sistema de organización económica y social.”*⁽¹⁸²⁾ Como vemos, entonces, no hay mercado libre sin el ente público que lo organice. Pensamos, por eso, que aludir a esas fallas no es más que el lugar común que han encontrado los economistas para aceptar al final la intervención estatal, elaborando al respecto una serie de supuestos muy bien estructurados teórica y prácticamente, diríamos hasta irrefutables.

En tal sentido, AVELLANEDA ROJAS y SUMAR ALBUJAR, en su tesis de Licenciatura, alegando las mencionadas fallas, estiman que *“(d)ejar las cosas a merced de la “mano invisible del mercado” no es siempre la mejor alternativa. De hecho, más ampliamente, el mercado no está alineado, en todo momento, al interés de la sociedad. En ciertos casos, puede ser contrario a algunos de los valores de ésta, como la igualdad, la justicia o los derechos fundamentales. En otros caos, (...) la utilización del*

¹⁸⁰. *Ibid.*, 343..

¹⁸¹. Los noventa se presentan como la década tomada por el neoliberalismo que pretendió en el planteamiento De Soto significar un quiebre con el mercantilismo favoreciendo la iniciativa privada a partir del empoderamiento del ciudadano común, reconociéndole la titularidad de sus bienes a efectos de facilitarle el acceso al crédito y con ello a mejores condiciones de vida. Pasando por la abierta justificación de autores como Althaus, para llegar a Francisco Durand y su visión lucida y crítica del neoliberalismo, porque trataron de pasar “gato por liebre”, vendiendo la idea de una economía liberal de mercado lo que en realidad era el más duro mercantilismo. Cfr. CASTRO, *Op. Cit.*, p. 347.

¹⁸². CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp 175 – 176.

mercado generará costos a la sociedad.”(183) Siendo de nuestro interés, recorrer con ellos la justificaciones a la intervención reguladora del Estado en una actividad precisa, la publicidad, al ser esta el tema de su tesis.

Para los autores la regulación es una interacción entre *“acciones sociales y las justificaciones asociadas a ellas, aunque nos empeñemos en buscar cuál de ellas prima en un caso concreto.”* Para lo cual, es posible basarse en la tipología de las acciones sociales de Weber. Con tal propósito, la regulación podría ser *“acción social de acuerdo a fines”*, las cuales como se sabe incluyen *“las acciones basadas en los medios y fines para maximizar beneficios”*, de manera que aplicado a los reguladores, estos intervendrán como agentes en el mercado *“utilizando la regulación como un bien”*, que los *“grupos de interés intentarían capturar”*. También, podría ser *“acción social de acuerdo a valores”*, en donde el actuar de acuerdo a una ideología determinada, podría estar relacionada con la *“persecución de la eficiencia económica, la justicia redistributiva, o la protección de valores morales o derechos fundamentales.”*(184)

La existencia de costos de transacción elevados, es decir, situaciones en las que los sujetos no están en mejores condiciones de negociar, opinan ellos, *“se puede arribar a la conclusión de que es mejor regular”*, poniendo atención en la evaluación de los *“costos involucrados”*; en la medida que se estimen *“el costo relacionado a los errores de los burócratas y el propio costo de la administración de las reglas.”* Es decir, el análisis de la conveniencia de la intervención deberá recurrir al *“Teorema de Coase.”*(185), dado que no basta que existan estos costos para justificar la *“imposición de regulación”*, hay que demostrar su proporcionalidad con los *“objetivos que persigue”*. Para ellos, el punto de partida resultante de contrastar esta afirmación es que *“tal análisis no ha sido realizado, precisamente porque la normativa ha sido aprobada por presión política y económica, tanto interna como externa, de grupos de interés.”* (186)

Resulta interesante advertir cómo habría que mantener una distancia con la sola existencia de un marco legal promotor del libre mercado, pues este no sólo existe por decreto o imposición de la economía globalizada. Ese mercado exige como condición una sociedad civil fuerte, sólida, con valores que defender, frente a los cuales se pueda discriminar aquellas actividades que no obstante pasar el examen de eficiencia, *“su realización es incompatible con nuestros valores morales o normas constitucionales.”* Situación en que la regulación estaría plenamente justificada (187) .

Notemos de esta manera, como la tendencia está más en reconocer razones a la regulación que parten de la esencia representativa de la democracia, en la medida que los ciudadanos tienen *“el poder para implementar mediante el Derecho sus aspiraciones colectivas; o para contrarrestar, facilitando información y creencias adaptadas a un status quo injusto o en cualquier otra forma objetable.”*(188) Como se

183. AVELLANEDA ROJAS, Julio y SUMAR ALBUJAR, Oscar. *Paradojas en la Regulación: Análisis Económico del Derecho Publicitario*. Tesis para optar la Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho PUCP, Lima 2008, p. 8.

184. *Ibid.*, p.15-16

185. *Ibid.*, p. 17.

186. *Ibid.*, p. 22.

187. *Ibid.*, p. 20.

188. SUNSTEIN, Cass R., Las funciones de las normas regulativas. En *Isonomía* 17, Octubre 2002, p 43. Artículo publicado con el título “The Functions of Regulatory Satutes” en Sunstein, Cass R-. Alter the

conoce las normas regulatorias sirven al Estado para intervenir ante las fallas de mercado. Es el caso de los *monopolios*, donde lo que se busca es el buen funcionamiento del mercado, sin embargo, estos controles jurídicos son una “*solución muy débil o raquílica cuando se trata de monopolios naturales*”⁽¹⁸⁹⁾. Otra falla del mercado está dada por *los problemas de acción colectiva, las cuestiones de coordinación y los costes de transacción*. El comportamiento individual racional puede conducir a la irracionalidad colectiva, cuando actúen movido por su propio interés; como sucede en el tratamiento de los bienes colectivos o públicos, donde al no poderse impedir el uso o disfrute (caso de la defensa nacional) se presentan los *free rider* (comportamiento “gorrón”). Pertenece a este tipo de soluciones reguladas la protección al medio ambiente, donde no basta la posibilidad de acuerdos cooperativos a los que podrían arribar los individuos (empresas-consumidores), sino que es costoso que ellos lleguen a dichos acuerdos (elevados costes de transacción), haciéndose necesaria la coerción estatal. Sunstein en este punto, pone atención en la manera como la intervención se hace necesaria porque a través de ella el “*derecho remueve obstáculos psicológicos, ayudando a las personas a hacer lo que en verdad quieren hacer*.”⁽¹⁹⁰⁾ Permite así, beneficiar la seguridad y salud de la población, sancionar el no usar cinturones de seguridad o prohibir fumar en locales públicos, no es paternalismo, sino el impulso necesario para cooperar colectivamente.

Lo relacionado con la *coordinación*, se refiere a como las conductas particulares son arregladas por los poderes públicos, se satisfacen, así, los intereses privados a través de acciones públicas. El Estado regula las acciones privadas, dándole la oportunidad que hagan lo que en realidad quieren hacer.⁽¹⁹¹⁾

Otra falla, es la información inadecuada, especialmente grave en lo relacionado con la seguridad y la salud. Puede tratarse de un bien público, cuya generación es demasiado costosa; o, a que los fabricantes no tengan muchos incentivos para divulgarla, pues afectaría la comercialización de sus productos, no siendo de conocimiento de los consumidores, prefieren ocultarla. El manejo de la información es sumamente complejo y sus consecuencias discutibles, pudiendo darse que el mismo mercado “genere el nivel óptimo de información”, pero sino es la adecuada “*la regulación gubernamental parece una solución sensata.(...) En el interés de la autonomía y del bienestar, la presunción regulativa debe operar a favor de la información antes que de la prohibición*.”⁽¹⁹²⁾ Sin embargo, es importante tener presente una variable adicional, cual es que “las personas tienden a confiar en ciertos tipos de razonamiento heurístico” que al no tomar en cuenta acertadamente las estadísticas, asignan equivocadamente los riesgos. Las creencias o el deseo de que no se esté sujeto a la posibilidad de que pase lo peor influyen en las decisiones, al margen de la información, más aún si ésta es insuficiente. De ahí que, al final será mejor la prohibición directa, el “enfriamiento” forzoso de ciertas transacciones comerciales⁽¹⁹³⁾

Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State, Harvard University Press, Cambridge MA., 1990. Se ha consultado la versión electrónica siguiente:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372764235795943200024/isonomia17/isonomia17_03.pdf

¹⁸⁹. Ibid., p. 45.

¹⁹⁰. SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁹¹. Cfr. SUNSTEIN, *Ibid.* p. 49

¹⁹². *Ibid.*, p. 50.

¹⁹³. *Ibid.*, pp 51-52.

Por último, las *externalidades*, que son “*las conductas privadas que tienen costes externos que son tomados en cuenta adecuadamente por los mercados privados.*”⁽¹⁹⁴⁾ Se encuentran por todos lados, las sustancias dañinas, las fabricas contaminantes, los relaves mineros, etc. Cuyos costes terminamos pagando todos. Regresaremos sobre este aspecto más adelante.

2) Economía Social de Mercado y Constitución Económica:

Para comprender los fundamentos jurídico-económicos del funcionamiento de nuestra sociedad es imprescindible resaltar los conceptos de Constitución Económica, Estado Social y Democrático de Derecho y Economía Social; y, como estos fijan las pautas del marco normativo del mercado, donde confluyen demandantes, ofertantes y Estado. Cada quien con pautas de acción claras, muchas veces confundidas u obviadas por intereses que nada tienen que hacer con el Derecho.

Con precisión y amplio sustento, el profesor MONTOYA CHÁVEZ nos acerca a un concepto de Constitución Económica sumamente gráfico. Señala que se entiende por tal al “*esquema normativo que reconoce dentro de una determinada Norma Fundamental un modelo económico dirigido a tutelar los derechos de las personas intervinientes en el mercado, vigilante y atento al respeto de su condición de seres humanos.*”⁽¹⁹⁵⁾ Concepto que, siendo coincidente en la doctrina nacional ⁽¹⁹⁶⁾, quiere decir que los grandes lineamientos que los constituyentes asumieron como válidos para dirigir el destino económico de los pobladores de este país, quedan incorporados en la Constitución, de manera que, dejan de ser meros postulados para adoptar el rol de “modelo”; sin embargo, no será un esquema frío o de laboratorio, puesto que debe seguir las pautas que sustentan el macrosistema constitucional. En palabras de Montoya Chávez, se habla de “plataformas de ordenación”, para expresar que el orden económico existe en la medida que respeta tanto la **dignidad de la persona** (artículo 1º de la Constitución), como la **democracia estatal** (artículo 3º de la Constitución).

En el plano de la interpretación llevada adelante por el Tribunal Constitucional, dentro de la STC 00034-2004-PI/TC ⁽¹⁹⁷⁾ se ha señalado que la Constitución Económica

“constituyen normas programáticas, mandatos de optimización a cargo del legislador que se fundamentan, a su vez, en el deber estatal de promocionar al

¹⁹⁴. *Ibid.*, p. 52

¹⁹⁵ MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. La Configuración Jurisprudencia del Constitucionalismo Económico. En LANDA, César (Coordinador). Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia – Pacífico APEC). Lima: Palestra Editores, 2008, p. 75. Otro texto del mismo autor consultado para esta parte fue: MONTOYA CHAVEZ, Victorhugo. *Perfilando el Constitucionalismo Económico*. En Revista Economía y Derecho, Vol. 4, Nº 14 (Otoño 2007), UPC, pp 53-73.

¹⁹⁶. “*Se denomina Constitución Económica al conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las sociedades mercantiles y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan sus derechos, deberes y responsabilidades*”, precisa, entre otros, Baldo Kresalja, apoyándose en Font Galan, Martín-Retortillo, Lojendio y García Belaúnde. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La Libertad de Empresa: Fundamento del Sistema Económico Constitucionalizado*. En: Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004, p. 518.

¹⁹⁷. Caso Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos en contra del Congreso de la República, demandándose la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 26271, sobre pasajes libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros.

bienestar general (artículo 44° de la Constitución). Cabe precisar, sin embargo, que aun cuando semánticamente presentan cierto grado de indeterminación y, por consiguiente, amplia flexibilidad a favor del legislador; tales disposiciones no pueden asumirse como capaces de sustentar cualquier tipo de legislación arbitraria y carente de adecuación objetiva, pues los límites a la intervención estatal en la actividad económica de los particulares, se constituyen ahí donde tal actuación supondría una violación del principio de vinculación a los derechos fundamentales.”⁽¹⁹⁸⁾

El Tribunal Constitucional en la STC 008-2003-AI/TC recaída en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 ⁽¹⁹⁹⁾, ha reconocido que lejos de constituirse en un riesgo para el funcionamiento del mercado, la “Constitución Económica” orienta la recomposición de las desigualdades sociales y económicas, que si fueran dejadas al mercado constituiría el “verdadero riesgo”⁽²⁰⁰⁾, siendo que

“(…) el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tutividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia.”⁽²⁰¹⁾

La STC en mención sentó las bases de que para “aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico” constitucional era “preciso determinar previamente los principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico”⁽²⁰²⁾. Es así que el peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho conclusión del análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Constitución ⁽²⁰³⁾, lo cual “tiene una eficacia práctica, toda vez que posibilita su integración con la sociedad y su democratización”⁽²⁰⁴⁾. Siendo que, a decir del mismo Tribunal en cita a García Pelayo, el Estado social y democrático de derecho constituye en

¹⁹⁸. Fundamento Jurídico 27.

¹⁹⁹. Recordemos que a través de esta acción se cuestionó la constitucional de un Decreto de Urgencia sosteniendo que no se habían dado las situaciones habilitantes para su promulgación (extraordinariedad o excepcionalidad grave para el país en el sector económico o financiero), siendo violatorio de los derechos fundamental a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libre contratación y a la propiedad. Dicho D.U. permitía que a través de decretos supremos se pudiera fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga.

²⁰⁰. Puede confirmarse en el Fundamento Jurídico 3 de la STC 0008-2003-AI/TC.

²⁰¹. Segundo párrafo del Fundamento Jurídico 8.

²⁰². Fundamento Jurídico 9.

²⁰³. Fundamento Jurídico 19. Recordemos que conforme al artículo 3° la “enumeración de los derechos establecida” en el capítulo I del Título I de la Constitución “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.” Y el artículo 43° es el que manda que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

²⁰⁴. MONTROYA CHÁVEZ, Ibid.

“(..) el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales.”⁽²⁰⁵⁾

Es claro que

“(...) el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.”⁽²⁰⁶⁾

En este modelo, el Estado moderno despliega sus actividades en lo económico, social, político y jurídico, se presenta así como una “tercera vía” entre la economía de planificación y dirección central y la del *laissez faire*⁽²⁰⁷⁾. Como parte de este marco se encuentra regulado el régimen económico en la Constitución, donde en su artículo 58 se establece que la iniciativa privada se “*ejerce en una economía social de mercado.*” La cual es

“representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.”⁽²⁰⁸⁾

Así, para el Tribunal Constitucional la economía social de mercado⁽²⁰⁹⁾ “*es una condición importante del Estado Social y democrático de derecho.*”⁽²¹⁰⁾ Que conjuga los principios de dignidad de la persona (art. 1º de la Constitución) e igualdad (artículo 2 inciso 2) de la Constitución), compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos inspiradores del modelo estatal adoptado. De manera que se trata de no sólo de una economía de mercado, sino que se le agrega el carácter de “social”, con lo cual

“el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e

²⁰⁵. Fundamento Jurídico 13, dentro el acápite 4.1.c “Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho.”

²⁰⁶. Fundamento Jurídico 17 de la STC 00034-2004-PI/TC.

²⁰⁷. Ver Fundamento Jurídico 16 de la STC 0008-2003-AI/TC.

²⁰⁸. Fundamento Jurídico 19 de la STC 00034-2004-PI/TC.

²⁰⁹. El Tribunal constitucional en la STC 018-2003-AI/TC respecto de la Economía Social de Mercado ha señala que se trata de una noción referida “*a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en los relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general.*” Fundamento Jurídico 2.

²¹⁰. Ver Fundamento Jurídico 13.a) de la STC 0008-2003-AI/TC.

injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.”⁽²¹¹⁾

Siguiendo la pauta constitucional, el Tribunal ha caracterizado la economía social de mercado por la presencia de tres elementos⁽²¹²⁾:

- a) *Bienestar social*: Empleo productivo, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) *Mercado libre*: Respeto a la propiedad, la iniciativa privada y libre competencia; y,
- c) *Estado subsidiario y solidario*: Las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

El modelo constitucional económico busca armonizar la participación libre de los ciudadanos en el mercado, bajo la supervisión constante del Estado, quien no puede renunciar a cumplir el mandato “social”. Se descarta la posibilidad de un Estado trasgresor, arbitrario, que no respete la autonómica determinación individual.

El rol del Estado en la economía no es menor, la Constitución le reserva la función de estímulo de la riqueza y de garante de la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución). En base a esta regulación se ha dicho que “*su actuación será básicamente bajo el signo de la subsidiariedad, lo cual no puede ni debe significar inacción.*”⁽²¹³⁾ Carácter, este último, que podría ser una consecuencia de asumir que lo social no necesariamente significaría desconocer que la constitución avala la consideración del Estado como mínimo, por justamente reducir su participación a lo estrictamente esencial. Posibilidad descartada por el Tribunal cuando el Fundamento Jurídico 21 de la STC 0008-2003-AI/TC deja en claro que

“aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.”

Es más, es pertinente hacer mención de que a decir del Tribunal tal intervención subsidiaria puede darse en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de servicios, cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o falta de presencia de la iniciativa privada, no son atendidas las demandas de la población.⁽²¹⁴⁾

A todo esto, el Tribunal en la antes aludida STC 0008-2003-AI/TC precisó que la subsidiariedad como principio podía concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. El vertical está relacionado al ordenamiento y las funciones que se definen por instancia de gobierno, de más a menos, “*sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor*”. En cambio la horizontal se da en la relación

²¹¹. Fundamento Jurídico 16, parte final del cuarto párrafo. También en el mismo sentido: Fundamento Jurídico 20 de la STC 00034-2004-PI/TC.

²¹². Ver Fundamento Jurídico 13.a) de la STC 0008-2003-AI/TC.

²¹³. MONTROYA CHÁVEZ, Victorhugo. Perfilando el Constitucionalismo Económico. En Revista de Economía y Derecho. Vol 4, N° 14 (Otoño 2007), p 59.

²¹⁴. Ver Fundamento Jurídico 2 de la STC 018-2003-AI/TC.

Estado – ciudadanía, por la cual, en respeto *“a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.”*⁽²¹⁵⁾

El Tribunal aclara que de ninguna manera puede fundarse (la subsidiariedad) en una concepción “opositiva”, de defensa de la sociedad frente al Estado, sino que deberá ser “integradora” y “consensual” del “cuerpo social”, el cual a través de la subsidiariedad entabla vínculos que se recompondrán gradualmente ⁽²¹⁶⁾ Es decir, no sólo se trataría de un límite si no de una garantía para la recomposición social y la atenuación de las desigualdades materiales, propias del libre mercado. Así, a la par que son respetadas las libertades económicas, por constituir un límite al poder estatal, es igualmente válido respetar la función que dentro del mercado ha quedado reservada por la Constitución al Estado. Ciertamente es que un exceso de libertad es tan nocivo como no respetarlas, de ahí que se precise que hay *“consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de la libertad para la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.”*⁽²¹⁷⁾

En interpretación del Tribunal el máximo respeto garantizado por la Constitución a las libertades económicas no es irrestricto, pues

“tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas no se concibe como fin en sí mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo; prueba de ello es que la propia Constitución ha determinado los límites a su ejercicio, conforme se advierte de su artículo 59º, sancionando el abuso de estas libertades en perjuicio de la moral, la salud y las seguridades públicas; de igual modo, el artículo 60º, condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a su armonización con el bien común.”⁽²¹⁸⁾

Aspecto sustancial a ser considerado, toda vez que en el marco de protección de los Derechos Fundamentales regulados en la Constitución, se entiende que bajo ninguna circunstancia su ejercicio puede estar reñido con la moral, la salud y la seguridad públicas. Valores, estos tres, que se alzan como verdaderos límites al ejercicio de las libertades económicas y que pueden afectar el contenido no esencial del derecho fundamental, es decir, aquello que no sea el núcleo duro del derecho constitucionalmente protegido.

Se respeta la iniciativa libre que se ejerce respetando la libre iniciativa de los demás agentes intervinientes en el mercado; se combaten monopolios y posiciones dominantes porque desarticulan la abierta competencia.

A la par de la subsidiariedad, el Estado desarrolla una función orientadora de los comportamientos sociales dentro del mercado, estableciendo las reglas de juego generales que propendan al bien común. Se trata de desarrollar un poder-deber con las

²¹⁵. Cfr. Fundamento Jurídico 19 de la STC 0008-2003-AI/TC.

²¹⁶. Cfr. Fundamento Jurídico 19 de la STC 0008-2003-AI/TC.

²¹⁷. Fundamento 24 de la STC 00034-2004-PI/TC., que resulta la versión abreviada del Fundamento Jurídico 35 de la STC 0008-2002-AI/TC.

²¹⁸. Fundamento Jurídico 25 de la STC 00034-2004-PI/TC.

características siguientes: Que, las instrucciones se relacionen directamente con la promoción del desarrollo del país; que, se respete la plena y absoluta libertad de los agentes económicos para elegir vías y medios a través de los cuales alcanzar los fines planteados por el Estado; y, que, el Estado estimule y promueva la actuación de los agentes económicos.⁽²¹⁹⁾

Como afirma Rubio Correa, en su análisis del Estado a partir de las sentencias de Tribunal Constitucional, éste ha sido *“muy claro al señalar que el Estado social de derecho responde al principio de solidaridad (...) considera que este principio debe aplicarse y regir en la sociedad peruana a partir de la Constitución.”*⁽²²⁰⁾ A pesar de no mencionarse en ningún artículo de la Constitución, la solidaridad como principio está presente en los fallos del Tribunal, habiendo sido utilizado de manera constante; en su estudio Rubio Correa, establece que, según su criterio, hay tres casos en los que ha sido usado con especial énfasis. Estos son:

- 1) Con relación a una de las dimensiones de lo “social” en la economía de mercado, *“(...) como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos.”*⁽²²¹⁾
- 2) En materia tributaria, con ocasión de discutirse la constitucionalidad de la “bancarización” y el ITF, al respecto, señaló: Que, al propósito de formalización de las operaciones económicas, mejorando los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario, *“(...) coadyuva la imposición del ITF, al que a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad (...).”*⁽²²²⁾
- 3) Un tercer caso se dio en el caso en que el Tribunal optó por reconocer la filiación de una “madre legal” sobre la “biológica” o “genética”, donde señaló: *“(...) considera que la demandante demostró solidaridad para con una recién nacida, en delicado estado de salud y abandonada por su madre biológica, quien no ha mostrado mayor interés por la menor (...) Es decir, la demandante ha actuado en todo momento como una verdadera madre para el menor (...).”*⁽²²³⁾

3) Principios Rectores del Constitucionalismo Económico: ⁽²²⁴⁾

²¹⁹. Cfr. Fundamento Jurídico 39 y 49o de la STC 0008-2003-AI/TC.

²²⁰. Rubio Correa, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 44.

²²¹. Fundamento Jurídico 16 de la STC 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Dasso y más de 5,000 Ciudadanos sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 28258 sobre Regalía Minera), citada por RUBIO CORREA, *Op. Cit.*, p. 74.

²²². Fundamento Jurídico 9 de la STC 0004-2004-AI/TC, citado por RUBIO CORREA, *Ibid.*

²²³. Fundamento Jurídico 4 de la STC 2165-2002-HC/TC (caso Lady Rodríguez pandero contra la ministra de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, sobre hábeas corpus), citado por RUBIO CORREA, *Ibid.*, p. 76.

²²⁴. El cuadro que a continuación se presenta es tomado de: MONTROYA CHÁVEZ, *Op. Cit.*, pp 79 – 102.

Con el propósito de organizar correctamente la exposición de las ideas que sustentan la presente tesis, debemos convenir que el constitucionalismo se ordena en función a los siguientes principios.

1) Con relación a la actividad empresarial:

a. De Libertad en la iniciativa privada:

Descrito por el Tribunal constitucional en el Fundamento Jurídico 17 de la STC 0008-2003-AI/TC como

“principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.”

A decir de RUBIO CORREA, queda convertido en un principio general de Derecho de rango constitucional y que, además, al conectarlo con el inciso 17) del artículo 2° de la constitución, *“confiere a la libre iniciativa privada la característica de ser parte constitutiva del derecho a la participación de las personas en la vida económica del país.”*⁽²²⁵⁾ Siguiendo a este autor⁽²²⁶⁾, diremos que los elementos constitutivos de este Principio son:

- El derecho de emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajar, ejerciendo plena libertad.
- Autonomía plena, decidir libremente cuando emprender y como desarrollar la actividad económica, teniendo como límite el marco del derecho vigente, el cual no puede ser válidamente traspasado.
- Supone también la asignación de los bienes a la actividad productiva donde participe. Bienes que al estar afectados al ejercicio de una libertad constitucional (de un derecho constitucional) merecen adecuada protección.
- Permite dedicar los bienes tanto al intercambio como a la producción (libertad de empresa, comercio e industria).
- Supone obtener una utilidad por la labor desplegada. El beneficio o ganancia esperada es parte del derecho.

Del análisis que realiza Rubio Correa, concluye la existencia de una relación “dialéctica” ente libertad de iniciativa privada e interés público, donde la iniciativa no puede ir en contra del interés público, pero tampoco el Estado puede agraviar en cualquier momento esta libertad. Esto es, de una parte que la libre iniciativa tiene como límite no colisionar con los intereses generales, a la par que el poder político tiene como

²²⁵. RUBIO CORREA, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 178.

²²⁶. Vid. RUBIO CORREA, *Ibid.*, p. 179.

límite a la iniciativa privada⁽²²⁷⁾. La regla económica ratificada por el Tribunal Constitucional es la subsidiariedad de la intervención del poder político, pues prima la libre iniciativa (aplicación del artículo 60 de la Constitución).

Esta relación es presentada por el autor que venimos citando del modo siguiente, “*queda claro que la regla general es la libre iniciativa privada y la excepción es la intervención estatal, que solo se justificará por la aplicación de la ley general que impone los límites y marcos a la libertad en los términos genéricos que establece la Constitución en el citado artículo 2, inciso 24, literal a.*”⁽²²⁸⁾

b. Igualdad en su actuación⁽²²⁹⁾: “*Solo con igualdad, las empresas o los particulares podrán actuar correctamente dentro de la Economía de un país, toda vez que el juicio de igualdad es aplicable también al ámbito económico, máxime si, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad.*”⁽²³⁰⁾

c. De trato semejante en la inversión.

d. De responsabilidad social de la empresa⁽²³¹⁾: Dentro la economía social de mercado, “*la participación de los grupos económicos debe ser realizada en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.*”⁽²³²⁾

2) Con relación al rol estatal:

a. De subsidiariedad.

b. De promoción y orientación de la actividad privada: Consistente en el impulso que el Estado debe proporcionar a la iniciativa privada, con el propósito que puedan conseguir el desarrollo. Citando el Fundamento Jurídico 56 de la **STC 0027-2006-PI/TC**, MONTROYA precisa que dentro de una economía social de mercado, “*al Estado le corresponde intervenir mediante la generación de políticas que velen por el bienestar de la población cuando ello sea necesario, pero al mismo tiempo los agentes económicos deben asumir también cierto nivel de compromiso de colaboración y manifestación de voluntad para que la población incremente sus estándares de vida en diversos aspectos.*”⁽²³³⁾

²²⁷. Cfr. *Ibid.*, p. 181, ver Fundamento Jurídico 18 de la STC 0008-2003-AI/TC citada por el autor.

²²⁸. *Ibid.*, p. 183. Recordemos que dicho literal manda: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*”

²²⁹. Las STC que tratan de este principio son, entre otras, 0001-2003-AI/TC, 0003-2002-AI/TC, 0018-2003-AI/TC, 0045-2004-AI/TC, 0025-2005-AI/TC, 0026-2005-AI/TC, 2210-2007-PA/TC, 5970-2006-PA/TC.

²³⁰. MONTROYA CHÁVEZ, *Op.Cit.*, p. 81

²³¹. Las STC que pueden consultarse al respecto son, entre otras, 0048-2004-AI/TC, 0003-2006-PI/TC.

²³². MONTROYA CHÁVEZ, *Ibid.*, pp. 84 -85.

²³³. MONTROYA CHÁVEZ, *La configuración...*, *Ibid.*, p. 88.

c. De garantía de actuación: Complementaria de la anterior, referida a la intervención vigilante y controladora del Estado, no permitiendo que ciertos actores en el mercado se excedan en sus pretensiones de goce de sus derechos económicos. De manera que el Estado garantiza el respeto de la dignidad humana, sobre todo cuando existe la tendencia de imponerse en el mercado a cualquier costo. Es el caso de la asimetría informativa derivada del contacto entre proveedores y consumidores y usuarios, el abuso de posiciones de dominio (o monopólicas), atentatoria de la libre competencia. Citando a la **STC 0008-2003-AI/TC**, señala que el mandato constitucional es preciso al proscribir y combatir estas prácticas, siendo este reconocimiento la “consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para preservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado, pues debe mantener su función garantizadora y heterocompositiva.”⁽²³⁴⁾ Con ello se espera que el mercado no se vea distorsionado, afectando la libre participación y elección de los concurrentes.

d. De intervención reguladora: El Estado “habrá de intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público parecen haberse olvidado que el beneficio individual que le depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario (C, 65) es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, y es así como surge la función reguladora que debe cumplir.”⁽²³⁵⁾ Se entiende así que en la gestión de los servicios públicos por los particulares, inversionistas, requiere de la actividad estatal que garantice que ello se de dentro de los cánones exigidos por los intereses de los consumidores y usuarios, beneficiarios o destinatarios finales de dichos servicios.

4) Los Derechos Fundamentales Económicos:

Pertencen a esta categoría de Derechos Fundamentales, según el titular, los siguientes:

1) A favor de los ofertantes de bienes y servicios:

a. Derecho a la propiedad⁽²³⁶⁾:

La facultad reconocida al titular para usar, disfrutar, disponer, gravar y reivindicar el bien tiene como contenido la posibilidad de goce en forma armónica con el ejercicio que puedan realizar otros titulares, el respeto a las demás libertades individuales y al orden público y bien común.

b. Derecho a la contratación⁽²³⁷⁾.

c. Derecho al trabajo⁽²³⁸⁾.

²³⁴. Fundamento 35, citado por MONTROYA, *Ibid.*, p. 90.

²³⁵. MONTROYA, *Ibid.*, p.92.

²³⁶. Respecto de este derecho pueden consultarse las STC 008-2003-AI/TC, 0048-2004-AI/TC, 1881-2008-PA/TC, 0003-2007-CC/TC.

²³⁷. Véase las STC 0008-2003-AI/TC, 1776-2004-AA/TC, 0001-2005-PI/TC, 7339-2006-PA/TC.

d. Derecho a la libertad de empresa, comercio e industria⁽²³⁹⁾:

La libertad de empresa es el poder atribuido a los concurrentes al mercado de elegir el modelo por el que regirán su organización y desarrollaran una unidad productiva, para colocar bienes y servicios en el mercado.

Conforme a Kresalja,

“La libertad de empresa tiene el carácter de derecho fundamental, y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional. Se trata de un auténtico derecho subjetivo sobre el que se construye el sistema económico constitucional, un derecho subjetivo que el Estado y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar y, en tal sentido, se trata de una pretensión que se puede exigir a quien tiene el deber de hacer posible que se actúe de acuerdo a ella; en otras palabras, el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia, cuando otro sujeto, privado o público, lesione ese derecho.”⁽²⁴⁰⁾

Se ha precisado que su contenido o núcleo esencial está determinado por cuatro tipos de libertades:

- (i) Libertad de creación de empresa y acceso al mercado, esto es libertad para fundar empresas y concurrir al mercado.
- (ii) Libertad de organización, cuyo contenido es la libertad de elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o sociedad, facultades de los administradores, régimen de gerencia, política de precios, publicidad, régimen de personal, etc.
- (iii) Libertad de competencia; y,
- (iv) Libertad de salida del mercado, esto es cesarla o liquidarla cuando lo considere pertinente.⁽²⁴¹⁾ La libertad de comercio es la facultad de participar activamente del mercado, del intercambio de bienes o servicios, alternando con consumidores y usuarios; por su parte la libertad de industria está referida a la posibilidad de formar parte del proceso de transformación de bienes primarios en de consumo.

Resultando importante anotar que la libertad de empresa “*tiene también una dimensión institucional*” que implica que “*la normativa debe estar destinada a garantizar su funcionamiento, a eliminar externalidades y a servir al consumidor, todo ello con el objeto de lograr los fines sociales constitucionalmente consignados.*” De esta manera, “*se justifican las intervenciones normativas que limitan esa libertad, por cierto sin transgredir su contenido esencial.*”⁽²⁴²⁾ Importante conclusión sobre la que se regresará más adelante.

²³⁸. STC 4408-2005-PA/TC, 1124-2001-AA/TC, 3330-2004-AA/TC, 1124-2001-AA/TC, 4922-2007-PA/TC.

²³⁹. STC 0008-2003-AI/TC, 3330-2004-AA/TC.

²⁴⁰. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. Perú: *Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. En: Pensamiento Constitucional, año XII, N° 12, p. 34.

²⁴¹. Cfr. Fundamento Jurídico 13 de la STC 3330-2004-AA/TC, citado por MONTOYA CHÁVEZ, *Ibid.*, p 99.

²⁴². *Ibid.*

e. Derecho a la libre competencia⁽²⁴³⁾:

Esto es la posibilidad de participar en un mercado con igualdad de oportunidad sin posiciones de dominio que lo desnaturalicen. Supone “*dos aspectos sustanciales*”, a saber: (i) Acceso al mercado, lo cual significa que quien tenga que ofertar al mercado lo haga, en “*condiciones autodeterminativas*”, vale decir, sin ingerencias ni restricciones del Estado o particulares; (ii) Iniciativa o actuación dentro del mercado, no basta con acceder sino de “*gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la ley de la oferta y la demanda*”⁽²⁴⁴⁾.

2) A favor de individuos generadores de demanda: Los que se les reconoce como consumidores y usuarios. Esto es, aquellos inherentes a su condición de participantes del mercado, como adquirentes de bienes o usuarios de servicios. Lo cual les constituye como destinatarios naturales de todo aquello que es puesto en el mercado, asistiéndole derechos a elegir aquello que mejor se ajuste a sus necesidades, sin mayor injerencias que las propias de un mercado abierto, con la mayor cantidad de posibilidades, junto con la información indispensable para hacer realidad tal libertad de elección.

²⁴³. STC 3315-2004-AA/TC, 4408-2005-PA/TC.

²⁴⁴. Cfr. Fundamento Jurídico 16 de la STC 3315-2004-AA/TC, citado por MONTROYA CHÁVEZ, *Ibid.*, p 100.

CAPÍTULO CUARTO

1) Las implicancias de los Derechos Fundamentales como Derechos subjetivos.

La presente sección tiene una finalidad concreta, presentar las conclusiones más representativas de la doctrina acerca de la identidad existente entre Derechos Fundamentales y Derechos Subjetivos, salvando lo señalado en su momento acerca de los derechos subjetivos como una de las situaciones jurídicas subjetivas previstas. Es propósito no es otro que mostrar la importancia que ha cobrado el constitucionalismo en el análisis de temas antes exclusivos de los civilistas, de modo que aquello que antes eran predios exclusivos de la doctrina civil como la autonomía de la voluntad, las obligaciones y los contratos, ahora se evalúan en función a su “contenido constitucionalmente protegido”, vale decir en la medida que son Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución Política, por tanto, de cumplimiento obligatoria tanto para el Estado como para los particulares.

Tal es el grado de incorporación en el pensamiento actual de la constitucionalidad que no hay empresa que no comprenda en su planificación estratégica la variable social, con igual o mayor importancia que un adecuado financiamiento del proyecto. Es la fuerza de las circunstancias la que viene imponiendo a las empresas eficientes un mayor grado de responsabilidad social, mayor compromiso con su entorno, preocuparse no solo por producir sino por las implicancias que de ello puede derivar. Pues en términos económicos el asunto no está sólo en las externalidades, sino en quien las sufre y soporta finalmente. Es eficiente quien consigue conjugar su libertad de iniciativa empresarial, dentro de un mercado que debe contribuir a ello con medidas legales adecuadas, con el desarrollo de su actividad respetando la dignidad, libertad y justicia que implica la coexistencia democrática, donde esta exige que se no sean afectadas indebidamente.

Se pretende analizar bajo este acápite situaciones de conflicto de intereses, pero que elevados a nivel de Derechos Fundamentales, cobran una connotación diferente, dado que atendiendo a presupuestos de legitimación, unos primaran sobre otros, de manera que la intervención estatal realizada bajo la forma de reglamentación legal puede terminar siendo válida.

Partamos de la conceptualización de los Derechos Fundamentales como Derechos Públicos Subjetivos, vale decir que a una serie de situaciones jurídicas subjetivas, conocidas como derechos subjetivos se les ha otorgado un refuerzo adicional. Ya que al ser elevados a esta categoría superior, pueden hacerse valer por igual, en contra del Estado y de su aparato de poder, como frente a los particulares y sus organizaciones. Así lo ha determinado el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, como la **STC 1417-2005-AA/TC** (caso Manuel Anicama Hernández), en cuyo Fundamento Jurídico 13, el Tribunal desarrollando la diferente eficacia que tienen los “*derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos*” respecto de los “*prestacionales*” o “*de preceptividad diferida*”, precisa que los conocidos como Derechos Económicos, Sociales y culturales (DESC) pertenecen a ésta última categoría y “*que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.*” Pasando de inmediato a razonar en el Fundamento Jurídico 14 del modo siguiente:

“Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.”

Es decir, ningún Derecho Fundamental es creación legislativa, su reconocimiento constitucional puede requerir de norma legal para su plena eficacia, lo cual es diferente a sostener que recién con ello tendrán existencia. Ese es el sentido de lo expresado en el mismo Fundamento Jurídico 14:

“Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.”

Pero, ¿cuál es el límite a la regulación legal? ¿Hasta dónde puede aceptarse que por esta vía se determine el contenido del derecho constitucional de un derecho fundamental? Tan sólo dos cuestionamientos iniciales de los que deberían otros tantos.

Repasemos algunas de las ideas de Luigi FERRAJOLI⁽²⁴⁵⁾, en sus diferentes escritos propone la siguiente definición de los Derechos Fundamentales:

“(…) una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y, por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” ⁽²⁴⁶⁾

Como lo explica FERRAJOLI, su definición es teórica y no dogmática, pues no se refieren a las normas de un ordenamiento específico. Es formal o estructural, porque no atiende a cuáles y de qué naturaleza son los intereses y necesidades tutelados, vale decir, es una definición de laboratorio, aplicable en cualquier parte del mundo, sin depender de ideologías (o quizá sea todo lo contrario). Su preocupación es tomar en cuenta tan solo la universalidad de lo que dice “su imputación”, entendiendo “universal en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos”⁽²⁴⁷⁾. Universalidad que “no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica.”⁽²⁴⁸⁾. La universalidad se

²⁴⁵. Tan admirado e imitado por la magistratura local.

²⁴⁶. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37 y ss.

²⁴⁷. *Ibid.*, p. 38.

²⁴⁸. *Ibid.*, p. 39.

extiende a los sujetos en tanto estén dotados de uno de los tres estados mencionados por él.

Podemos decir con esto que, no es a todos los sujetos que vivan en una sociedad determinada a quienes se aplicará la categoría de “clase” de sujetos “*a quienes su titularidad está normativamente reconocida.*”⁽²⁴⁹⁾. Será su *status* el parámetro a tomar en cuenta, el mismo que estaría referido a su identidad como “persona”, “ciudadano” o “capaz de actuar”. Algo así como lo que sucedía en el Derecho Romano⁽²⁵⁰⁾. De los tres, estima FERRAJOLI, ciudadanía y capacidad de obrar quedan como únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas, fundamentando las dos grandes divisiones de los Derechos Fundamentales que él señala, estas son:

- 1) La de los Derechos de la personalidad y Derechos de Ciudadanía; y,
- 2) Derechos primarios (o substanciales) y Derechos secundarios (instrumentales o de autonomía).

Aunque tendremos ocasión de referirnos a la descomposición de su conocida tipología, recurriendo a otro de sus escritos, baste por el momento, expresarla en los términos siguientes: De la combinación de estas clasificaciones surge la subdivisión siguiente:

- 1) *Derechos Humanos*: Los derechos primarios de la persona y corresponden a todos los seres humanos;
- 2) *Derechos públicos*: Los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos;
- 3) *Derechos civiles*: Los derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar; y,
- 4) *Derechos políticos*: Los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

En su opinión, en la actualidad es la ciudadanía la limitante principal de la igualdad jurídica, “las pertenencias nacionales y territoriales”. Al final, nos dice el autor, lo que ha cambiado no son los criterios “*conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal.*”⁽²⁵¹⁾

Para FERRAJOLI un derecho subjetivo será Derecho Fundamental es sustancial por sus notas tipificantes de universalidad e indisponibilidad más que por los intereses vitales o valores que represente, en sus palabras

“(...) la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores e intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles. Es algo tan cierto que allí donde estuviera permitida su disposición (...) estos se degradarían a derechos patrimoniales.”⁽²⁵²⁾

²⁴⁹. *Ibid.*

²⁵⁰. Los conocidos estados de la persona: Libertad, ciudadanía y familia. Se era persona plenamente capaz quien reunía los tres estados.

²⁵¹. FERRAJOLI, *Ibid.*, p 41.

²⁵². FERRAJOLI. *Op.cit.*, p. 48.

Sin embargo, habría que tener presente que FERRAJOLI aclara que, a pesar de lo concluyentes que son las diferencias estructurales entre Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales, estas se mantienen ocultas en gran parte debido al uso de la expresión “derecho subjetivo”, como única para “(...) *designar situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles.*”⁽²⁵³⁾

Resulta interesante apreciar como, en la definición que de la universalidad y la singularidad en la titularidad, permiten establecer la distinción entre Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales; siendo los primeros inclusivos, frente a lo exclusivo de los segundos. En su estimación es imprescindible apreciar si estamos ante un caso concreto y excluyente o si al contrario, lo planteamos como una expresión relacionada con la ciudadanía, la capacidad jurídica o la capacidad de obrar, FERRAJOLI, lo explica del modo siguiente:

“Cuando se habla del “derecho de propiedad” como de un “derecho de ciudadanía” o “civil” semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho a hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho a disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar; esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar.”⁽²⁵⁴⁾

Elípticamente se incorporan en la definición una serie de situaciones jurídicas que por sí solas no calificarían, así el derecho de propiedad, a pesar de su evidente patrimonialidad es fundamental, en tal se “conecta” con la capacidad jurídica; el derecho de crédito, lo será en tanto se encuentre conectado a la capacidad de obrar (asumir obligaciones). De esta manera son universales e indisponibles. No se detiene el análisis en la composición de la situación jurídica específica si el derecho es absoluto o relativo, pues ello guarda relación con los casos concretos más que con las definiciones. Pensemos sino que, es derecho fundamental contratar, pactando libremente el contenido del contrato, muy distinto al contrato ya celebrado cuya ejecución, ante su incumplimiento, es materia de discusión judicial, donde eventualmente podría sentenciarse en su contra. Es Derecho Fundamental la posibilidad inalienable de entrar en contacto con otro sujeto y ponerme de acuerdo, celebrando el contrato.

Las teorías de FERRAJOLI son, a no dudarlo, importantes para quien pretenda llevar adelante un análisis que involucre las posibles colisiones entre Derechos. De ahí que, resulte especialmente interesante la dialéctica generada a partir de la crítica a sus teorías formuladas por especialistas y la manera como él, enriquece aquellas con reflexiones que, en algunos casos, mejoran su entendimiento y, en otros, abren nuevos puntos de vista que generarán, oportunamente, nuevos estudios de estos mismos (u otros) especialistas.

Acercarnos, en algo, a su Teoría sobre los Derechos Fundamentales y a sus respuestas a

²⁵³. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 42.

²⁵⁴. *Ibid.*, p.46.

las críticas que le formularon lo consideramos imperativo. Para ello tomaremos las explicaciones dadas por el autor en uno de sus libros ⁽²⁵⁵⁾ al concepto de Derecho Subjetivo, donde el profesor mexicano CRUZ PARCERO ⁽²⁵⁶⁾ concentra su crítica a la “correlación fuerte” implicada en su definición de los Derechos Fundamentales como Derechos Subjetivos ⁽²⁵⁷⁾, en dos aspectos. El primero, se basaría en la comprobación de que habría expectativas positivas (como en el caso de los derechos sociales: a la educación, p.ej.)⁽²⁵⁸⁾ a las que no correspondería obligaciones determinadas, sino que serían más bien fines genéricos. El segundo, en tanto tal correlación no permitiría incluir como derechos subjetivos facultades o figuras deónticas, que no son propiamente expectativas pasivas, como es el caso del derecho a la libertad.

Para FERRAJOLI, estas críticas sólo demuestran que no fue comprendida la advertencia que realizó en su oportunidad, de que la definición por él elaborada tenía un sentido “formal” o “estructural”, sin referencia al contenido que los derechos podían asumir en un ordenamiento definido. Lo cierto es, como se ha tenido oportunidad de comprobar en el análisis de los Derechos Subjetivos, la “correlación” entre expectativa y deber es imprescindible, donde el segundo es “garantía” de realización del primero, incluso, los argumentos de su presencia son iguales. En cuanto a la crítica respecto a que en los derechos sociales no puede hablarse de deberes sino fin, la refuta señalando que tal deber no se da en la falsedad de pretender eliminar los niveles de analfabetismo o eliminación de las enfermedades, sino que las políticas sociales deben proporcionar educación y atender la salud de los titulares de esos derechos.

Una segunda crítica es la que señala que estarían excluidos los “*derechos activos*” (libertad, autonomía, derecho de propiedad, etc.)⁽²⁵⁹⁾ en la definición. Al respecto, FERRAJOLI explica que tanto los derechos subjetivos activos como los que no son, participan de las mismas características. Son facultades o poderes, a la par que expectativas negativas, es decir, resultan “*facultades reforzadas*”, por tanto “Derechos”. Lo dicho significa que, la expectativa está en que no sean lesionados, impedidos ni amenazados, de ahí que impongan deberes u obligaciones a otros sujetos, diferentes al titular. En términos de FERRAJOLI: “*Son, en definitiva, no sólo facultades, sino también inmunidades, esto es, libertades negativas en sentido fuerte, garantizadas por las correspondientes prohibiciones de lesión.*” ⁽²⁶⁰⁾

Líneas antes, hemos puesto de manifiesto cómo FERRAJOLI distingue los Derechos Fundamentales de los Patrimoniales, señalando que estos son singulares, desiguales y disponibles, frente a los primeros que no lo son. Sin embargo, él se ve en la necesidad de realizar precisiones adicionales que terminan aclarando cualquier duda que pudiere

²⁵⁵. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo Debate sobre el Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Puede consultar también: CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del Neoconstitucionalismo (Ensayos escogidos)*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp.71- 91.

²⁵⁶. En el ensayo publicado en la obra colectiva *Garantismo*, a cargo de Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte, Editorial Trotta, 2005

²⁵⁷. Recordemos: La dada entre las expectativas negativas de no lesión o positivas de prestación, y los deberes correspondientes, esto es, las prohibiciones y obligaciones de respeto de tales derechos, lo cual constituyen “garantías primarias” de los mismos.

²⁵⁸. Según el Tribunal Constitucional, estos serían “*prestacionales*” o “*de preceptividad diferida*”. Cfr. STC 1417-2005-AA/TC.

²⁵⁹. Conforme a la tipología que el autor establece y que se verá más adelante.

²⁶⁰. FERRAJOLI, *op.cit.* p. 57.

mantenerse. Sus precisiones son tres, sin embargo, hacemos referencia a dos de ellas ⁽²⁶¹⁾:

1) Que, entre los Derechos Fundamentales incluye también los “*derechos-poder de autonomía civil y política.*”, universales e iguales. Diferentes de los derechos reales o patrimoniales de propiedad sobre bienes determinados que, en tanto, desiguales no se confunden con el derecho de autonomía que es fundamental (universal e igual), del cual termina dependiendo la posibilidad de disposición (atributo del Derecho real).

2) La confusión terminológica entre Derecho Fundamental y Derecho Subjetivo que, eventualmente, puede llevar a establecer que son iguales, no es tal, pues -como lo señala FERRAJOLI- si recurre a la noción general de Derecho Subjetivo es para definir lo que entiende por Derechos Fundamentales, siendo aquella (la de Derecho Subjetivo) comprensiva también de los derechos patrimoniales. Queda de esta forma claro el sentido de su definición formal de los Derechos Fundamentales.

A los fines del presente trabajo, la determinación de los Derechos Fundamentales en sus alcances y contenido es definitiva. Dado que, si se atiende a las relaciones intersubjetivas derivadas del contrato celebrado entre proveedor y usuario (consumidor), donde cierta porción del contenido de cada situación jurídica es definida por el negocio (autodeterminación de los intereses por las partes) y el resto de los efectos de dicha relación está determinada por el ordenamiento, a más de la base constitucional, es válido preguntarse si la situación de consumidor es en sí misma una facultad-poder que puede comprenderse como Derecho Fundamental, o, ¿estando inmersa en una relación jurídica que tuvo por origen un contrato, pertenece a la clase de Derechos Patrimoniales, por tanto, disponible y no Fundamental?

Con ello, preguntarnos con FERRAJOLI ⁽²⁶²⁾ ¿Qué derechos son fundamentales? Compleja pregunta que arroja diferentes respuestas. El iuspositivista, dirá aquellos fijados en la Constitución Política. El iusnaturalista, los valores ético-políticos que se decidan asumir con la calidad de fundamentales. Para FERRAJOLI, ninguna de las dos respuestas pertenece a la Teoría del Derecho, la primera es una tesis dogmática positiva (en tanto referida al ordenamiento específico); la segunda, una tesis moral o política. No serían respuestas teóricas. Una tesis teórica, según el autor, ofrecerá una definición estipulativa (explicativa, adaptable a cualquier tipo de ordenamiento) y formal (identifica sus rasgos generales, extensión; de manera que, por asociación serán aquellos que completen su contenido).

Pero, debe haber razones que atender para que ciertos derechos asuman la calidad de fundamentales. A la vez, procedimientos, efectivos o no, que garanticen su fundamentalidad. Las razones pueden ser de orden social, obedecer a luchas y conquistas (recordemos a Ihering), reivindicados, luego convertidos en leyes y elevados a constitucionales. Pero, ¿Cómo fueron puestos en marcha en la realidad? ¿Cuál es el grado de su tutela efectiva? Son preguntas derivadas de la constatación de que no basta su reivindicación sino del respeto que se verifique a nivel local e internacional.

²⁶¹. *Ibid.*, p. 57.

²⁶². FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 289 y ss

Teóricamente, conforme se viene comprobando de la teoría de FERRAJOLI, son tres los rasgos estructurantes de los Derechos Fundamentales:

- a) *Universalidad*: En cuanto a “*la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares.*”⁽²⁶³⁾
- b) *Normas “téticas”*: Estatuto de reglas generales y abstractas que disponen las situaciones expresadas mediante ellas (p.ej, derecho a la vida), en “*oposición a las “normas hipotéticas” que, en cambio, predisponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociales, por ejemplo, que prevén hipótesis.*”⁽²⁶⁴⁾
- c) *Indisponibles e inalienables*: Pues “*incumben de igual forma y medida a todos sus titulares.*”⁽²⁶⁵⁾

A partir de los rasgos, precisa él su *tipología* (también teórica y formal). La cual se expresa en la presencia de dos elementos, el *subjetivo* y el *objetivo*. Subjetiva, por la clase de sujetos a los que se atribuyen los derechos; objetiva, en relación a los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos.

En cuanto a los sujetos (un tanto recordando al Derecho Romano), será el *status* quien defina la clase de persona. El *status* de ciudadano y el *status* de capacidad de obrar. De su combinación obtiene cuatro (4) clases:

- a) *Derechos Humanos*: Los que corresponden a todos los seres humanos.
- b) *Derechos Civiles*: Los adscritos a todas las personas capaces de obrar.
- c) *Derechos Públicos*: Los derechos reconocidos sólo a los ciudadanos.
- d) *Derechos Políticos*: Los derechos reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

Esta combinación le sirve para ir identificando los Derechos Fundamentales, denominando:

- 1) *Derechos Personales o Derechos de la Personalidad*, los que corresponde a las dos primeras clases, independientemente de la ciudadanía.
- 2) *Derechos del Ciudadano o de ciudadanía*, los dos restantes.
- 3) *Derechos primarios o sustanciales*, el conjunto de la primera y tercera clases de derechos.
- 4) *Derechos secundarios o formales*, el conjunto de la segunda y cuarta clases de derechos.

Entonces, los derechos primarios de la persona son los derechos humanos; los derechos primarios del ciudadano, son los derechos públicos; los derechos secundarios de la persona, son los derechos civiles; y, los derechos secundarios del ciudadano, son los derechos políticos.

²⁶³. *Ibid.* p. 292

²⁶⁴. *Ibid.*

²⁶⁵. *Ibid.*

La distinción entre derechos primarios y secundarios ⁽²⁶⁶⁾, basada en “*la capacidad de obrar de sus titulares, o sea del poder de realizar actos jurídicos preceptivos*” ⁽²⁶⁷⁾, es la que conduce a la segunda tipología, la *objetiva*, “*referida a los tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales.*”⁽²⁶⁸⁾. En ella, distingue, partiendo de la naturaleza de las expectativas, sean estas negativas (no lesiones) o positivas (de prestación) de las expectativas; con ello obtiene los siguientes tipos:

1) *Derechos de Libertad y Derechos Sociales:*

Corresponde a los *primarios* de la tipología subjetiva, pertenecientes a todos independientemente de su capacidad de obrar. Los de *Libertad*, son derechos negativos o de inmunidad, distinguibles en simples *Libertades de* (a la vida, libertad personal) y *Libertades para* (además de libertades de), como es el caso de la libertad de prensa. Por su parte, los *Sociales* son derechos positivos (no porque sean reconocidos por el ordenamiento legal, sino que manifiestan un aserto), así en la salud, educación, seguridad social, se tiene la expectativa de recibir prestaciones de otros (básicamente, el Estado).

2) *Derechos Civiles y Derechos Políticos:*

Que resultan de identificar los *Derechos de Autonomía* con los *Derechos Secundarios* de la tipología subjetiva, pertenecientes a los sujetos con capacidad para obrar. Los civiles, son los “*derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales.*”⁽²⁶⁹⁾ Los políticos, son los de autonomía política (como el derecho al voto).

Ambas tipologías (subjetiva y objetiva), coinciden en la clasificación entre Derechos Primarios y Derechos Secundarios, sea que ésta se base en el elemento subjetivo (la capacidad de obrar del sujeto) o en el objetivo (el tipo de actos que derivan de su ejercicio). Ambas esferas se entrecruzan, por lo que, “*la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos potestativos.*”⁽²⁷⁰⁾, siendo los derechos civiles y políticos que se adquieren con la capacidad, son “*en realidad poderes.*”⁽²⁷¹⁾ (*potestas agendi*), facultad de llevar a cabo actos jurídicos cuyos efectos serán soportados por otros sujetos.

FERRAJOLI, aclara ⁽²⁷²⁾ que la distinción entre derechos de la persona y derechos de los ciudadanos, es superable. Nada impide que el ordenamiento constitucional de un país elimine el presupuesto-ciudadanía, que lo extienda a situaciones diferentes al nacimiento, o que, en el caso de la capacidad de obrar del sujeto se introduzcan cambios, como adelantar la mayoría de edad ⁽²⁷³⁾.

²⁶⁶. Para FERRAJOLI la más importante en el análisis de la fenomenología del poder del estado de derecho y de la teoría de la democracia, otros puntos importantes de su *Teoría Garantista*.

²⁶⁷. *Ibid.*, p. 294.

²⁶⁸. *Ibid.*

²⁶⁹. *Ibid.*

²⁷⁰. *Ibid.*, p. 296.

²⁷¹. *Ibid.*

²⁷². FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 297

²⁷³. Grafica lo expuesto, un ejemplo tomado de nuestra legislación positiva, básicamente del Código de los Niños y Adolescentes, donde en el artículo IV del Título Preliminar, en la segunda parte del primer

Los derechos primarios son sustanciales, mientras los secundarios instrumentales, puesto que unos consisten en beneficios; los otros, son actos y poderes, por ello sometidos a límites y vínculos legales ⁽²⁷⁴⁾.

Considera Ferrajoli que la tradición liberal ha ignorado la diferente naturaleza de los derechos de libertad con relación a los derechos de autonomía, los cuales pueden subsistir independientes uno del otro. Siendo los de **libertad** inmunidades y los de **autonomía** poderes, es imprescindible anotar sus diferencias y no confundirlos: las razones que da el autor son las siguientes:

1) Estas dos clases de derechos son los que caracterizan, respectivamente, al liberalismo y a la democracia, *“Los derechos civiles y políticos de “autonomía” en el sentido aquí establecido constituyen, justamente, a diferencia de los derechos de “libertad” que, en cambio, los limitan y forman la sustancia del liberalismo, la base, respectivamente, del mercado y de la representación, de la democracia civil y de la democracia política.”*⁽²⁷⁵⁾.

2) Dada la naturaleza de derechos-poder que caracteriza a los derechos de autonomía, en el Estado de derecho estos se encuentran sujetos a la ley, sirviendo de límite y vínculos los siguientes niveles: Los derechos de libertad y sociales; la representación y la legislación producida por el ejercicio de los derechos políticos; y, el mercado y la autodeterminación privada derivada del ejercicio de los derechos civiles).

3) De haber **oposición** entre los derechos de autonomía y los límites impuestos por los otros derechos establecidos constitucionalmente, deberá hablarse de sujeción a la Ley (constitucional), evitando referirse a ella como “conflictos” o “incompatibilidad”. ⁽²⁷⁶⁾

La tipología de los Derechos Fundamentales permite enfrentar una situación de oposición entre Derechos Fundamentales. Sirvámonos de los casos de celebración de un negocio jurídico (p.ej. un contrato, caso típico de autorreglamentación e imposición de límites a la libertad). En principio, como señala FERRAJOLI, el grado o cantidad de simple libertad (pública) es igual para todos por efecto de la legislación ⁽²⁷⁷⁾, ya sea que se trate de una sociedad liberal o de otra totalitaria (obviamente, este grado irá del máximo, en una, al mínimo en otra). Pero, este grado o cantidad es distinto en los casos particulares, donde el asunto se define *“en cada ocasión para cada uno, por efecto de los negocios jurídicos entre privados (...)”*⁽²⁷⁸⁾. Coexistirán -por decirlo de modo

párrafo se lee: *“(…) Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes”*. Claramente, es una modificación al dogma de la capacidad de obrar, puesto si revisamos el mencionado código, encontraremos, entre otros, la posibilidad de que en su ejercicio los adolescentes conformen una Asociación, no de hecho sino de derecho, como sujeto de derecho, calificada como persona jurídica (Cfr. Art. 13). Recordemos que se es adolescente a partir de los 12 años. Así, sería pertinente tomar en cuenta que no puede continuarse sosteniéndose que la capacidad se adquiere con la mayoría de edad, salvo para determinados actos en los que deberá contar con la anuencia paterna, o sean inherentes a su existencia. Ahora, aquí, conforme a nuestro ordenamiento los adolescentes pueden contratar no para subsistir, sino para crear y consolidar sus propias instituciones.)

²⁷⁴. FERRAJOLI, *Ibid.*, p.298.

²⁷⁵. *Ibid.*, p.308.

²⁷⁶. *Ibid.* Al respecto, es posible, como veremos más adelante que Derechos Fundamentales se vean, en algunas circunstancias enfrentados, resultando importante adoptar criterios de definición.

²⁷⁷. *Ibid.*, pp. 311-312.

²⁷⁸. *Ibid.*, p.312.

aproximativo- igualdad y desigualdad. Los derechos civiles (como derechos Fundamentales) mantienen la igualdad entre los sujetos; al lado, tendremos la desigualdad propia de los derechos patrimoniales generadora de situaciones jurídicas específicas (en el caso, los términos del negocio jurídico), cuyo ejercicio está supeditado a los límites ya referidos, por los que tendrán su margen de libertad. La oposición se presenta como inevitable, pero no por ello debe recusarse a los negocios jurídicos por inconstitucionales, al contrario, prima la libertad propia de la autonomía. Cuando la oposición es resultado de transgredir o conculcar derechos fundamentales es labor de análisis en el caso concreto y debe verificarse que el límite de libertad infranqueable no hubiera sido desbordado.

Es clara la existencia de un nexo que vincula los derechos fundamentales con los derechos patrimoniales (por tanto, como derecho subjetivo), el cual se da con toda precisión en los derechos civiles de adquisición de bienes, con su correlato la disposición de bienes, manejados como derechos de crédito, donde un sujeto en forma voluntaria aceptó obligarse. El sujeto tiene la libre disposición de sus bienes, pero al celebrar un negocio, limita esta libertad, obligándose a efectivizar su cumplimiento. Se da una doble situación en relación a los Derechos Fundamentales, como estos, de un lado será universal e indisponible; del otro, a la vez, singulares y disponibles. De manera que, *“la indisponibilidad de los primeros, es en realidad, el presupuesto de la disponibilidad de los segundos.”*⁽²⁷⁹⁾ Cuán indisponible es el derecho-poder de disponer o cuánto el de obligarse, es obvio que requieren de restricción, no todo puede estar sujeto al mercado, además, cómo existiría el mismo mercado si estos derechos-poder fueran ilimitados, sería irracional mantener inmóviles bienes escasos (caso de la indisponibilidad), tanto como un mercado abierto y sin reglas. De esta manera, probablemente, el mismo mercado desaparecería.

A decir de FERRAJOLI, la constatación de que el ejercicio de estos derechos-poder (ciertamente en el plano y como derechos patrimoniales) genera efectos obligatorios desiguales y, posiblemente, ilimitados sobre las libertades propias y las de los demás, por ello *“los derechos civiles no pueden no estar sometido a la ley, ni, por tanto, ser confundidos con los derechos de libertad que, por el contrario, representan para aquéllos un límite infranqueable.”*⁽²⁸⁰⁾

2) La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales:

Este subtema trae a colación las razones por las cuales la protección de los derechos fundamentales es también preocupación de su desarrollo en las relaciones intersubjetivas, quedando de lado cualquier concepción liberal clásica de Derecho, por la que se consideraba que el abanico de libertades tiene sentido únicamente en las relaciones dadas entre Estado y particulares.

Es claro que la titularidad de los derechos fundamentales no puede reducirse a su efectividad frente al Estado (o sus órganos de expresión de poder estatal: gobierno, administración pública en general), cuando en las relaciones cotidianas de los sujetos estos derechos pueden verse afectados. Nuestra sociedad es testigo, p.ej. de la manera como hay un gran sector de “trabajadores” para quienes la normal legal no pasa de ser

²⁷⁹. *Ibid.*, p. 314.

²⁸⁰. *Ibid.*

un texto extraño, no conocido, siendo sometidos a situaciones del tipo “trabajo forzado” que expresaba NOZICK.

Debemos precisar que nuestro orden constitucional y su desarrollo legal tienen establecidas reglas claras al respecto, estableciendo el sistema de Garantías Constitucionales, cuyo propósito esencial es el respeto y vigencia de los Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente (explícitamente o implícitamente). Dicha vigencia es el fin primero de toda la estructura legal y procedimental ordenada conforme a la Ley 28237 (Código Procesal Constitucional).⁽²⁸¹⁾

La Constitución se cumple porque es norma de Derecho, resultante del consenso ciudadano, vinculante tanto para el Estado (en cuanto su poder “*emana del pueblo*”, tal cual manda el artículo 45 de la Constitución), como para los particulares; leemos en la segunda parte del artículo 38 de la Constitución, todos tenemos el deber de “*respetar, cumplir y defender la Constitución*”. Imposible, entonces, al menos en el terreno del deber ser, que las relaciones intersubjetivas puedan mantenerse al margen del mandato constitucional. Sin embargo, buena parte de la responsabilidad de esta vigencia está dada por la eficiencia de la organización establecida para tal efecto. Entre nosotros tal función es compartida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, sin que pueda hablarse, propiamente, de jerarquías, el primero termina siguiendo las pautas decididas por el segundo, a quien se le reconoce la cualidad de “interprete de la Constitución”⁽²⁸²⁾.

En la doctrina y jurisprudencia comparada, la vigencia de la constitución en las relaciones entre particulares tiende a definirse por cuál sería mejor opción, entre afirmar que siendo la Constitución un orden normativo su vigencia es directa; o, de lo contrario, los derechos fundamentales en ella establecidos son más bien líneas de interpretación. En doctrina, señala ESTRADA⁽²⁸³⁾, estas posiciones fueron sostenidas por Dürig y Nipperdey. El primero sostuvo la eficacia mediata o indirecta; el segundo, la eficacia

²⁸¹. Según Riccardo Guastini, son siete condiciones de “constitucionalización” de un ordenamiento. Los ordenamientos estarán más o menos constitucionalizados en la medida que contengan un número mayor de condiciones. Estas son: (i) *Constitución rígida*: No inmodificable, sino que exista un procedimiento de modificación “grave”; (ii) *La garantía de jurisdiccional de la constitución*: Se establezcan procedimientos de control de la constitucionalidad; (iii) *La fuerza vinculante de la Constitución*: No es una simple proclama política, sino fuente de Derecho; (iv) *La “sobreinterpretación” de la Constitución*: Prima su interpretación sistemática frente a la literal; (v) *La aplicación directa de las normas constitucionales*: Se aplican sin necesidad de desarrollo legislativo, (vi) *La interpretación conforme de las leyes*: Si una disposición legal es susceptible de varias interpretaciones, se prefiere la que es conforme al texto constitucional, por lo que a pesar de que la interpretación literal pueda ser contraria a la Constitución será posible una correctora que la haga compatible con ella; y, (vii) *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*: Es un argumento para la toma de decisiones políticas o su justificación, o el instrumento para la resolución de controversias más políticas que jurídicas. Cfr. MARTÍNEZ ZORILLA, David. *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 60 – 62.

²⁸². Al respecto resuelta siendo un tema de análisis actual la supuesta “guerra” entre el Poder Judicial y el Tribunal constitucional, denominada por algunos como “Guerra de las Cortes”, acerca de las posibilidades del precedente vinculante del Tribunal Constitucional y su no aplicación en sede judicial. Puede consultarse al respecto: Herrera Vásquez, Ricardo. *La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. ¿Guerra de las Cortes?*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

²⁸³. Cfr. ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales. En: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo (ensayos escogidos)*. Madrid: Trotta, 2007, nota 29, p. 130.

directa o inmediata. Para Dürig los principios y las cláusulas generales del derecho deben servir como puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado –teoría de la eficacia indirecta *mittelbare Drittwirkung* -, corresponde en principio a la ley establecer la manera en que debían regir las libertades constitucionales en el marco del derecho privado, y sólo excepcionalmente en algunos casos, ante la existencia de vacíos normativos, puede el intérprete colmar las lagunas existentes en el ordenamiento mediante el recurso directo a los derechos fundamentales. Para Nipperdey los derechos fundamentales consagrados en la GG eran directamente aplicables en las relaciones entre particulares sin necesidad de mediación alguna –tesis de la eficacia inmediata *unmittelbare Drittwirkung* -.

Merece que nos detengamos un tanto en este aspecto, pues como ha señalado MENDOZA ESCALANTE, en su libro documentado en la doctrina constitucional alemana, respecto a los conflictos entre Derechos Fundamentales, los conflictos iusfundamentales en sentido estricto y concreto⁽²⁸⁴⁾ son los que se presentan en las relaciones jurídicas privadas. Se presentarán en esta estructura conflictual dos Derechos Fundamentales, un derecho *interviniente* y un derecho *intervenido*. En la medida que ambos reclaman prevalecer, se entenderá por qué hay que deslindar la manera cómo es que se dan los efectos en las relaciones entre particulares; lo cual, a decir de MENDOZA ESCALANTE, es el campo de acción de la teoría desarrollada al respecto, ocupándose de dos problemas concretos, uno referido a las existencia o no de efectos horizontales, el otro, a cómo se desplegarían estos efectos.

El primero de estos problemas, en su desarrollo parte de entender el valor normativo de la Constitución, Así, en la medida que los Derechos Fundamentales son normas, al imponer mandatos, prohibiciones o permisiones, la constitución es fuente de Derechos y Deberes. Es Derecho vigente y aplicable por todos los operadores jurídicos, en especial por los jueces. Ello da la respuesta a este problema, “*la resolución de todo tipo de controversia, a partir o desde los derechos fundamentales que resulten relevantes en la resolución de las mismas. No se trata de la función interpretativa de la Constitución, (...); sino el de la consideración de norma de la que ha de derivarse un mandato, prohibición o permisión, para el examen de una conducta de un particular.*”⁽²⁸⁵⁾

Siguiendo la imposición normativa de la Constitución, las tesis de los jueces como destinatarios de los derechos fundamentales y la de los deberes de protección deberían descartarse. Porque al igual que la primera, en esta segunda termina el carácter de deber es una imposición al Estado, para que a través de los jueces protejan los derechos del particular frente a otro particular; es decir, no serían tanto el reconocimiento del

²⁸⁴. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre Derechos Fundamentales, Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 105. Los conflictos ius fundamentales en sentido estricto y concreto son aquellos que se dan entre Derechos Fundamentales, donde debe dilucidarse si el ejercicio de un Derecho Fundamental por un titular trae consigo o no una lesión en el Derecho Fundamental de otro titular del mismo, se analizan los casos concretos. Sin embargo, los conflictos pueden, también, ser amplios, cuando se dan entre Derechos Fundamentales y Principios Fundamentales, entre Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, y, entre Derechos Fundamentales y Fines o Bienes Constitucionales. Por último, también pueden ser abstractos, cuando en las controversias se ha de examinar la constitucionalidad de una regulación o intervención normativa. Respecto a normas que tienen como objeto la protección de un Derecho Fundamental y que, por otra parte, esa regulación incide negativamente en otro derecho de la misma condición, se trata del examen de una norma o medida. Vid. MENDOZA ESCALANTE, *Op.cit.*, pp. 40 -57.

²⁸⁵. *Ibid.*, p. 107.

Derecho al particular, quien sería su titular al margen de la actuación (buena o mal) judicial; sino la facultad del Juez de establecer su correspondencia en vía heterocompositiva. Lo cual no corresponde a la esencia de los Derechos Fundamentales⁽²⁸⁶⁾.

Pero, este efecto normativo de la Constitución, como vimos, varía en doctrina, entre reconocérsele efectos directos o indirectos, estos últimos a través de la normativa legal ordinaria. Su precisión, coincidimos con MENDOZA ESCALANTE, hace necesario establecer cuál es el rol que cumple esta normativa legal ordinaria en relación con los Derechos Fundamentales.

Al respecto, en el plano de los Derechos Fundamentales, tal “*función consiste en la delimitación y la limitación de estos derechos.*” Lo primero es determinar el “*contenido protegido o ámbito de protección del derecho*”, la limitación es “*la restricción del derecho.*”⁽²⁸⁷⁾ Así visto, la comprensión de lo que está dentro del Derecho Fundamental se determinará atendiendo a las normas constitucionales y a las normas de desarrollo o regulación del mismo, lo cual no excluye que tales derechos tengan un efecto directo y no directo⁽²⁸⁸⁾.

Ha correspondido al Tribunal Constitucional fijar la posición respecto a la vigencia de los derechos fundamentales, su opción es sumamente preocupada y garantista del respeto y vigencia constitucional.

Veamos la interpretación que tuvo el Tribunal en el fallo recaído en el **Expediente. 0976-2001-AA/TC**⁽²⁸⁹⁾ en la Acción de Amparo presentada por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de 16 de febrero de 2001 enviada por esta última, por considerar que vulneraba su derecho constitucional al trabajo, solicitando su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21 de febrero de 2001, llega al Tribunal en vía de recurso extraordinario. En el Fundamento 5 analiza lo que denomina la “*Eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre privados*”. Señala que históricamente los derechos fundamentales surgieron como protección de la “*autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos*”, teniendo de un lado “*al individuo por sujeto activo, y únicamente al Estado como sujeto pasivo*”. Por su naturaleza de “*derechos públicos subjetivos*”, no se entendían extendidas al ámbito de las relaciones privadas, “*pues se concebía que era inadmisibles*

²⁸⁶. Cfr. *Ibid.*, pp. 108 -109.

²⁸⁷. *Ibid.*, p. 110.

²⁸⁸. Cfr. *Ibid.*

²⁸⁹. También puede consultarse la STC acumulada 0050-2004, 0051-2004, 0004-2005, 0007-2005, 0009-2005 AI/TC, originada del proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, denunciando la inconstitucionalidad de la Ley 28139, de reforma de régimen pensionario, y contra la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530. Donde en su Fundamento Jurídico 72 queda dicho: “*Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones inter privados -eficacia horizontal-.*” De igual forma, la STC 1567-2006-AA/TC, cuyo Fundamento Jurídico 4 señala: “*Sin embargo, esta concepción no ha permanecido inalterable. Por un lado, ordenamientos jurídicos como el peruano han admitido que los derechos fundamentales vinculan no sólo al Estado en su relación con los particulares, sino también a los particulares entre sí en situaciones de desequilibrio real y no sólo jurídico; gozan, entonces, también de una eficacia horizontal.*”

que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, en razón a que dichas articulaciones, teóricamente, se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad, que sólo el Estado podía poner en cuestión.”

Para el Tribunal en la hora actual, los Derechos Fundamentales además de de derechos públicos subjetivos son “*verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional.*” Con ello, acogiendo lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, afirma que la Constitución “que no quiere ser un ordenamiento neutral” a través de los Derechos Fundamentales establece “un ordenamiento valorativo objetivo”, un sistema de valores “*que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso*”.

Los Derechos Fundamentales son de aplicación directa e inmediata, por lo que la interpretación hecha por el Tribunal acogiendo la tesis alemana de los deberes de protección, no puede tomarse en el sentido de que los destinatarios de los Derechos Fundamentales, en tanto aplicadores, sean los poderes públicos, pues ello, implicaría desconocer la titularidad que corresponde a los individuos. Con esta salvedad entendemos este otro extremo del Fundamento Jurídico 5: “*(...) los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también **verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos**, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.*” (en negrita nuestro)

En base a esto, considera el Tribunal que constitucionalmente se le ha otorgado al Estado el poder de intervenir dentro de las relaciones intersubjetivas cuando advierte la vulneración de un Derecho Fundamental. Lo expresa del modo siguiente: “*(...) impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión.*” Asumiendo la calidad de “sujetos pasivos” de los Derechos Fundamentales además del Estado, “*también a los propios particulares.*”

Puede preocupar la extensión del ejercicio que realice el Estado de dicha tarea especial, o, mejor, quién dentro del Estado se siente legitimado para llevar adelante tal tarea. La intervención en sí misma puede contradecir la esencia de los derechos fundamentales, puesto que podría darse el caso de que se esté ante un caso de conflicto entre derechos fundamentales, producida al interior de una relación jurídica intersubjetiva, caso en que, por igual, cada parte se “siente” con razón a desplegar su conducta o comportamiento. Situación en la que valdría preguntarse en función a qué debería sacrificarse.

Por eso, siguiendo a ALEXY, podemos señalar que los “*deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios.*”⁽²⁹⁰⁾, de manera que los deberes de protección funcionan como garantía a favor del individuo, por los cuales se harán efectivo los “derechos a

²⁹⁰. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 437.

protección” que se entienden como “*los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros.*” (291) La configuración del sistema no sólo se basa en la posición de beneficiario del particular frente al Estado, sino que, también, lo haga frente a otros particulares, “*(...) son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales.*” (292)

De otro lado, la posición del tribunal constitucional en la sentencia que venimos citando, aclara una serie de aspectos suscitados a raíz de esta eficacia horizontal, los cuales han sido expuestos en el Fundamento Jurídico 8 y los pasamos a numerar:

(i) Que, aunque no haya norma expresa, si lo hay implícita. Es el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución donde queda se preceptúa “la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona”, de manera que,

“cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privados y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.”

Lo cual a decir del Tribunal no autoriza a los jueces ordinarios a “realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos”, dado que es posible que existan motivaciones que justifiquen las conductas realizadas, diferentes a las que pudieran ser atribuidas a los entes públicos. Por eso, “*a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.*”

(ii) Que, no se excluye que problemas constitucionales de este tipo puedan ser resueltos por la justicia ordinaria, con lo cual, “*los derechos fundamentales también puedan tener una eficacia indirecta.*” A través de este análisis el Tribunal concluye,

“En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria.”

Como señala el Tribunal, dada la naturaleza de los procesos constitucionales, donde no hay pie a una estación probatoria, tal si la hay en los procesos ordinarios, “*para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.*”

291. Ibid.
292. Ibid.

Veamos, adicionalmente, cuatro puntos relacionadas con la aplicación de los Derechos Fundamentales:

(i) *Los Principios de interpretación de la Constitución:*

La Constitución como esquema normativo, encierra una serie de posibles conocimientos, no siendo extraña a la labor interpretativa de los sujetos que, como viene dicho, tienen la inmensa tarea de su aplicación. De ahí que, basándonos en la reciente publicación del GARCÍA TOMA⁽²⁹³⁾ obtengamos cuales son los principios que se toman para aplicar la Constitución.

La interpretación se realiza aplicando los criterios de:

- a) *Pro homine*.
- b) Sobre los contenidos silentes; y,
- c) De interpretación acorde.

El primero (*pro homine*), establece que en la interpretación debe asumirse el significado más extensivo, que ofrezca el más amplio reconocimiento de facultades o atribuciones cuando se trate de derechos fundamentales. Prefiriéndose esta interpretación a cualquier otra que se oriente a restringir estos derechos. La base constitucional de este principio está en el artículo 1º de la Constitución. Citando a Néstor Pedro Sagües⁽²⁹⁴⁾, GARCÍA TOMA da cuenta de dos variantes en el uso de este principio, a saber:

- *De directriz de preferencia interpretativa:* Cuando un dispositivo legal admite, potencialmente, varias interpretaciones posibles, debe elegirse aquella que resulte más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales.
- *De directriz de preferencia en la aplicación entre una pluralidad de normas:* Cuando sean varias las normas que regulan una misma materia, deberá aplicarse la más favorable.

Siguiendo con este principio, GARCÍA TOMA⁽²⁹⁵⁾ precisa que éste asume la pauta de directriz teleológica, derivando en siete (7), a su vez, principios:

- *Indubio pro libertatis:* En caso de duda interpretativa, se preferirá aquella que contribuya a la autodeterminación y albedrío de la persona.
- *Pro actione:* De tipo procesal, donde deberá permitirse la exposición de los argumentos de manera lo menos restringida, a través del correspondiente proceso judicial.
- *De protección reforzada:* En tanto que existe constitucionalmente (art. 4 de la Constitución) un grupo diferenciado de personas a los cuales le asigna una interpretación preferente (la niñez, adolescentes y la tercera edad).
- *Pro reo:* Art. 139 inciso 11 de la Constitución.
- *Favor Debilis:* La situación de debilidad o desventaja en que una de las partes (respecto de la otra) pudiere encontrarse motivará que, en caso de duda, se aplique la

²⁹³. GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores, 2008, pp. 54-59.

²⁹⁴. SAGÜES, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. En: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamerica*. Lima: Gijley, 2002

²⁹⁵. GARCÍA TOMA. Ob. Cit., p. 56.

interpretación que más le favorezca. Casos tipo: Trabajadores (pro operario) y consumidores.

- *De expansión*: Donde se busca ampliar el horizonte de los beneficiados con el derecho fundamental. Ello permite razonamientos como que: Los derechos fundamentales no sólo son oponibles al Estado y su poder político, sino también en las relaciones entre particulares .

- *De posición preferente*: Tanto formal como materialmente.

El segundo de los principios, aquél de interpretación sobre los contenidos silentes, está referido a la facultad del interprete “*no solo para declarar el alcance y sentido de los derechos enumerados en la Constitución, sino que adicionalmente tiene competencia para pronunciarse sobre aquellos que se encuentran insertos de manera implícita.*”⁽²⁹⁶⁾

Por último, el tercero (de interpretación acorde), es la aplicación del precedente vinculante (obligatorio), la jurisprudencia constitucional.

(ii) *Las restricciones o limitaciones a los Derechos Fundamentales: El Principio de Ponderación.*

Citando a ALEXY, diremos que “(...) *las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales prima facie.*”⁽²⁹⁷⁾ Lo cual quiere decir que toda intervención del Estado restrictiva de derechos fundamentales tiene que realizarse a través de normas constitucionalmente válidas, esto es con reserva de ley, por autoridad competente según lo que establezca la Constitución. “*Una regla (acorde con la Constitución) es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental prima facie o de un derecho iusfundamental prima facie, aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido.*”⁽²⁹⁸⁾ No quiere decir que se atentaría la constitucionalidad, pues hay veces en que el ejercicio del Derecho Fundamental no puede ser irrestricto, ALEXY cita como ejemplo la norma que protegiendo la integridad física de los motociclistas les obliga al uso del casco, se trata de una no-libertad definitiva, pues no les deja opción, lo usan sí o sí, se trataría de una “no-libertad definitiva.” Otro ejemplo, pero de lo que sería un “no-derecho definitivo” es el de la § 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios que “autoriza” a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios a entrar en talleres y negocios con el objeto de examinar e inspeccionar; autorización que restringiría el derecho de no violación del domicilio (art. 13 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania -LF), extendida en su protección a talleres y negocios. Con esta norma se otorgó a los comisionados un no-derecho definitivo a la omisión del ingreso, vale decir, se sustituyó la inviolabilidad por permisión definitiva, teniendo el “no-derecho” igual contenido.

En el caso de restricciones de derechos fundamentales producto de una colisión, donde pueden verse limitados estos derechos. ALEXY señala que por sí sólo estos principios no son restrictivos de las posiciones definitivas del sujeto, para llegar a este estado “*se requiere de una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el (los) principio (s) que lo restringe(n).*”⁽²⁹⁹⁾

²⁹⁶. *Ibid.*, p. 58.

²⁹⁷. ALEXY, *Op.cit.*, p. 272.

²⁹⁸. *Ibid.*, p. 274.

²⁹⁹. *Ibid.*, p. 275.

Los Derechos Fundamentales pueden ser restringidos “sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional.” Serán directas cuando tengan rango constitucional, mientras que serán indirectas las normas inferiores autorizadas por la Constitución ⁽³⁰⁰⁾. ALEXY, sostiene que para aprehender la sistemática de las restricciones directamente constitucionales hay que diferenciar “entre *restricción* y *cláusula restrictiva*”. La restricción pertenece a la “perspectiva del derecho”; mientras que el de cláusula restrictiva, “a la perspectiva de la norma”, es la parte de la norma donde “*dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza prima facie*”.⁽³⁰¹⁾ En tanto que las indirectas las restricciones se expresan de manera clara en “las cláusulas de reserva explícitas”⁽³⁰²⁾, que “*son aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de disposiciones iusfundamentales que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones.*”⁽³⁰³⁾ Como lo señala ALEXY, el problema está en conocer cuáles son los límites de esta clase de restricciones, distinguiéndose entre aspectos materiales y formales. Los primeros están referidos a la competencia del legislador para imponerlas, la cual “*es limitada no sólo por las condiciones mencionadas en las reservas cualificadas y también —si se parte de una garantía absoluta del contenido esencial— por la valla de contenido esencial, sino también por el principio de proporcionalidad y, con ello, por el mandato de ponderación.*”⁽³⁰⁴⁾

Nuestro Tribunal Constitucional acoge este planteamiento, no sin confusiones y oscuridades, como dice CASTILLO CÓRDOVA⁽³⁰⁵⁾, el fundamento del juicio de ponderación no es otro que el “*respeto a la persona humana y a su dignidad obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad (que son sus derechos fundamentales), se realice de modo digno, en beneficio de la misma persona humana y siempre de modo estrictamente necesario y ponderado.*”⁽³⁰⁶⁾

Al margen de las precisiones que puede requerir definir si el juicio es de razonabilidad o proporcionalidad, lo cierto es que nos encontramos frente a juicio donde el Derecho termina encontrando argumentos para legitimizarse (razones). Lo que interesa es que “*(...) el principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos.*”⁽³⁰⁷⁾

El principio se pone en marcha a través del sometimiento de la medida o acto en cuestión a un triple filtro o juicio. Habrá que analizar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. La idoneidad tiene una doble exigencia; primero, que la medida o acto “*tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante*”;

³⁰⁰. *Ibid.* p. 277.

³⁰¹. *Ibid.*

³⁰². *Ibid.* p. 282.

³⁰³. *Ibid.*

³⁰⁴. *Ibid.*, p. 286.

³⁰⁵. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Lima: Grijley, 2008, p. 113.

³⁰⁶. *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁷. Fundamento Jurídico 9 de la STC 0006-2003-AI/TC, citada por CASTILLO CÓRDOVA, *Ibid.*, p. 122.

segundo, “*que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin.*”⁽³⁰⁸⁾ Es decir, la idoneidad es pertinencia, utilidad, debe evaluarse en qué medida el sacrificio exigido o una reducción de costos de transacción, por decir dos ejemplos típicos de intervención, obtendrán el fin perseguido, un análisis que considere tanto el costo individual y social como los fines que serán obtenidos, interesan a este primer filtro. El segundo, es el juicio de necesidad, pertinente una vez la medida o acto supero el anterior, “*consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces.*”⁽³⁰⁹⁾ Es decir, habrá que compararse la posible aplicación de otras medidas y si estas resultan o no más eficaces. El Tribunal Constitucional estableció “*la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva.*”⁽³¹⁰⁾

El tercero de los filtros o juicios es el de proporcionalidad en sentido estricto. Juicio que “*exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar.*”⁽³¹¹⁾ Tal relación razonable se da cuando “*existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada.*”⁽³¹²⁾. Además, exige un juicio complementario, el análisis constitucional de los derechos fundamentales, tema que preferimos tratarlo a continuación como una extensión del juicio de ponderación relacionado con estas limitaciones o restricciones.

(iii) El contenido constitucional de los Derechos Fundamentales y su relación con la limitación o restricción de los mismos:

Las restricciones en sí mismas están limitadas, pues “*es sólo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor al principio iusfundamental*”⁽³¹³⁾ Adicionalmente, en el caso alemán, el artículo 19 numeral 2 de la LF (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)⁽³¹⁴⁾ “*parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial.*”⁽³¹⁵⁾

³⁰⁸. CASTILLO CÓRDOVA, *Op.Cit.*, p. 123.

³⁰⁹. *Ibid.*, p. 125.

³¹⁰. Fundamento Jurídico 12 de la STC 1091-2002-HC/TC, citado por CASTILLO CÓRDOVA, *Ibid.*, p. 126.

³¹¹. CASTILLO CÓRDOVA, *Op.Cit.*, p. 126.

³¹². *Ibid.*

³¹³. ALEXY, *Op. Cit.*, 286.

³¹⁴. Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales] (1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas. (4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase. En el caso español, el Artículo 53 numeral 1 de la Constitución española manda: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.

³¹⁵. ALEXY, *Ibid.*

El contenido constitucionalmente protegido comprende el contenido esencial y el no esencial del Derecho Fundamental. El primero es el núcleo duro del Derecho Fundamental, aquello que no puede ser limitado ni restringido por el Estado, ni los particulares, lo cual no sucede con el no esencial⁽³¹⁶⁾. Siendo el caso concreto donde el Tribunal Constitucional determinará este contenido, recurriendo a las teorías absoluta o relativa.

Como señala ALEXY, las teorías subjetivas del contenido esencial enseñan que éste puede ser relativo o absoluto. En el primer caso, el contenido esencial “*es aquello que queda después de una ponderación.*”⁽³¹⁷⁾, reduciéndose su garantía al principio de proporcionalidad⁽³¹⁸⁾. En el caso de la teoría absoluta, “*existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado.*”⁽³¹⁹⁾ El alcance de la protección absoluta está en función a las relaciones existentes entre los principios, habrá los que nunca serán desplazados, por extremas que sean las circunstancias, caso en que se tratará de “derechos absolutos genuinos”⁽³²⁰⁾.

Más allá de cierta confusión de la doctrina nacional respecto de las doctrinas relativa y absoluta del contenido esencial de los Derechos Fundamentales⁽³²¹⁾, el análisis jurídico de las posibilidades de procedencia de una pretensión en vía de un proceso constitucional tiene que, necesariamente, advertirse, conforme al numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional (en interpretación a contrario) que “los hechos y el petitorio de la demanda” estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Con ello es actual el tema de determinar cuál es ese contenido constitucionalmente protegido que nos servirá de razones para la procedencia de la demanda a incoarse.

Siguiendo las pautas expuestas por CASTILLO CÓRDOVA⁽³²²⁾ el contenido constitucional de un Derecho Fundamental es LIMITADO, ILIMITABLE y DELIMITABLE. Como se sabe, los Derechos Fundamentales están reconocidos expresamente o tácitamente en la Constitución. Estos últimos, son conocidos como derechos implícitos o innominados⁽³²³⁾. Su contenido “*estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales); y por todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales).*”⁽³²⁴⁾ Buena conclusión a todo cuanto venimos diciendo. En cuanto a esas tres notas aludidas, Castillo Córdova señala que son limitados, en tanto que “*todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y*

³¹⁶. Conclusión a la que llegamos de las clases de Derecho Constitucional Económico tomadas en el Semestre 2009-I, profesor Mag. Ricardo Herrera Vásquez.

³¹⁷. ALEXY, *Ibid.*, p. 288.

³¹⁸. *Ibid.*

³¹⁹. *Ibid.*

³²⁰. *Ibid.*, p. 290.

³²¹. Es el caso de HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2009, pp. 430 – 433.

³²². CASTILLO CÓRDOVA, *Op.Cit.*, pp. 77 y ss.

³²³. Puede verse al respecto, las STC 2488-2002-HC/TC, Fundamento Jurídico 13; y, 0518-2004-AA/TC Fundamento Jurídico 10. Ambas citadas por CASTILLO CÓRDOVA. *Ibid.*, p. 79.

³²⁴. *Ibid.*, pp. 79-80.

por lo que ese derecho es identificable como tal.”⁽³²⁵⁾ Ilimitable, dado que “*ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder*”⁽³²⁶⁾. Delimitable, en cuanto a “*que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto*”⁽³²⁷⁾.

El autor propone para determinar el contenido constitucionalmente protegido considerar cuál es la definición que de él da la Constitución, concordándolos con los demás dispositivos constitucionales y aplicando las normas internacionales sobre derechos humanos que tengan naturaleza vinculante para el Estado Peruano. Sin embargo, hay otra pauta hermenéutica que, como él señala, exige preguntarse por cuál es la finalidad perseguida por el Derecho Fundamental, esto es, cuáles son los bienes que la Constitución pretende proteger con el derecho en mención. Con tal propósito, resulta importante la cita que realiza a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981 del 8 de abril de ese año, en cuyo Fundamento Jurídico 8, primero párrafo, se lee: “*(...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el Derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así.*”⁽³²⁸⁾ Habiendo un segundo camino posible para determinar este contenido esencial, y es al que el Tribunal español en la misma sentencia llama “*intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del Derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*”⁽³²⁹⁾

Una pauta hermenéutica adicional que, el autor describe como igualmente importante para determinar el contenido constitucional de un derecho, es la apreciación de las circunstancias del caso concreto. Así, si bien en abstracto pueden ensayarse formulaciones, estas solo sirven de aproximaciones, pues en los hechos es donde deberá definirse si una específica conducta humana puede encontrarse protegida.

Como último aspecto tratado por el autor, de singular importancia para nosotros está dado por diferenciar en el contenido constitucional, lo que es el contenido legal y el contenido jurisprudencial del Derecho Fundamental. Así, partiendo de que los Derechos Fundamentales presentados en la Constitución pueden ser delineados por el legislador, debiendo distinguir entre lo que no sólo será un contenido legal del derecho fundamental, sino que deberá ser considerado como contenido constitucional del mismo derecho. “*Ello ocurre cuando la actividad legislativa se haya dirigido a agregar como contenido del derecho una facultad o una pretensión que brote directamente (expresa o tácitamente) del texto constitucional (de sus normas, principios o valores).*”⁽³³⁰⁾

³²⁵. *Ibid.*, p 80.

³²⁶. *Ibid.*, p 80.

³²⁷. *Ibid.*, p 80.

³²⁸. *Ibid.*, p. 86.

³²⁹. *Ibid.*, pp. 86 -87

³³⁰. *Ibid.*, p. 88.

Aquello agregado no es una invención, sino que es producto de la finalidad buscada por el Derecho Fundamental, en una tarea de interpretación que el legislador se atribuye, extendiendo la garantía sin desnaturalizarse.

En cambio, si lo agregado como contenido es *“una pretensión o facultad que no se desprende de la Constitución, en estricto, ese contenido será simplemente un contenido legal y no será pasible de protección a través de un proceso constitucional.”*⁽³³¹⁾ Así planteada, la diferencia es radical.

En el caso de la jurisprudencia, el ejercicio de análisis es el mismo. De manera que *“si la jurisprudencia lo que hace es sacar a la luz el contenido constitucional que no estaba expreso, (...), si lo que hace es perfilar los contornos constitucionales inmanentes de un derecho fundamental”*, ese contenido no sólo será jurisprudencial sino constitucional.⁽³³²⁾

(iv) Vinculación entre autonomía de la voluntad y Derechos Fundamentales:

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad, los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto.

Como lo precisa el profesor MORALES HERVIAS, el contrato es entendido como un intercambio de promesas que producen confianza⁽³³³⁾, esto es que, todo aquél que tiene el propósito de vincularse jurídicamente con otra persona en una relación de intercambio (de bienes), otorgándole mayor valor al bien de la otra parte (de ahí el propio intercambio), lo hace en la confianza que las reglas que él aplica son las mismas que las que aplica la otra parte, sea porque se encuentran legalmente establecidas (Códigos, reglamentos, etc.) o porque el negocio jurídico llevado al efecto fue claro en establecerlas. Además, porque confía que todo ese marco se cumpla cuando llegué el momento.

Su concepto moderno, conforme lo reseña el profesor DE LA PUENTE Y LAVALLE⁽³³⁴⁾, es el resultado de la concurrencia de tres corrientes del pensamiento:

- “a) La influencia del Derecho canónico, que otorgó un valor fundamental al consenso y estableció la idea de que la voluntad es fuente de la obligación.*
- b) Las necesidades prácticas del tráfico comercial, que llevan a suprimir las trabas que significan las formas solemnes.*
- c) La doctrina del derecho natural que proclama la libertad individual y la autonomía de su voluntad.”*

La autonomía de la voluntad es así expresión de la libertad de los particulares de contratar y de establecer a su arbitrio el contenido por el cual se obligaban. Así lo expresa el Tribunal Constitucional, p.ej., en la **STC 2185-2002-AA/TC**, cuyo Fundamento Jurídico 2 señala que,

³³¹. *Ibid.*

³³². *Ibid.*, p. 90.

³³³. *Ibid.*, p. 82.

³³⁴. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 35.

“Este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar –consagrada en los artículos 2.º, inciso 14), y 62.º de la Constitución Política del Perú– llamada también **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la de determinar el contenido del contrato.”

En otras palabras, conforme al Fundamento Jurídico 26 de la STC 0008-2003-AI/TC, el derecho a la libre contratación como Libertad Patrimonial que garantiza el régimen económico, contiene *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Este principio llega a nuestra codificación actual indirectamente, a través de los códigos italiano (1865, fuente directa del de 1942) y español (1889), en tanto, el primero fue tomado como base de la regulación contractual y, el segundo, en palabras de la DE LA PUENTE Y LAVALLE “*por la influencia de la doctrina española en el pensamiento de los codificadores de 1984.*”⁽³³⁵⁾

En el derecho peruano, el artículo 1351 dispone: “**El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.**” Desagregando sus elementos, se establece como necesaria la presencia de:

- 1) El acuerdo o manifestación de voluntad.
- 2) La relación jurídico-patrimonial materia del acuerdo.

El contrato es un acto jurídico plurilateral, donde en la formación del acuerdo concurren dos o más voluntades, por cuya coincidencia se transforma en una sola voluntad, el consentimiento, en términos del codificador nacional viene a ser el contrato perfeccionado, esto es el momento y lugar donde la aceptación es conocida por el oferente (art. 1373).

Cada parte en el contrato mantiene su propio interés en él, al extremo que pueda cuestionar alguna de las cláusulas a pesar de que, en un momento distinto estuvo de acuerdo con ella, siendo independiente de que tanto la oferta y la aceptación hayan coincidido. Los extremos y posibilidades de verificarse tal cuestionamiento (no incumplimiento) está dado en razón a que el contrato es más que el acto realizado (celebrado), siendo esa nota adicional la consideración del contrato como “*norma o regla de conducta a la que se someten*” las partes. En palabras de DIEZ-PICAZO, al contrato considerado como acto-regla debe distinguirse la “relación contractual”, por ser algo diverso, esto es “*la situación en que las partes se colocan después de haber*

³³⁵. *Ibid.*, p. 36

celebrado el contrato, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen.”⁽³³⁶⁾, esto vendría a ser la relación jurídico-patrimonial materia del acuerdo.

Para ARIAS-SCHREIBER PEZET⁽³³⁷⁾, se trata de una definición sujeta a discusión, amplia y limitativa a la vez. Lo primero, pues cubre la gama de los contratos extintivos, cuya explicación se da en la codificación que sirviera de referente, el artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942, a su vez derivado del artículo 1098 del Código Civil italiano de 1865. La segunda, restringe a las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, dejando las extrapatrimoniales a los convenios.

Como fue dicho, autonomía de la voluntad en el campo contractual es libertad, tanto para contratar como para decidir el contenido de los contratos. En el caso peruano, ello tiene reconocimiento constitucional, encontrándose previsto como derecho de toda persona *“contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”* (art. 2-14 de la Constitución Política de 1993), formando parte del régimen económico propuesto la libertad de contratar, en tanto que la Constitución garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, no pudiéndose modificar los términos contractuales por ley, los conflictos contractuales se solucionan judicial o arbitralmente, según los mecanismos de protección que se hayan establecido contractualmente o los que estén previstos en la ley (art. 62 de la Constitución Política de 1993). Los alcances de tal libertad han sido definidos en sede constitucional, habiendo sido materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, es de mencionar al respecto la **STC 0858-2003-AA/TC**, en cuyo fundamento jurídico 22 se determina que el ejercicio de la libertad contractual reconoce límites, no pudiéndose considerar

“(…) como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.”

De forma que, en esta aproximación, tal libertad de contratar, vista como la expresión de la autonomía de la voluntad está, como reglamentación de intereses supeditada al respeto de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, de tal modo dicho, el Código Civil peruano promulgado durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, debía reconocer límites a la autonomía de la voluntad; sin embargo, notamos una variación, puesto que el artículo 1354 expresa el derecho a la libertad de contratar (en su vertiente de libre contenido del contrato), *“siempre que no sea contraria a norma legal de carácter imperativo”* que no era conforme al texto constitucional, pues este consideraba derecho de toda persona contratar con fines lícitos, remitiendo a la ley la regulación del ejercicio *“para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho”*, lo cual es distinto a decir que no sea contrario a norma legal imperativa. Se observa, entonces, la intromisión de un concepto tan poco claro, pues que norma legal no tiene carácter imperativo. Evidentemente, tal confusión fue aclarada a nivel constitucional en 1993, cuando se prefirió tratar el tema de los límites remitiendo a la ley de orden público.

³³⁶. DIEZ –PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. Primero*. Madrid: Editorial Civitas, p 123.

³³⁷. Arias Schreiber Pezet, Max. *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. Contratos en General*. Tomo I. Lima: Librería Studium, 1986, p 97.

“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.” Manda la primera parte del artículo 1361 del CC peruano. Queda así consagrado el principio del *“pacta sunt servanda”*, sus alcances son muchos, de una parte, expresa el vínculo de derecho que relaciona a dos o más partes en virtud a lo negociado voluntariamente por ellas; de otro, el respeto que a ese acuerdo deba darse a nivel judicial, puesto que no será en esta sede que podría (en principio, si no se dan las condiciones apropiadas para la revisión de las que se tratará más adelante) asumirse alguna condición no acordada ni impuesta por una ley imperativa.

La modificación de los contratos no resiente su obligatoriedad, al contrario, es la confirmación de ésta. Puesto que, si las partes obraron diligentemente al negociar un contrato, debieron prever algunas circunstancias que, bien podrían en el futuro afectar su ejecutabilidad. Por ejemplo, una cláusula penal que afecta a ambas partes, puede contemplar atenuantes ante la evidencia que, el incumplimiento sobrevenido no es necesariamente la consecuencia de la falta de diligencia, sino que se debe a hechos determinantes de terceros, como podría ser el caso de que, la inscripción del derecho de propiedad del vendedor tenga problemas de inscripción debido a las constantes observaciones registrales a la independización presentada por el constructor, cuya subsanación llevará más tiempo del estimado por el vendedor, lo cual, anticipadamente, le hará incurrir en incumplimiento, por tanto, la penalidad operará en su contra. La posible modificación de las consecuencias esperadas podría ser materia de modificación, lo cual, como se aprecia, en nada afecta la obligatoriedad del contrato.

La autonomía de la voluntad dejó hace mucho de ser la expresión absoluta del dogma francés del siglo XIX, el individualismo. Al extremo que, toda manifestación de voluntad contraria a una norma imperativa o de orden público no surte efecto. Las partes en un contrato son libres de establecer las reglas que mejor expresan sus intereses, siempre que no contravenga una norma de aquél tipo. Además no puede reclamarse un atropello a la constitución que el Estado a través de normas pueda introducir variaciones a la ejecución de un contrato, piénsese p.ej. en la modificación total del esquema procesal.

Cada vez es más notoria la intervención del Estado en materia contractual, sin necesidad de modificaciones sustanciales al Código Civil peruano, así vista la estructura del sistema de protección al consumidor es un caso evidente de intervencionismo. Justificado por razones de desequilibrio informativo, donde se asume que, quien no recibe la información adecuada no puede tomar una verdadera aptitud de consumo, en consecuencia, un contrato desarrollado en tales condiciones no puede mantenerse, pues afecta al mercado. Se constata una situación de desigualdad, atentatoria de la equidad y buena fe con la que pudo haberse negociado el contrato.

No es que al Estado le interese ingresar en la autonomía privada y controlarla (al menos ese no debería ser el fin), al contrario, mientras más contratos se negocien con la mayor cantidad de información relevante, mejorarán los niveles de cumplimiento. (Como sucede en las conciliaciones extrajudiciales cuando ambas partes asisten y cierran el acta con acuerdo parcial o total, es muy poco probable que un acuerdo que le costo trabajo arribar sea incumplido.)

En todo caso, ¿Lo pactado debe ser cumplido? No siempre, parece ser la respuesta.

Al *pacta sunt servanda* se le opone la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es aquello que fuera pactado se cumplirá siempre y cuando las condiciones contratadas no hubieren sido modificadas.

Claramente se da en los casos de contratos con prestaciones periódicas o continuadas, cuántas circunstancias pueden suceder en su desarrollo o ejecución. Hasta qué punto, una parte (o ambas) deben someterse a contratos que dejaron de ser útiles, por qué seguir asumiendo riesgos que le son contrarios. Estas y otras más son preguntas que la doctrina se ha hecho y sigue haciéndose.

Evidentemente, *“es frecuente que las partes resuelvan revisar, o “volver a ver”, lo acordado, cuando se alteren las bases o la ecuación económica tenidas en cuenta al tiempo de la celebración del contrato. De ser así, si lo han acordado, si la revisión ha sido prevista por ellas, lo que se modifique será capítulo inherente al contrato al que las partes asignan “fuerza obligatoria”.”*⁽³³⁸⁾

Tomando el mismo contrato de ejecución continuada, qué pasaría si durante su vigencia se promulga una norma legal que lo modifica sustancialmente (p.ej. establece una regulación específica, un control de precios), además ordena que se aplique a todos los contratos en ejecución. Se estaría ante un caso legal de revisión del contrato que contiene un aspecto de interpretación normativa; sin embargo, se precisa definir cuál es la naturaleza de la nueva norma, si esta es supletoria o imperativa. STIGLITZ⁽³³⁹⁾ estima que, si la norma manda que su aplicación es inmediata, entonces es imperativa. En el caso peruano, habiéndose acogido la teoría de la aplicación inmediata de las normas, conforme al art. III del Título Preliminar del Código Civil, la norma es igualmente aplicable, sin necesidad de establecer lo imperativo o supletorio del carácter de la norma.

Pero, en materia de autonomía privada ¿Cuándo debería intervenir el Estado? Dejemos al mismo STIGLITZ⁽³⁴⁰⁾ explicarlo:

“La constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, que implique que una de las partes obtenga, al tiempo del perfeccionamiento del contrato, “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”, verificándose que la causa lo ha sido la explotación de la “necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra” (art. 954 del Cód. Civil); o la prueba de que uno de los sujetos no ha estado en situación de apreciar o de defender normalmente sus intereses, por haber sido engañado por anuncios publicitarios; o habiéndose constatado que una de las partes de la relación comercial ha concluido el contrato ignorando, por reticencia informativa de la contraria –lo que implica una infracción a las reglas secundarias de conducta-, circunstancias de tal naturaleza que de haber sido conocidas habrían operado como causales obstativas a la celebración del contrato o, por lo menos, en distintas condiciones a como se acordó; o situaciones tales como cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por

³³⁸. STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992, p. 36.

³³⁹. *Ibid*, p. 37,

³⁴⁰. *Ibid*. pp. 54-55.

acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (art. 1198, Cód. Civil), consiente y autoriza la intervención de los poderes públicos.”

Tiene que haber intervención, sino el contrato se transforma en un mecanismo de poder, atentatorio de derechos fundamentales como la libertad individual y la propiedad.

CAPÍTULO QUINTO

1) El contenido constitucionalmente protegido de los Derechos del Consumidor.

Convengamos que la sola lectura al artículo 65 de la Constitución Política de 1993, nos induce a estimar que los derechos de los consumidores son deberes de protección impuestos al Estado a favor de un definido status.

Apreciamos este contenido a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

(i) **STC 3315-2004-AA/TC**, la cual en su Fundamento Jurídico 6 define el consumo como

“conjunto de procesos socioculturales mediante el cual se verifica jurídicamente el gozo, disposición y uso a título oneroso de una gama de productos y servicios ofertados en el mercado; como tal, deviene en la última fase del proceso productivo, en aras de que lo ofrecido comercialmente puede satisfacer el cúmulo de necesidades sociales.”

Al consumidor, en su Fundamento Jurídico 7, como

“fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado.

En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación jurídica que este entabla con un agente proveedor – independientemente de su carácter público o privado–, bien en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, bien en calidad de destinatario de alguna forma de servicio con cargo a un aprovechamiento, ya sea personal, familiar o de su entorno inmediato.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones jurídicas generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.”⁽³⁴¹⁾

Con ello apreciamos que se trata de una situación jurídica subjetiva que tiene funcionalidad en tanto intersubjetividad, siendo necesaria en su definición la relación jurídica por la que quedan vinculados consumidor o usuario y proveedor. No es un atributo de todas las personas, sólo de aquellos que se interrelacionan dentro del marco específico en que consiste el mercado.

Los consumidores son defendidos, como lo señala el artículo 65 de la Constitución, a través del derrotero jurídico binario, donde al establecer, en primer lugar, un principio

³⁴¹. En igual sentido la STC 7320-2005 AA/TC, Fundamentos Jurídicos 20 y 21.

rector para la actuación del Estado, cuyo contenido es expuesto en el segundo párrafo del Fundamento Jurídico 9, en los términos siguientes:

“pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.”

En segundo lugar, los derechos de los consumidores y usuarios son personales y subjetivos, lo cual quiere decir según el tercer párrafo del mismo Fundamento Jurídico.

“la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.”

Como vemos es difícil apreciar un contenido esencial que no sea el derecho a ser protegido frente a acciones u omisiones que transgredan o desconozcan sus “legítimos intereses”; se trata de un derecho a espera del Estado una actuación de defensa, apreciable en el caso concreto.

La actuación tuitiva del Estado puede resumirse en una serie de principios descritos en el mismo Fundamento Jurídico. Estos son:

- a) *El principio pro consumidor*
Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.
- b) *El principio de proscripción del abuso del derecho*
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.
- c) *El principio de isonomía real*
Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezcan en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- d) *El principio restitutio in íntegrum*
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.
- e) *El principio de transparencia*
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.
- f) *El principio de veracidad*
Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los

consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.

g) *El principio indubio pro consumidor*

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

h) *El principio pro asociativo*

Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.”

Según el Tribunal de su proyección normativa es que en el artículo 65 se desprenden, las dos obligaciones estatales siguientes:

- Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.⁽³⁴²⁾

De este modo, podría decirse que el contenido esencial de este Derecho no sería otro que obtener del Estado protección respecto de la información, salud y seguridad.

Sin embargo, estima el Tribunal en su Fundamento Jurídico 10 que,

“existe un reconocimiento expreso de los derechos anteriormente señalados, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada teleológicamente en la Constitución. Es de verse que, insertos en el texto supra, albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.”

Interesante, pues tales derechos son los que se desprenden del artículo 3º de la Constitución y, *“residualmente, en el artículo 2º, incisos 2 y 13, y en las partes ab initio de los artículos 58 y 61 de la Constitución.”* Expresando más adelante en el mismo Fundamento Jurídico que,

“En ese contexto, los derechos de acceso al mercado, la libertad de elección e igualdad de trato, el derecho a la asociación en pro de la defensa corporativa de los consumidores y usuario, la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por los daños y perjuicios y al derecho a la pluralidad de oferta forman parte del repertorio constitucional.”

³⁴². En el mismo sentido los Fundamentos Jurídicos 28 y 29 de la STC 1535-2006-PA/TC.

Equivaldría a decir que, en la definición del contenido constitucional del Derecho de los Consumidores y Usuarios, se encuentran incorporados, a su vez la relación de derechos también fundamentales, de manera que no podrá haber ingerencia válida cuando sean afectados.

(ii) **STC 0858-2003-AA/TC-HUANUCO**, cuyo Fundamento Jurídico 10, quinto párrafo (³⁴³), precisa que la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, que es mandato del artículo 65 de la Constitución, se desarrolla “*a través de un derrotero jurídico binario*”; esto es como “*principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo.*”

Sin embargo, complementando lo señalado con ocasión de la STC anterior, en esta el Tribunal, según el Fundamento Jurídico 12, no considera que,

“el ámbito de protección constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios se traduzca sólo en garantizar que los órganos administrativos presten una adecuada garantía al “derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”, o en velar “[...] en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Es más, en el mismo Fundamento fija la pauta para considerar cuál es el contenido constitucionalmente protegido de un derecho,

“Sobre este particular, este Tribunal debe recordar que en materia de interpretación de los derechos fundamentales, siendo importante el criterio de la literalidad para comprender el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, éste, por sí sólo, es insuficiente para brindar una respuesta constitucionalmente adecuada. Ello se debe a que las cláusulas en las que se encuentran reconocidos estos derechos no tienen una estructura semejante a la de las “normas completas”, esto es, que prevean un supuesto de hecho al cual sea posible derivar una consecuencia jurídica, sino que se tratan de disposiciones que tienen la estructura de “principios”, es decir, son conceptos jurídicos indeterminados que contienen mandatos de optimización que aspiran a ser realizados y concretizados en cada circunstancia.”

Siendo claro que, el deber especial de protección contenido en el artículo 65 de la Constitución es genérico,

“cuyas formas como puede concretizarse, se traducen, sólo de manera enunciativa en garantizar “el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”, así como en velar, “en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

“Estas concretizaciones del deber especial de protección sobre los derechos e intereses de los consumidores y usuarios no se agotan allí, puesto que incluyen la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los

³⁴³ . Que resulta siendo la transcripción de parte del Fundamento 27 de la **STC 0008-2003- AI/TC**.

derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración.

Precisando en el Fundamento Jurídico 14, primer y tercer párrafos que detrás de tales deberes de protección,

“(…) subyacen una serie de exigencias que recaen sobre diversos órganos del Estado. En primer lugar, sobre el legislador ordinario, al que se le impone la tarea, mediante la legislación, de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. Pero también la tarea de establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses.”

“Al legislador incumbe, en efecto, ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, con carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales se deberán resolver las controversias entre agentes económicos y los usuarios y consumidores.” (Subrayado nuestro)

Este último párrafo resume el planteamiento que nos preocupa confrontar, en cuanto a la extensión del contenido esencial del Derecho de los Consumidores. Como se ve, dicho contenido será complementado por el legislador quien realizará la ponderación de los derechos y bienes en conflicto.

Los Derechos del Consumidor cumplen la función de conformarse en límites internos del ejercicio de la libertad de empresa, de manera que se comporta con el concepto e la economía social de mercado. Como lo explica Correa Henao, lejos de interferir con el ejercicio de estos derechos parte de la Constitución Económica, los refuerzan. Es que al igual que el aseguramiento y fortalecimiento de la libre competencia económica favorece un mercado abierto, libre, eficiente, limpio y leal, donde los agentes puedan intervenir en igualdad de condiciones; puede decirse que *“la protección de los derechos del consumidor y del usuario,(…) puede afirmarse como garantía de la libertad empresarial, que ajusta su contenido, lo acota, le marca derroteros, y al mismo tiempo asegura su condición de libertad desde la que se construye activamente el mercado libre y competitivo que asegura el bienestar colectivo e incrementa la riqueza, el desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida.”*⁽³⁴⁴⁾

Quedan vinculados derechos de los consumidores y la libertad de empresa, en la medida que si los primeros no son el norte de los segundos, no existe un mercado adecuado. Recuérdese que la responsabilidad social de la empresa es parte del manejo actual de una verdadera competencia. No se concibe en la administración moderna una empresa que sólo se movilice por el afán lucrativo, ello, por lo menos en una sociedad que tenga por modelo la economía social de mercado y no el mercantilismo capitalista.

2) La protección en contra de sí mismo:

³⁴⁴. CORREA HENAO, *Op.Cit.*, p. 779.

Son los casos en los cuales, el deber de protección está llamado a intervenir en defensa del sujeto no por intromisiones de terceros, si no frente a limitaciones autoimpuestas por aquél en el ejercicio de su autonomía.

El supuesto que permite tal intervención no es otro que asumir que, tal parte de una relación jurídico-obligacional (pues es este el contexto en el que se presenta) no llega, efectivamente, a concretar una manifestación plenamente libre, dado que su autonomía se ve influida directamente por acción de su contraparte, con lo cual se habría dado una situación de desequilibrio, donde una de las partes es débil.

Lo anterior implica la posibilidad de examinar las relación jurídico-obligacional por la autoridad judicial competente, a la luz del respeto de a los derechos fundamentales (iusfundamental).

Sin embargo, tal intervención está sujeta a reglas estrictas, donde, como lo ha establecido claramente el Tribunal Constitucional alemán en un caso sobre fianza⁽³⁴⁵⁾ el análisis se dirige a verificar si el contenido del contrato grava especialmente a una de las partes, esto es si los intereses presentes en el contrato están en un plano de igualdad, o si por el contrario, la cláusula en revisión es producto de una desigualdad estructural, debiendo, pues superarse la posible impresión inicial de que se está ante un compromiso ejecutable.

Para el BVerfG no es que haya una parte contractual culpable y otra víctima. Lo que existen son partes socialmente diferentes, una más fuerte que la otra (débil), de ahí que un sector de la doctrina alemana prefiera no referirse a estos casos como deberes de protección, sin embargo, el Tribunal ha definido que aunque se trate de una variante a la situación inicial, la actuación de los poderes públicos se realiza en vía de estos deberes de protección.

Nuestro Tribunal, asume este planteamiento. La antes citada sentencia recaída en el **expediente 0858-2003-AA/TC-HUANUCO**, plantea el amparo en función del *deber especial de protección y los derechos fundamentales como protección contra el propio actuar*. Sirviendo de regla de interpretación del derecho privado, donde “(...) *el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada.*”⁽³⁴⁶⁾ Adopta la posición planteada por el BVerfG, en cuanto a la asimetría social de los sujetos que deriva en posiciones discordantes de mayor poder económico que directamente influyen en la capacidad de autorregulación de intereses que es la finalidad propia de los negocios jurídicos privados.

Para el Tribunal la discusión pasa por cuestionar hasta qué punto debe asumirse el paradigma del contrato-ley entre las partes, frente a la consideración de que en

³⁴⁵. BVerfG 89, 214 (234).

³⁴⁶. Fundamento 21.

condiciones de igualdad, es probable que dicha cláusula no hubiere sido suscrita. Entonces, plantea: *“O se hace abstracción de aquella situación que presenta la realidad, so pretexto de garantizarse el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, con el resultado de aceptar que los derechos fundamentales pueden ser [y de hecho son] vulnerados por los grupos sociales con dominium, o se afirma que ni siquiera garantizándose el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, es posible consentir que, en esas relaciones, los derechos fundamentales se desconozcan.”*⁽³⁴⁷⁾

Responde que un Tribunal comprometido con la defensa de los derechos fundamentales no puede afirmar, sino, que los derechos también vinculan a los privados, resultando esta conclusión no *“(…) una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, en cuyo artículo 103° enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibile el abuso del derecho.”* Es decir, la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales en el marco de una relación contractual, es, finalmente, aplicación del principio que no puede convalidarse el abuso del derecho.

3) ¿Defendernos de nuestras propias decisiones?

La protección contra uno mismo lleva implícita la revisión del paradigma de la capacidad jurídica, en tanto ella pueda ser resumida en un parámetro cronológico o etario. Es probable que la elección legal de la edad obedezca a consideraciones heredadas de la compilación justiniana (incluso del Derecho Romano clásico), es decir, la capacidad biológica.

El análisis de las conductas humanas, viene generando nuevas perspectiva de estudio de los fenómenos sociales. Las respuestas normativas no se deberían buscar en el pleno del Congreso, sino en el sujeto común, en aquél que todos los días toma decisiones. El compromiso del científico social está en entender estas conductas y considerar las razones de sus decisiones, conocer el por qué muchas de sus decisiones no responden a una lógica de rendimiento o mayor utilidad, de por qué incluso prefiere sacrificar una ganancia futura por la seguridad de una ganancia menor, pero actual.

Cass SUNSTEIN en un artículo usado en las clases de Fundamentos del Análisis Económico del Derecho⁽³⁴⁸⁾, refiere a la importancia que estas consideración tiene en lo que viene del análisis económico del Derecho. Su estudio es planteado desde la perspectiva de tres tareas diferentes: positiva, prescriptiva y normativa, Interesa la tarea positiva, en la medida que se dirige a indagar las predicciones, esto es que, si un sistema atiende a las motivaciones de los sujetos para actuar, probablemente esté llegando a soluciones erradas, pues no han advertido oportunamente que, en condiciones, nos disgusta perder, que tenemos aversión al riesgo, que preferimos no perder antes de obtener ganancias equivalentes.

³⁴⁷. Fundamento 22.

³⁴⁸. SUNSTEIN, Cass. Análisis Conductual del Derecho. En *Advocatus* N° 9, pp 57-74. Artículo publicado originalmente en *The University of Chicago Law Review*: Fall 1997; pp. 1175-1195. Materiales de Enseñanza del curso Fundamentos del Análisis Económico del Derecho, Semestre 2007-I, Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUNSTEIN lo plantea del modo siguiente: “*las personas le tienen una aversión especial a perder. Les disgustan más las pérdidas de lo que le placen las ganancias equivalentes, aproximadamente, les disgusta el doble.*” (349) Lo cual incidirá directamente en el análisis del derecho, por ejemplo, en el Teorema de Coase, en cuanto a la asignación de titularidades sobre derechos subjetivos. En la medida de quien esta titularidad genera un “efecto donación”, dado que estos titulares tendrán una valoración mayor de su derecho, en la medida que la atribución inicial gratuita determinaría que aquellos se resistan más a renunciar a dichos derechos en perjuicio de los que no los tienen, pero estarían dispuestos a generar intercambios mutuamente satisfactorios.

Otro aspecto, igualmente importante en el análisis de lo que puede o no ser la conducta del consumidor, esta dado por la comprobación que la conducta de aversión al riesgo está muchas veces condicionada por la manera como se presenta el evento, los “códigos” que se utilizan. Cuántas veces el mercado dirige sus campañas de convencimiento a los consumidores, presentando baja la forma de ofertas, propuestas cuyo discurso real es totalmente diferente, obteniendo los resultados esperados. Pensemos, sino, en el actual riesgo de sobreendeudamiento que persigue a muchos usuarios de tarjetas de crédito y cómo los ofertantes de tales productos dirigen sus estrategias a convencer a los que ya gozan de ellas que no hay ningún problema si adicionan a su cuenta una o dos tarjetas más. Con lo cual, hasta qué punto una decisión puede o no ser voluntaria y cuál deberá ser la intervención del Estado.

Lo planteamos del modo siguiente: ¿El Estado defenderá al sujeto de sí mismo, por considerarlo la parte débil en una relación jurídico-obligacional inequitativa? O será, ¿Qué la inequidad estuvo inducida por la parte socialmente más poderosa? De ser así, la natural aversión al riesgo fue quebrada por influjo de procedimientos psicológicos que impidieron al sujeto tomar las decisiones adecuadas. Lo cual justificaría la intervención estatal, por afectación a derechos fundamentales. Pero, ¿Estaría autorizado en todos los casos?

Como lo recuerda Vega Mere, “*la idea de parte débil responde a una circunstancia histórica: los abusos que se dieron en el terreno contractual a raíz de las desviaciones del capitalismo moderno (su segunda fase, como se sabe, desconoció los postulados de la libre competencia), los cuales, como ocurrió, originaron la fuerte intervención del Estado en esta materia.*” (350)

Del *favor debitoris*, esto es de la necesaria identificación del deudor en la relación obligacional con la parte débil, se pasó al *favor debilis*, donde el favorecimiento fue para la parte que carecía de poder económico.

4) El Derecho del Consumidor (o de los consumidores) como expresión autónoma y especializada:

A partir de la constitucionalización de la situación jurídica del consumidor, en tanto generadora de deberes de protección y la caracterización de tal situación como “subjetiva pública” ha traído consigo que, el Derecho del Consumo o de los Consumidores se considere como autónomo, derivando del Derecho Social. Entre nosotros Julio DURAND CARRIÓN se afilia a esta corriente, la cual defiende sustentado

349. *Ibid.*

350. VEGA. Op.cit., p.71.

en los que los intereses en juego no son “*puramente individuales y privatistas, sino que por el contrario tienen un enfoque social en tanto que esta disciplina jurídica se orienta a la defensa de intereses difusos.*”⁽³⁵¹⁾

En cuanto a su contenido, es materia de regulación y preocupación por el Derecho del Consumidor la masificación de las relaciones de consumo, la información, precios, composición de los productos y servicios, uso de métodos comerciales abusivos, los bancos de datos, los procedimientos de cobro de deudas de consumo, la publicidad engañosa, la concertación de precios, las cláusulas contractuales abusivas, el crédito al consumidor, etc. ⁽³⁵²⁾

Hay quien plantea que “*La tesis liberal sobre protección al consumidor – fundamentadora del Decreto Legislativo N° 716- , parte de una idea incompleta de lo que constituye el problema, tomando solamente en cuenta la existencia de una asimetría informativa entre la empresa y el consumidor.*”⁽³⁵³⁾ Sin embargo, esta resulta una lectura incompleta, siendo erradas este tipo de posturas pues atribuir que, en tiempos como los que corren se puede sostener, con alguna pretensión de validación, que alguien está dispuesto a defender una postura liberal tal cual, no solo es opuesto a la corriente, sino que la posición establecida por la Constitución y ratificada por el Tribunal Constitucional es por la Economía Social de Mercado.

5) El consumo como realidad social y económica.

Siendo el consumo y sus problemas derivados, tan antiguos como la misma sociedad y que ya en el Derecho Romano existieron reglas de protección al comprador contra fraudes de los vendedores, sólo cuando la sociedad entró en la “*era de la opulencia*”, con la que nacen “*unas especiales condiciones, al comprender que tal sociedad presenta grandes ventajas aunque también importantes y peligrosos inconvenientes*”, donde a mayor nivel de desarrollo es más clara su connotación como “*sociedad de consumo*”, dado que, sus componentes viven para trabajar y trabajan “*para poder adquirir bienes y servicios en orden a la satisfacción de sus necesidades, de las que una buena parte responden al mandato de una atrayente y persuasiva publicidad, fruto de sofisticadas técnicas de marketing que incita de forma directa o subliminal a consumir e incluso a pensar que pueda ser más importante tener que ser*”. Ello llevó a que surgiera “*el movimiento y la agrupación de los consumidores para la defensa específica de sus derechos.*” ⁽³⁵⁴⁾

Quienes proveen esos bienes, los empresarios (industriales o comerciantes) imponen casi siempre sus condiciones, siendo quienes mejores conocen las ventajas y desventajas de los bienes y servicios puestos en el mercado. Los consumidores se relacionan jurídicamente con ellos, a través de contratos, los cuales afectados por el desequilibrio poco tienen que hacer con aquellos que la dogmática civil impuso desde siempre. “*(...) La máxima derivada del aparente logro de la autonomía de la voluntad*

³⁵¹. DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar. *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2007, p.78.

³⁵². Cfr. DURAND CARRIÓN, op.cit. p. 81.

³⁵³. MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado*. TESIS para optar el Grado Académico de DOCTOR EN DERECHO. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.

³⁵⁴. DE LEON ARCE, Alicia. “*Derecho de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*.” Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 29.

“quien dice contrato dice justo” quiebra en el marco de la sociedad de masas y de la economía de mercado.”⁽³⁵⁵⁾

Los años sesenta, cuando la publicidad y el marketing atacan más agresivamente a segmentos de la población a quienes generan la necesidad de adquirir los bienes y servicios que son puestos en mayor número en el mercado, trae consigo mayor desequilibrio. En ese momento se constata cuan esclavo puede ser el ser humano en la sociedad de consumo, de ahí que no es extraño que se den en *“el ámbito privado (...) movimientos de consumidores que intentan conseguir, con diferente resultado según los países, la protección legal de sus intereses para evitar así las situaciones de indefensión que hasta ese momento venían padeciendo.”*⁽³⁵⁶⁾ Es pues, dentro de la sociedad de consumo en que el individuo, convertido en consumidor requiere asociarse para defenderse para dejar de ser *“(…)una unidad en el mercado de masas, blanco predilecto de las campañas publicitarias y de la presión ejercida por grupos de productores y distribuidores muy organizados, con mayores y mejores oportunidades que él para determinar las condiciones del contrato y con ello, las prácticas comerciales, los términos y modos contractuales, el crédito al consumo e incluso el propio concepto de competencia se modifican ostensiblemente.”*⁽³⁵⁷⁾

6) Breves referencias a los efectos del Derecho del Consumidor en el Derecho Civil.

Tal es un parafraseo al título del Capítulo V del altamente recomendable libro del profesor DURAND⁽³⁵⁸⁾ que resulta ilustrativo del impacto que viene teniendo el Derecho del Consumidor en el Derecho Privado, específicamente en el Derecho Civil y, consecuentemente, en su codificación.

LORENZETTI, afirma que el Derecho del consumidor *“presenta las características de un microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional.”*⁽³⁵⁹⁾ Donde el “contrato de consumo” es *“una modalidad de contratación con caracteres propios (...) que no pueden ser dejadas, simplemente, bajo la esfera de las normas contractuales comunes”*⁽³⁶⁰⁾, sean estas el Código Civil o el Código de Comercio. Incluso se dan razones para argumentar que el ordenamiento civil no ha podido regular adecuadamente las situaciones jurídicas que el consumo le ha planteado. Estas a decir de DURAND⁽³⁶¹⁾, serían:

- Los principios en los que se basa la contratación clásica no se aplican linealmente a las relaciones de consumo.
- La libertad se halla recortada.
- La igualdad no existe.
- La manifestación de voluntad no es expresión plena del querer.

³⁵⁵. *Ibid.*

³⁵⁶. *Ibid.*, p 30.

³⁵⁷. *Ibid.*, pp. 30-31.

³⁵⁸. DURAND CARRIÓN, op.cit., p. 243. Julio Baltazar. *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2007.

³⁵⁹. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 51. Este planteamiento conforme lo cita el autor, corresponde a DE NOVA, Giorgio. *Codice Civile e Leggi collegate*, Zanichelli, UTET, Torino, 1999/2000, p. 238.

³⁶⁰. DURAND CARRIÓN, op.cit., p. 248

³⁶¹. *Ibid.*

- El sistema judicial, con su excesivo carácter burocrático, desalienta las denuncias, con ello el mercado carece de información que lo retroalimente.

Puede decirse que, la respuesta jurídica al problema específico de la relación de consumo, se dio en el otorgamiento de herramientas, las cuales produjeron la modificación de los dogmas presentes en el Derecho de Contratos ⁽³⁶²⁾, a saber el “principio de autonomía privada” y “libertad contractual”, entre otros, líneas más adelante veremos como se dan.

En este marco, con miras a sostener o no la hipótesis planteada, ¿Vale hablar de deberes de protección en el sentido civilista de la expresión?. O, estos deberes tan solo son una consecuencia de la regulación dada por el subsistema (o microsistema) del Derecho de los Consumidores, ya que éste se estructura procurando que el consumidor acceda al mercado sin ser sorprendido por la mala fe de los proveedores, quienes, eventualmente, podrían transferirle productos muy por debajo de la calidad ofertada, que oculten defectos a primera vista no advertidos o que, no le permitan, siquiera concurrir o ingresar al mercado.

Cuáles son los parámetros de razonabilidad del subsistema, pues es válido sostener si con un exceso de protección no se estará más bien propiciando el incumplimiento de las obligaciones. Al respecto, refiriéndose a ello la profesora brasileña Rosa María de ANDRADE NERY⁽³⁶³⁾ señala que *“a veces, la protección que se dedica a la parte considerada más débil en la relación contractual es vista, de un lado, como coartada para el deudor relapso y, de otro, martirio para el acreedor insatisfecho, en virtud de las profundas alteraciones que fueron impresas en el sistema jurídico para control y seguridad de esas especies de relaciones jurídicas, y que, aplicadas al caso concreto, impondrían al acreedor limitaciones graves a su poder jurídico de exclusión del patrimonio del deudor.”*

¿Cuanto de cierto hay en esta afirmación? Es evidente que la Legislación de Protección al Consumidor ha favorecido un clima de paz social, evitando los abusos de posiciones dominantes que son propias del mercado. Pero, ¿no será que con ello se ha privado a las obligaciones de uno de sus elementos?

Estamos frente a reglas diferentes, expresión de lo cual es lo siguiente⁽³⁶⁴⁾:

- 1) *Autonomía contractual*: En la contratación civil predomina la libertad, regulando los contratos subsidiariamente, pues se respeta la autonomía de la voluntad; en cambio, el derecho de los consumidores es intervencionista, le da predominio a la igualdad.
- 2) *Nulidades*: Las nulidades en el Derecho Civil son expresas, con la inclusión normativa de la nulidad virtual (Art. V del Título Preliminar del Código Civil) que funciona excepcionalmente; en el derecho de los consumidores prevalece la nulidad virtual, en el propósito de mantener el fin práctico perseguido por los contratantes.

³⁶². Cfr. SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana. *La responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Perú: Ara Editores, 2007, *op.cit.*, p. 50.

³⁶³. DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Nociones Preliminares de Derecho Civil*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2006, p. 131.

³⁶⁴. Tomamos como base: LORENZETTI, *op.cit.* p.52

- 3) *Cláusulas Abusivas*: El Derecho Civil protege lo pactado por las partes, estableciendo que lo pactado obedece a su libertad y autonomía, fijando reglas específicas cuando los contratos son firmados por adhesión o están redactados en formatos preimpresos (cláusulas generales de contratación). Por su parte, el derecho de los consumidores, buscando la igualdad, despliega un control de las cláusulas que, puedan, suponer el aprovechamiento de alguna situación de asimetría informativa, llegando a determinar su ineficacia parcial o total.
- 4) *Efecto relativo de los contratos*: Es principio de la contratación civil que los contratos surtan efectos entre las partes que lo celebraron. Este principio se quiebra en materia de consumidores, generando responsabilidad no sólo en el proveedor, sino en otros participantes de la cadena de producción, que, en principio, no se relacionaron directamente con el consumidor. Queda graficado ello en la legitimidad que nuestro ordenamiento (a la par de otros) otorga a las asociaciones de consumidores.
- 5) *La responsabilidad extracontractual*: Antes de la aceptación de la oferta, no hay contrato, salvo excepciones, por tanto la responsabilidad por incumplimiento se encuentra limitada. En cambio, en materia de consumidores la protección se extiende a supervisar la propia oferta de bienes y servicios, que en el mercado cumple la publicidad y el marketing, es así como, p.ej., el art. 7-A de la Ley de Protección al Consumidor⁽³⁶⁵⁾, manda (como obligación) que en las listas de precios, rótulos, letreros, etiquetas o envases, los proveedores consignen el precio total, incluido impuestos y cualquier otro cargo. Con ello, sin que aún exista una “individualizada” relación de consumo, el consumidor pueda contar con la información básica (fundamental) de un posible contrato de compraventa, el precio real (total) del bien, el efecto es el respeto de la oferta aún en la fecha de celebrarse (o de aceptación por el consumidor) el bien ya no se encuentre disponible, sea por agotamiento o por vencimiento de la promoción. Por lo menos, a nivel administrativo su incumplimiento podrá ser calificado como infracción a la Ley de protección al Consumidor.
- 6) *El apartamiento intempestivo de las negociaciones*: La doctrina del Derecho Civil discute cuál es el margen que se le da a la libertad y autonomía de la voluntad en la fase previa a la celebración del contrato, pero, queda claro que, en principio las tratativas pueden romperse sin acarrear responsabilidad, las partes son libres de negociar y aceptar una mejor oferta, sin que por ello, deba asumirse la producción de daños. Salvo que, la interrupción intempestiva de las negociaciones se hubiere dado en abierta contradicción al principio de buena fe. Del lado del Derecho de los Consumidores, estos pueden no concretar la relación de consumo sin incurrir en responsabilidad.
- 7) *El silencio*: En el Derecho Civil el silencio “*importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado*”⁽³⁶⁶⁾, esto es que, en defecto de ley las partes pueden darle el valor y los efectos de la voluntad manifestada. En el Derecho de los Consumidores, cuando, según nuestra legislación vigente, en la protección a los consumidores contra “métodos comerciales coercitivos”, se le niega valor legal al silencio, siendo la regla que el que “en ningún caso podrá interpretarse” como manifestación de aceptación del consumidor a prestaciones o pagos que no fueron requeridos previamente, por mas de que, ello pueda derivarse del sentido del negocio, o le sean propios. Igual

³⁶⁵. Adicionado por el art. 2 de la Ley 26566 y modificado por el art. 1 de la Ley 28300. La lectura de este artículo debe concordarse con otros artículos de la Ley, como el 17, 18

³⁶⁶. Conforme al art. 142 del Código Civil.

regla funciona para la modificación de los términos y condiciones en los que adquirió el bien o contrató el servicio⁽³⁶⁷⁾.

- 8) *La interpretación*: Los negocios jurídicos son interpretados conforme a las reglas establecidas en la codificación civil y desarrolladas por la Teoría Legal, las cuales se orientan a determinar cuál fue la común intención de las partes al celebrarlo sea que ello se obtenga de lo expresado, por la aplicación de la buena fe, por la mutua correspondencia entre las diferentes cláusulas donde se encuentre documentado el negocio, o por el sentido más adecuado a la naturaleza y objeto del acto si las expresiones tuvieran varios significados⁽³⁶⁸⁾. Pasando al lado del Derecho de los Consumidores, no se descartan las reglas anteriores pero, se impone la regla determinada en el art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor, resumida en “el sentido más favorable al consumidor”, no necesariamente cuando exista dudas.

No se trata, bajo ningún concepto de efectuar una extrapolación de las reglas y principio desarrollados en el Derecho Civil, pues la naturaleza normativa del Derecho de los Consumidores, no es exactamente privado sino público. Sin embargo, en la definición de sus instituciones si se han tomado como tales aquellas del Derecho Civil. Tal situación permite afirmar la mutua y recíproca alimentación que se da entre estos derechos.

³⁶⁷. Art. 13 literales b) y c), según texto modificado por el art. 6 del D.Leg. 1045, publicado en “El Peruano” del 28 de junio de 2008.

³⁶⁸. Arts. 168, 169 y 170 del Código Civil.

CAPÍTULO SEXTO

1) Las necesidades del consumidor:

Como consumidores actuamos motivados en satisfacer determinadas necesidades, tal motivación, viene a ser “*la fuerza impulsadora dentro de los individuos que los empuja a la acción*”⁽³⁶⁹⁾. Toda necesidad no satisfecha genera en el sujeto un estado de tensión. Por lo que tal motivación debe dirigirse a mitigar dicha situación, sin embargo, el camino será definido por el sujeto, en función o como resultado “*del pensamiento y el aprendizaje individuales.*”⁽³⁷⁰⁾

BLACKWELL-MINIARD Y ENGEL señalan como durante el siglo XX tanto psicólogos como mercadólogos pretendieron “identificar y clasificar” las necesidades de los consumidores, generándose extremos, pues de un lado están las “*utilitarias y funcionales*” mientras que en el otro, se encuentran las “*hedónicas y experimentales*”, lo cual generó una extensa lista de necesidades, por lo que, en su libro “*Comportamiento del Consumidor*”⁽³⁷¹⁾ presentan una que se coloca dentro de tales extremos.

Así, se tienen las necesidades fisiológicas, que son las más elementales, como aquellas de alimentación y agua, resueltas en la sociedad moderna con un sistema de aprovisionamiento que, alcanza los productos a los consumidores, de forma que, no es preocupación del sujeto actual preguntarse “*respecto de dónde provendrá su siguiente alimento. Y con la entrega a domicilio, la satisfacción de la necesidad está a la distancia de una simple llamada telefónica.*”⁽³⁷²⁾

Las *necesidades de seguridad y salud*, como lo señalan los autores que venimos siguiendo, si bien pasaron los tiempos en que las civilizaciones humanas debían preocuparse por no “convertirse en la comida de algún depredador”, hoy día el ser humano vive amenazado, con su seguridad en riesgo. Sociedades como la nuestra dan testimonio de tales amenazas, el terrorismo, epidemias, pandillaje, choferes negligentes, el mismo error humano, etc., nos acosan día a día. Nuestros miedos se transformaron, encontrando respuestas de consumo. En sociedades como la norteamericana, estas pasaron por un aumento incontrolado de armas (evidenciado por los lamentables sucesos de conocimiento público que involucró adolescentes y escuelas públicas), en las nuestras, con el incremento de la inversión en protección del patrimonio personal, familiar y familiar (el creciente “negocio” de la seguridad privada, tanto aquél que ofrece vigilancia “a distancia” como su variante popular del vigilante de la cuadra). También la seguridad influye, primariamente, en la adquisición de las famosas 4 X 4 (la adquisición de este tipo de vehículos involucra, en realidad, la satisfacción de otras necesidades como se verá seguidamente, pero, a no dudar lo quien conduce uno de estos vehículos experimenta una sensación de protección, tanto a nivel personal como

³⁶⁹. SCHIFFMAN, Leon G. y KANUK, Leslie Lazar. *Comportamiento del Consumidor*. México: Pearson Educación, 2005, p. 87 y ss. En igual sentido, SOLOMON, Michael R., *Comportamiento del Consumidor. Comprar, tener y ser*. México: Prestice-Hall Hispanoamericana, 1997, pp.126 y ss.

³⁷⁰. *Ibid.*

³⁷¹. BLACKWELL, Roger D., MINIARD, Paul W., ENGEL, James F., *Comportamiento del Consumidor*. México: Thomson Learning, 2002, pp. 233 y ss.

³⁷². *Ibid.*

familiar) y, por lo menos, debiera también hacerlo en la elección del medio en que se transportará el consumidor.

La *necesidad de amor y compañía*, expresados en la natural sociabilidad de ser humano, que ha generado la demanda de bienes y servicios específicos, como aquellos que promocionan conocer potenciales “parejas” por Internet, hasta la industria de cómo festejar adecuadamente una ocasión especial, como la proximidad de un nacimiento, por ejemplo, transformación de nuestra primitiva celebración de la vida y perpetuación de la tribu. Esta necesidad, según BLACKWELL-MINIARD Y ENGEL explica, parcialmente, porque los norteamericanos tenga tantas mascotas (³⁷³)

La *necesidad de recursos financieros y seguridad*. “El grado al cual los consumidores pueden permitirse satisfacer sus necesidades actuales depende principalmente de sus ingresos” (³⁷⁴), claro, es evidente que sin recursos financieros estamos privados de integrarnos al mundo de los consumidores, pero los autores citados apuntaban con tal referencia, a aquello que pasa cuando nuestra vida económicamente posible, gracias a nuestro esfuerzo personal termina. A cómo serán satisfechas sus necesidades futuras, ahí cuando físicamente le sea imposible trabajar. Se trata, entonces de una “necesidad de seguridad financiera”, insatisfecha permanentemente,

La *necesidad de placer*. En tanto se presenta como una aspiración equilibrar el trabajo diario con esparcimiento o distensión. El consumo se moviliza en función a cubrir estas necesidades, pues trascienden lo meramente fisiológico, como puede ser tomar un buen café, “*comemos algo simplemente porque deseamos disfrutar la experiencia de consumo misma*” (³⁷⁵), lo cual nos convierte en víctimas (conscientes) del consumismo. La llamada “industria del entretenimiento” mueve millones de dólares al año, a pesar de las voces que alertan sobre la crisis en ciernes, en nuestro país, se siguen inaugurando centros comerciales con expectativas de convocar cientos de miles de potenciales consumidores; que decir de las ferias de libros que cierran con cifras record, como dando la contra a quienes consideran que somos un país que no lee. Ni que decir del mercado de la tecnología de punta, con los celulares, lap top, note book, etc., con casos que limitan con lo patológico, como aquél dado cuando se lanzó al mercado el iphone de Apple, con personas haciendo fila días fuera del establecimiento.

La *necesidad de imagen social*. “*La imagen social refleja la preocupación de la persona respecto de la forma en que es percibida por terceros. Es la necesidad de proyectar cierta imagen de sí mismos hacia el entorno social.*”(³⁷⁶) Es propio de toda organización social que sus integrantes busquen la aceptación del grupo, cómo nos percibe el resto. En tal sentido, se dan casos extremos, de total inconsistencia entre la vida –digamos- “laboral” y la familiar, al estilo “El Padrino” de Mario Puzo; pero, en general, es claro que necesitamos de esta aprobación, puede que satisfacerla pase por los productos que consumimos, pues ellos nos representan, los especialistas, se refieren a ello con el término “*consumo conspicuo*”, pues se trata de “*compras motivadas hasta cierto punto por el deseo de mostrar a otras personas el éxito que tenemos.*”(³⁷⁷) Ello es

³⁷³. *Ibid.*, p. 237.

³⁷⁴. *Ibid.*

³⁷⁵. *Ibid.*, p. 239.

³⁷⁶. *Ibid.*, p. 240.

³⁷⁷. *Ibid.*

tan cierto que, explica las razones por las cuales en un país como el nuestro, sea mercado para vender automóviles de más de U.S.\$ 50,000.00.

La *necesidad de poseer*. En tanto refleja nuestro individualismo por contar con aquellos bienes que pueden o no sernos indispensables. Habrá quienes coleccionan objetos por el simple placer que les representa, otros, lo asumen como inversión pues cuentan que el mercado los revalorizara y, en un futuro, podrá intercambiarlos. Para algunos puede ser la conexión con su pasado o como perpetuar la memoria de la familia, también se dará el caso de quienes a través de las posesiones buscan un estado que carecían. Conozco a quien admira tanto el pasado de la familia de su cónyuge que ha registrado marcas que caducaron, convirtiéndose ahora en su titular, de modo que ya se siente con parte del patrimonio, no porque lo heredó su cónyuge, sino que ahora él lo posee. A no dudarlo, esta necesidad sustenta el mercado.

La *necesidad de dar*. Presente en aquellos que sienten, sinceramente o por cuestiones de imagen social, el requerimiento personal de entregar algo de lo que poseen a su comunidad. Esta necesidad de dar es claramente ambigua, pues puede tratarse en muchos casos de formas de agenciarse de publicidad, como sucede muy a menudo en las campañas de donación (léase Teletón, de navidad, etc.), en otros casos, se impone como convencionalismo social, obligándonos moralmente. Sin embargo, resulta apropiado, decir con los autores que venimos citando que, es también una forma de satisfacer esta necesidad de dar, el asumirnos como merecedores de un regalo y proceder a “autorregularnos”⁽³⁷⁸⁾, vale decir, premiarnos, motivarnos con compras (ayudados por la publicidad, a fin de atenuar posibles sentimientos de culpa).

La *necesidad de información*. Basta indicar por el momento que, tal necesidad está vinculada con los requerimientos precisos de consumo, es decir, en tanto su importancia se da “en razón a su papel en el proceso de persuasión” que se lleva adelante a partir de mostrarse interesado en la adquisición de un producto. Para el consumidor tomar la decisión adecuada será el resultado de un proceso en el cual tuvo como uno de sus participantes a los anunciantes que, participan en el mercado a través de los productos y servicios puestos en él. Si el consumidor no demuestra este interés inicial, de poco servirá toda la información existente en el mercado.⁽³⁷⁹⁾

La *necesidad de variedad*. Los patrones de consumo demuestran que el consumidor busca constantemente el cambio, pensemos, sino, en el mercado de los celulares y su constante renovación de equipos. Por qué si lo que se ofrece es un aparato que sirva para comunicarse, un gran porcentaje de usuarios cambio de equipo antes del año de uso, o por qué, la tendencia ha determinado la libertad en el tono del equipo.

Siendo múltiples las necesidades que puede tener un consumidor, no es extraño que la teoría haya estudiado la manera cómo este puede darle prioridad a la satisfacción de unas, sacrificando o postergando otros (lo cual no quiere decir, *a priori*, que fueran menos importantes). Lo concreto está en que, llegado el momento, las necesidades entrarán en conflicto, el cual será de tipo “motivacional”, cuyas “formas básicas” serían: “*enfoque-enfoque*”, cuando la decisión debe adoptarse entre dos alternativas “deseables”; “*evitación-evitación*”, aquí las alternativas son “no deseables”; y,

³⁷⁸. Cfr. BLACKWELL, MINIARD, ENGEL, *op.cit.*, p 243.

³⁷⁹. Cfr. *Ibid.*, p. 244.

“enfoque-evitación”, “cuando el comportamiento tiene a la vez consecuencias positivas y negativas”⁽³⁸⁰⁾

MASLOW⁽³⁸¹⁾ se ocupó a través de su pirámide de definir las prioridades asignadas a las necesidades, de forma que de manera ascendente fijó que, en primer lugar el sujeto se ocupará de las fisiológicas, una vez satisfechas, se ocupará de las de seguridad, luego de las sociales, de estima y por último las de auto actualización (estas últimas menos importantes que las primeras). Se trata de un cuadro de prioridades válido, pero cuestionable en su pretensión de generalidad, cierto es que se dan casos que alteren dicho orden. Un ejemplo al respecto, la satisfacción de necesidades de autorrealización (profesional) sacrificando sus necesidades sociales (afectivas).

El consumidor debe fijarse metas, esto es establecer aquello que se representa como “los resultados deseados a partir de un comportamiento motivado”⁽³⁸²⁾, para lo cual, deben tomar “como base sus valores personales” eligiendo “los medios (o comportamientos) que, según creen, les ayudarán a alcanzar sus metas deseadas”⁽³⁸³⁾. No es asunto fácil definir estas metas, pues una sola necesidad puede desplazar “muchas metas distintas y adecuadas”, la elección dependerá de “sus experiencias personales, su capacidad física, las normas y los valores culturales prevaletes, y la accesibilidad de la meta en los entornos físico y social.”⁽³⁸⁴⁾

Como señalan SCHIFFMAN y KANUK⁽³⁸⁵⁾, las necesidades y las metas son interdependientes aunque las personas no estén conscientes de ello, pues es muy probable que estos mediaten sus necesidades en función de sus metas. Ello ocurre, p.ej. cuando en el pregrado un estudiante se preocupa por obtener buenas calificaciones, pero no es consciente de su necesidad de alcanzar un desarrollo personal, lo cual implicaría que además de sus calificaciones se ocupe de conseguir una buena plaza donde realizar sus prácticas, con vistas a una especialización y competir en el mercado laboral que le espera.

Resulta, por ello, interesante entender que, para comprender nuestras percepciones y decisiones como consumidores, resultan útiles las explicaciones proporcionadas por la psicología donde queda configurada la *expectativa* misma, que sirve de vehículo de procesamiento de la información que recogemos de los productos ofertados en el mercado, para compararlos con las representaciones mentales de aquello que queremos, de forma que, vía este recurso mental, establecemos las posibilidades ciertas de satisfacción de nuestras necesidades⁽³⁸⁶⁾. Debiendo diferenciarse los posibles deseos

³⁸⁰. *Ibid.*, pp. 245-246

³⁸¹. MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. Nueva York: Harper & Row, 1970. Citado por BLACKWELL, MINIARD, ENGEL, *op.cit.*, p. 246.

³⁸². SCHIFFMAN y KANUK. *Op.cit.*, p.89.

³⁸³. *Ibid.*

³⁸⁴. *Ibid.*

³⁸⁵. *Ibid.*, p.92

³⁸⁶. “La conformación de la expectativa es resultado de un proceso en donde ingresan los procesos cognitivos complejos de toma de decisiones, razonamiento inductivo y deductivo, solución de problemas, la interacción entre la estimación de los riesgos y los beneficios, de la dificultad de la tarea concreta a realizar como la estimación de las habilidades y recursos existentes para llegar a un resultado.” SOTOMARINO, *op.cit.* p. 396.

del sujeto o su “*nivel de aspiración*”, con “*el nivel de expectativa*”, vinculado a un análisis más realista de sus posibilidades ⁽³⁸⁷⁾

2) Racionalidad versus Irracionalidad:

La teoría económica busca que explique las decisiones bajo incertidumbres, cuáles son las preferencias del consumidor y los motivos que determinan sus decisiones de mercado.

La teoría de la elección racional se expresa del modo siguiente:

“Se supone que los consumidores saben cuáles cosas les gustan y cuáles les disgustan, y pueden ordenar las diversas combinaciones de bienes y servicios disponibles de acuerdo con su capacidad para satisfacer sus preferencias.”⁽³⁸⁸⁾

Tal suposición se basa en el manejo de una serie de condiciones -conocidas por los economistas como- racionales, las cuales son impuestas al individuo en el ordenamiento de sus preferencias.

Para que sea racional, este ordenamiento debe ser *completo, transitivo y reflexivo*. Completo, porque totaliza sus expectativas de satisfacción de necesidades. Transitivo, es la aplicación de principios lógicos, manteniendo una coherencia interna; la preferencia de un conjunto de bienes y servicios a otro; y, de este último a un tercero, comporta la preferencia del primer conjunto al tercero, ello permite tomar decisiones al mercado, contribuyendo a su predecibilidad. Lo reflexivo, en cuanto a que se asigna valor en función a nuestras prioridades.

Las preferencias del consumidor son subjetivas, no hay forma de estandarizar los gustos y las reacciones de aquellos frente a los productos que ingresan al mercado, ni explicaciones ciertas a sus elecciones. Las explicaciones provienen de otras disciplinas (p.ej. la psicología) y, sin duda, en muchos casos estos gustos son impuestos (exógenos) o manipulados por la publicidad.

Adelantamos una conclusión plenamente comprobada del desarrollo siguiente. Consideramos que las elecciones humanas no son racionales, o por lo menos no lo es siempre, que ajustarnos a un modelo de toma de decisiones racional es una aspiración teórica contrapuesta a la realidad.

El estado actual de los estudios lo demuestra, encontrando aquellos que tienen una visión oscura, pesimista del momento que le toca vivir al ser humano, preso del consumismo que lo denigra en su condición de persona, como la que expresa Zygmunt Bauman, al señalar que,

“Es evidente que la pretendida soberanía que se adjudica habitualmente al sujeto que ejerce su actividad de consumo está en cuestión y es puesta en duda permanentemente. Tal como lo señalara con acierto Don Slater, la imagen de los consumidores que ofrecen las descripciones que ofrecen las descripciones

³⁸⁷. *Ibid.*

³⁸⁸. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p.32.

académicas de la vida de consumo los muestra dentro de un espectro que oscila entre considerarlos “dopados o tarados culturales” o “héroes de la modernidad”. En un extremo, los consumidores son tratados como cualquier cosa salvo como entes soberanos: son bobos engatusados con promesas fraudulentas, fintas y engaños, seducidos, arrastrados y manipulados por fuerzas flagrantes o subrepticias, pero siempre e invariablemente externas y ajenas. En el otro extremo, la apariencia del consumidor parece englobar la suma de las virtudes que la modernidad prohija y encomia: racionalidad, sólida autonomía, inquebrantable capacidad de decisión y autoafirmación.” ⁽³⁸⁹⁾.

Veamos un razonamiento alternativo, menos negativo y motivador de interesantes conclusiones. “*El Paternalismo libertario no es un Oximorón*”, titulan un artículo Thaler y Sunstein, difundido localmente en una revista de derecho; como se conoce oximorón es una *contradictio in terminis*, que invoca en forma metafórica la oposición de dos conceptos, formándose un nuevo concepto.

Que se quiere dar a entender, en buena cuenta este escrito sigue la pauta de lo conocida posición de los autores respecto de la innegable necesidad de que el Estado intervenga en el mercado, permitiendo a los particulares tomar las decisiones correctas; pues se admiten las naturales falencias que nos afectan. Sin embargo, esa intervención paternalista no puede conculcar la libertad, debe haber un equilibrio. Ellos proponen “*una forma de paternalismo que sea libertario de espíritu y que pueda ser aceptable para aquellos que están firmemente comprometidos con la libertad de elección basándose en su autonomía o bienestar.*”⁽³⁹⁰⁾ Su aspiración es que este planteamiento permita repensar varias áreas de la legislación contemporánea, entre ellas la relacionada con la protección del consumidor. Se basan en la constatación que en muchos campos, “*la gente carece de una clara, estable o bien orientada preferencia. Lo que eligen se encuentra fuertemente influenciado por los detalles del contexto en el cual realizan su elección (...). Estas influencias contextuales hacen que el significado del término ‘preferencias’ sea ambiguo.*”⁽³⁹¹⁾

Resulta interesante apreciar cómo creemos que decidimos de manera espontánea y según nuestras preferencias autónomas; sin embargo, tal parece que ello no es así. La presencia de las instituciones públicas y privadas orientando las preferencias del elector, es clara; las reglas legales deben ser diseñadas para facilitar las elecciones. Con todo, la función del Estado no es negar la posibilidad de elección, sino favorecerla a través de mejorar el diseño de las reglas legales. Un ejemplo de lo dicho es el caso de la libre desafiliación al Sistema Privado de Pensiones, recordemos como una vez instaurado, se desato una agresiva campaña de afiliación, caótica, excesivamente libertaria. Lo cual trajo con el correr de los años, a la hora del pago de las pensiones una sensación de “estafa”, que obligó a revisar el sistema de afiliaciones. Lo interesante del ejemplo está en apreciar cómo se dio forma al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, estableciendo a nivel el Tribunal Constitucional que su contenido esencial está dado por la posibilidad de elección, reconocida en el artículo 11° de la Constitución al individuo. Posibilidad que se traduce en la regulación legal de las causales y

³⁸⁹. BAUMAN, Zygmunt. *Vida de Consumo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 25.

³⁹⁰. SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. *El Paternalismo Libertario no es un Oximorón*. En *Derecho & Sociedad* N° 27, p. 160.

³⁹¹. *Ibid.*

procedimientos, definiéndose que el derecho a la pensión es un derecho fundamental cuyo ejercicio puede ser regulado, no siendo absoluto.⁽³⁹²⁾

Qué grafica este ejemplo. La necesaria presencia estatal, reguladora tanto del ejercicio del derecho fundamental de libre elección, como el control de la actuación de los entes privados (las empresas), se asume que las decisiones pueden haberse tomado de manera condicionada, con información parcial o incompleta, otras veces inducidos a error, etc.

Influir en las decisiones no es ilegítimo, al contrario resulta parte del “paternalismo” la conducción de “*las elecciones de las personas a fin de mejorar el propio bienestar de quienes hacen la elección.*”⁽³⁹³⁾ Tal teoría basada en los hallazgos sobre economía del comportamiento y la psicología cognitiva, enfatiza que es muy probable que los particulares cambiarían sus decisiones si contaran con más información, o si sus capacidades cognitivas no fueran tan limitadas o tuvieran autocontrol. Como la realidad es otra, no contamos con información suficiente, ni tenemos capacidades cognitivas ilimitadas, ni tenemos autocontrol, es que requerimos de la asistencia externa, ejercida a través de las instituciones públicas y/o privadas.⁽³⁹⁴⁾

Teniendo a la vista el escenario mundial actual y la presencia de Cass Sunstein en la administración Obama (nada menos que es el regulador de todas las reguladoras), podemos entender que el neoliberalismo dejó de ser la opción y que nuestro modelo constitucional económico puede beneficiarse de este análisis.

Veamos la idea central: En primer lugar, se utiliza el término “paternalista” por su carácter descriptivo, y siendo inevitables algunas decisiones organizacionales, debe pasarse a decidir entre las mejores opciones de influencia en la elección. Habiendo dos posibilidades; primero, que “*los programas deben diseñarse utilizando un tipo de análisis de bienestar, uno en el cual se haga un serio intento para medir los costos y beneficios de los resultados.*” Es decir, procurar al elector contar con más posibilidades, donde los beneficios del bienestar exceden los costos del mismo. El segundo, utilizando “algunos” resultados de la “psicología de la toma de decisiones” se proporcionen directivas ex ante, que sirvan para “*apoyar criterios razonables sobre cuándo los consumidores y clientes ganarán más al incrementar sus opciones.*”⁽³⁹⁵⁾

Lo social del modelo constitucional económico, engarza sin inconvenientes en esta concepción paternalista, pues en esa concordancia necesaria de los intereses colectivos (el buen funcionamiento del mercado, con empresas competitivas, en un marco de libre iniciativa), con los particulares; puede apreciarse cómo estos últimos no necesariamente saben qué elegir racionalmente y menos alcanzar un estado de bienestar. Piénsese, sino en como casos como la obesidad, que en Estados Unidos, llega a cifras alarmantes y demuestra que tan poco razonable puede terminar siendo el consumidor promedio. Replica en sociedades que se abrieron al libre mercado, no obstante que sea probable que el individuo sepa cuanto daño puede derivar de la obesidad, minimice los riesgos y

³⁹². Véase la STC 00014-2007-PI/TC LIMA, demanda de inconstitucionalidad presentada por más del 25% del número legal de congresistas, contra la Ley 28991 (ley de Libre desafiliación informada, pensión mínima y complementarias, Régimen Especial de Jubilación Anticipada).

³⁹³. SUNSTEIN – THALER, *Op. Cit.*, pp 160 – 161.

³⁹⁴. “*En tanto que las personas no estén en la capacidad de hacer una correcta elección, es aceptable, por lo menos, que exista alguna política que haga que las personas puedan beneficiarse mejorando sus decisiones.*” *Ibid.*, p. 161.

³⁹⁵. *Ibid.*, p. 163.

siga consumiendo frecuentemente que atenta contra su salud⁽³⁹⁶⁾. Es así que, la elección adecuada debería pasar por decidirse a realizar una dieta para bajar de peso, pero no cualquiera, sólo sería recomendable aquella diagnóstica por un nutricionista, al tratarse de la dieta personalizada, la que el sujeto requiera de acuerdo a patrones individualizados, como son estilo de vida, gustos específicos, malos hábitos a ser combatidos, enfermedades diagnosticadas previamente. Es decir, en manos del profesional que tendrá en cuenta el estado del paciente. Sin embargo, no es así en la gran mayoría de los casos, se confía en las dietas que funcionaron para otros, en la publicidad o en cualquier otro método. Otro tanto, sucede con fumar y tomar. Parecen estar de más tanta información al respecto, cuando se comprueba que la edad de inicio cada vez es más temprana.

Por eso, resulta tremendamente gráfico como no solo las instituciones públicas sino las privadas pueden contribuir desde su posición a mejorar las posibles elecciones individuales. Bastaría con tomar conciencia del poder de implicancia de su acción. Una muestra de ello, esta dado por el ejemplo al cual recurren SUNSTEIN y THALER de la “cafetería de una organización”, a saber un ente privado, puesto en la posición de adoptar una serie de decisiones a efectos de generar hábitos en sus comensales, sea reforzando o no un adecuado balance en los alimentos a ingerirse. Así, suponiendo que quien la dirige se percata que los clientes tienen la tendencia de elegir los “ítem” que se presentan primero, tal director puede decidir que los ítems que colocara primero: (i) Serán para el mejor beneficio de los clientes, tomando en cuenta todos los factores nutricionales del caso; (ii) Decidir al azar; (iii) Elegir los ítems que harían que los clientes se vuelvan lo más obesos posible; y, (iv) Ofrecerle a los clientes lo que cree que ellos elegirían por sí solos. Las alternativas propuestas van desde la paternalista (i) a la anti-paternalista (iv), esta última respetaría el poder del individuo, limitándose el director de la cafetería a proveer los bienes o servicios en un marco de amplia libertad de empresa. Sin embargo, queda claro cuan clara es la responsabilidad que le compete, pues bien puede adoptarse una decisión basada en la percepción “egoísta” del negocio, buscando el máximo de utilidad; al final, bien puede resultar que el negocio no está en la nutrición sino en agotar las existencias puestas a la venta. Pero, ésta puede ser una visión errada de la función, pues dependerá en buena cuenta de su concurrencia en el mercado, dado, p.ej., que se trate de una cafetería concesionada, en cuyas base se estableció como determinante el balance nutricional del menú que pondría a disposición de los clientes; es decir, una especie de monopolio en el servicio, con lo cual no se trata tan sólo de maximizar el lucro. Fuera como fuera las condiciones, es claro el poder de influencia en la definición de preferencias de grupos específicos que pueden contar determinados entes dentro del mercado.

Si bien economistas del prestigio de Paul KRUGMAN sostienen que “*es difícil encontrar un economista del comportamiento que opine que los resultados obtenidos en su propio campo puedan sustituir al análisis de la maximización de la utilidad. La teoría del consumidor racional sigue siendo la principal vía que utilizan los economistas para analizar el comportamiento del consumidor*”⁽³⁹⁷⁾ No puede soslayarse esta especie de cable a tierra que supone asumir las deficiencias propias de la naturaleza humana, donde

³⁹⁶. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), de un estudio realizado en nuestro país hace 6 años (2003), dos tercios de la población peruana adulta tiene sobrepeso y solo el 35% sigue recomendaciones médicas y hace ejercicio.

³⁹⁷. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introducción a la Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2007, p. 244.

lo que prevalece es la irracionalidad en las decisiones, especialmente, cuando estas son de consumo

En lo particular, coincidimos con los autores antes citados en que existen sobradas evidencias de que, si bien habrá consumidores racionales, que practican sus decisiones evaluando todas las posibilidades, no puede, por ello, sostenerse que, en general, los individuos adopten decisiones que promueven su bienestar.

Es más que imposible que el común de las personas realice pronósticos reales consistentes con la conocida Regla de Bayes⁽³⁹⁸⁾, toda vez que al recurrir a la heurística “*puede llevarlos a cometer disparates sistemáticos, mostrar cambios de preferencias (...), sufrir problemas de autocontrol, y hacer distintas elecciones según la magnitud del problema.*”⁽³⁹⁹⁾ Esta evidencia, les permite establecer cuán necesario es establecer estrategias que orienten a la gente hacia direcciones que conjuguen bienestar con libertad. Este direccionamiento no tiene porque suponer transgredir la libertad de elección tan preciada para los individuos⁽⁴⁰⁰⁾.

Planificación y libre mercado no son opuestos, sobre todo dentro de la economía social de mercado. Por lo que un paternalismo de tipo libertario resulta hasta conveniente, al margen de que tal es usado “inconscientemente” por nuestros planificadores (Gobierno Central, Regional, Local), lo cual en el lenguaje de SUNSTEIN y THALER se evidencia en la elección de los “puntos de partida o reglas tradicionales”, lo cual significa definir hasta el probable costo de transacción de una decisión; en el sentido que, retomando el caso de la cafetería, pudieran incrementarse si con ello se busca enfrentar los problemas de autocontrol que padecen muchas personas, traducido en términos sencillos, en alejar los postres de la fila, lo cual puede ocasionar que la decisión de tomarlos sea adoptada una vez concluido el “segundo” y que, para ello, tenga que desplazarse a otro lugar dentro de la cafetería, lo cual puede “ayudar” a algunos a desistirse.

Para el logro de su propósito, el paternalista cuenta con una serie de herramientas para elegir entre los sistemas posibles que apoyen las elecciones. Unas toman en cuenta el análisis o comparación de costo-beneficio; otra, el establecimiento de una serie de reglas básicas. Estas últimas, se presentan como enfoques que le permitan al paternalista libertario buscar los métodos de prueba de qué promueve el bienestar, dejando de lado las conjeturas. Son tres las reglas básicas propuestas. (i) El enfoque que *la mayoría elegiría si se requirieran y revelaran elecciones explícitas*. Lo cual exige imitar el mercado, suele verse limitado pues requiere contar con información previa, por lo general deficitaria, además si se toma como punto de partida lo elegido por otros, se

³⁹⁸. Como lo recuerdan los autores, esta regla “*explica cómo cambiar las creencias actuales referentes a la probabilidad de una hipótesis particular a la luz de nueva evidencia.*” Cfr. *Ibid.*, nota a pie de página 26, p. 164. El teorema de Bayes recibe el nombre de la persona que lo planteó, Thomas Bayes, clérigo de siglo XVIII, siendo publicada su formulación en 1763 (dos años después de su fallecimiento), matemáticamente es una ley fundamental en la que se basa la lógica de la inferencia inductiva. Este teorema “*especifica qué grado de credibilidad (probabilidad) deberían tener diferentes conclusiones a partir de la evidencia observada. (...), afirma que la probabilidad de nuestras hipótesis o creencias (...) se modifica a medida que obtenemos nuevos datos o información.*” TUBAU SALA, Elisabet. Juicio de probabilidad y toma de decisiones. En: *Psicología del Pensamiento*. GABUCIO CEREZO, Fernando (coordinador). Cataluña: Editorial UOC, 2005, pp 195 – 196. Acceso disponible en: http://books.google.com.pe/books?id=oEtpcfqnQ_4C&pg=PA199&dq=kahneman&lr=#PPA195,M1

³⁹⁹. *Ibid.*, p. 164.

⁴⁰⁰. *Ibid.*, p. 165.

vuelve sobre el defecto anunciado de que tales elecciones pueden derivar en contrarias al bienestar. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que si ya hubo una mayoría que inclinó sus decisiones por una dirección, puede deberse a que, a pesar de todo, por ahí se tiene un indicio válido en la búsqueda del bienestar. (ii) Puede seleccionar uno de “elecciones activas requerida”, esto es uno que *fuere a las personas a hacer que sus elecciones sean explícitas*. Utilizable ante la falla del anterior. (iii) El enfoque que *minimiza el número de opciones de no participar*. Se trata de una investigación ex post de las preferencias de las personas, se adopta la regla que mejor satisfaga las necesidades advertidas según la tendencia dada, no dejando al azar el número de alternativas posibles⁽⁴⁰¹⁾.

El paternalismo planteado no implica coerción, al contrario, mantiene su esencia libertaria, vale decir, que deja siempre un margen a que las decisiones sean finalmente adoptadas por el individuo gracias al convencimiento que con ellas aumenta su cuota de bienestar. Lo cual no podría ser de otro modo, siendo los planificadores seres humanos, estos también padecen de racionalidad limitada y con problemas de autocontrol, los cuales enfrentan en su labor planificadora, de ahí, que se acepte que el “*derecho a decidir no participar opera como salvaguarda contra los planificadores motivados indebidamente o confundidos, y en muchos contextos, esa salvaguarda es crucial, aun si se crea también un daño potencial.*”⁽⁴⁰²⁾

En conclusión, el enfoque paternalista preserva la “*libertad de elección, a la vez que alienta a las instituciones privadas y públicas a conducir a la gente en direcciones que promuevan su propio bienestar.*”⁽⁴⁰³⁾

Contra lo que se suele definir al consumidor como el sujeto vulnerable de la relación jurídica, nos parece que debería tomarse en cuenta que en los consumidores y usuarios se presenta, con mayor, probabilidad, casos de racionalidad limitada⁽⁴⁰⁴⁾ y problemas de autocontrol y, con ello, poner en el centro del debate argumentos ciertos del por qué tiene sustento o motivación que el Estado despliegue una serie de mecanismos protectores.

No es que los consumidores y usuarios no sepan elegir o tomar decisiones meditadas. Sucede que al ser el punto de atención de múltiples intereses económico⁽⁴⁰⁵⁾, el centro de referencia de todas las campañas publicitarias habidas y por haber, es lógico que sus decisiones se vean influidas por factores que desconoce. El marketing cumpliendo su rol dentro de la sociedad de masas, convence al sujeto de consumir los productos que anuncia, comportándonos casi como autómatas nos dirigimos todos los días a estos

⁴⁰¹. *Ibid.*, pp. 175 – 178.

⁴⁰². *Ibid.*, p 181.

⁴⁰³. *Ibid.*

⁴⁰⁴. Fue el premio nobel de 1978 Herbert Simon el primero en recalcar que los seres humanos eran incapaces de comportarse como los seres racionales que describen los modelos convencionales de la elección racional (vale decir, el de maximizar la utilidad de forma estricta), señalando que más somos seres “descubridores”, pues buscamos de una manera casual hechos e información potencialmente relevante, desistiendo de aquello que no entendemos. En otras palabras se presenta lo que él denominó racionalidad limitada, esto es que las personas tomamos decisiones “razonablemente buenas”, en lugar de decisiones perfectas. Cfr. FRANK, Robert. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw Hill, 2005, pp 249-250; KRUGMAN – WELLS. *Op. Cit.*, p. 244.

⁴⁰⁵. Sin consumo no hay economía posible, por tanto, sin sujetos dispuestos a gastar comprando o adquiriendo aquello puesto en el mercado, no se concibe la existencia de empresas. Las empresas están para hacer negocios no caridad. En esta lógica salvaje estamos insertados todos.

grandes centros comerciales a participar del mercado. Cualquiera de nosotros puede comprobar cuanto influye la publicidad en sus decisiones, dado que nuestras probabilidades de descubrir un producto exige invertir recursos escasos, como tiempo para recorrer varios establecimientos comerciales, nos inclinamos a aquello que nos es mostrado.

Sociedades como la nuestra ha entrado tarde en los mecanismos del mercado, todo lo percibimos como novedoso; sin embargo, no somos sino el lugar donde se ponen en práctica modelos ya usados (a veces, descartado) en otras sociedades. Pensemos sino en los *call centers*, la venta de servicios vía telefónica, origen de una modalidad de ventas coercitivas, donde oferta y aceptación se producen con una velocidad impresionante, bastando un simple sí. El asunto estaba después, cuando vía una reflexión (o discusión) llegaba a la conclusión, p.ej. que no necesitaba una tarjeta de crédito más, o no le era para nada útil adquirir un tiempo compartido en alguna paradisíaca isla del caribe, pues jamás la usaría. Pero, ya todo estaba consumado. Recordemos, sino, algún caso cercano.

Sería poco serio atribuirle al consumidor centrado en un caso de estos que no fue racional, que debió darse un tiempo para evaluar cada una de las opciones posibles, consultar abogados, contadores y financista, para luego vía un Consejo de Familia (que puede, eventualmente, requerir inicie un proceso judicial) tomar la decisión. Estamos seguros que esto jamás sucede. Al contrario, los mensajes han sido elaborados tomando en cuenta las expectativas del grupo al cual va dirigido, saben como explotar las sensaciones y deseos de aspiración.

Todo lo cual nos hace vulnerables, no por débiles sino porque participamos en desventaja, al no ejercer autocontrol.

El Rol del planificador legal está en intervenir mediante reglas que favorezcan las decisiones que promueva bienestar. Vale decir, no se trata de prohibir que en el mercado se oferten estos bienes o servicios. En lo absoluto, el tema va por proporcionar la orientación adecuada que posibilite superar nuestra racionalidad limitada y problemas de autocontrol. En los Estados Unidos en 1972 la Comisión Federal de Comercio impuso para las ventas a domicilio un período de reflexión obligatorio.

Salvo que el consumidor o usuario haya experimentado casos similares, es muy que su decisión esté afectada de poca experiencia y que sus emociones estén en plena subida, situaciones que explican THALER y SUNSTEIN, “*son circunstancias (...) en las que los consumidores tienden especialmente a tomar decisiones de las que después pudieran arrepentirse.*”⁽⁴⁰⁶⁾

Como señalan THALER y SUNSTEIN, en su best seller *Nudge*, el hecho de que se compruebe que la mayor parte de las veces actuamos sin reflexionar no nos hace peores sujetos, lo que sucede es que actuamos basados en nuestra experiencia y optamos por atajos, utilizando nuestro sistema automático. Lo único cierto es la complejidad del cerebro humano, el cual puede reconocer a personas que no se ven por años, comprender las complejidades del idioma nativo o crear la teoría de la relatividad. Pero, muy probablemente Bethoven que compuso su Novena sinfonía estando sordo, es muy probable que en muchas ocasiones no tuvo la menor idea de donde puso las llaves de su

⁴⁰⁶. THALER y SUNSTEIN, *El Paternalismo ...*, *Ibid.*, p. 175.

casa.⁽⁴⁰⁷⁾ Nos movemos constantemente entre dos tipos de pensamiento, el intuitivo o automático y el reflexivo o racional. El primero es rápido y se siente o es instintivo, p.ej. entramos en pánico cuando en pleno vuelo se ingresa en una zona turbulenta. Es la parte del cerebro más primitiva. En cambio el reflexivo, es más deliberativo y auto consciente, lo usamos al tomar decisiones del tipo: ¿Dónde seguir los estudios de maestría? Sin embargo, teniendo la responsabilidad de entregar un trabajo (un informe, p. ej.) se da el caso de que emergen ideas básicas o importantes no exactamente sentados en el escritorio o la oficina, sino mientras manejamos o caminamos, esto es, más cercano con el pensamiento automático.⁽⁴⁰⁸⁾

Esta complejidad de la conducta humana ha sido estudiada desde el aspecto de las decisiones económicas, de manera que no hay forma de hacerlas a un lado al momento de evaluar que tan racional llega a ser el ser humano cuando basa sus decisiones en sus prejuicios o valores preestablecidos, o se encuentra sometido a situaciones especiales, como la presión del tiempo, entornos inflacionarios o deflacionarios, falta de información suficiente, etc.

Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN cambiaron la forma como los psicólogos (y, eventualmente los economistas) deben pensar sobre el comportamiento humano, identificando tres heurísticas o reglas de oro, el anclaje, la disponibilidad y la representatividad.⁽⁴⁰⁹⁾ Sus trabajos revolucionaron la investigación del juicio y la toma de decisiones, aportando *“una cuantiosa evidencia sobre la existencia de errores universales y sistemáticos de razonamiento en situaciones donde tradicionalmente se pensaba que las personas se comportaban de forma racional.”*⁽⁴¹⁰⁾ Mostraron con sus trabajos que *“los juicios de probabilidad, frecuencia y causalidad se ven a menudo influidos por factores que pueden generar sesgos importantes debido a la representatividad, la accesibilidad o disponibilidad de la información y la capacidad de imaginar escenarios aparentemente plausibles (heurístico de simulación).”*⁽⁴¹¹⁾ Llegaron a demostrar que los sujetos cuando predicen o estiman la probabilidad de un acontecimiento, acuden a procedimientos generales. Lo heurístico son *“estrategias o procedimientos intuitivos basados en procesos de memoria bastante automáticos, como son los cálculos de similitud o la recuperación de casos en memoria.”*⁽⁴¹²⁾

Otro aspecto importante a considerar en la supuesta racionalidad esperada del consumidor está relacionada con el riesgo o de ¿cuándo se prefiere arriesgar? Como se sabe, según el modelo racional toda decisión se adopta intentando maximizar la utilidad de los resultados⁽⁴¹³⁾. Lo cual no es tan cierto, más bien ha sido demostrada que nuestra aversión al riesgo influye en la elección de la alternativa, por más que aquellas que se nos presenten sean sustancialmente idénticas. Es el caso del clásico caso de que si se

⁴⁰⁷. THALER, Richard H., SUNSTEIN Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin Books, 2009, p 18 - 19.

⁴⁰⁸. *Ibid.*, p. 20.

⁴⁰⁹. *Ibid.*, p. 23. Recodemos, de otro lado, que KAHNEMAN es premio nobel de economía del 2002.

⁴¹⁰. TUBAU SALAS, *Op.Cit.*, p. 199. Como señala la autora en esta cita, otro nobel de economía HERBERT SIMON, había enfatizado el hecho de que las tomas de decisiones se realizaban al margen de los modelos racionales basados en “minimizar” costes y “maximizar” beneficios. En el día a día de la rutina el individuo, por lo general, no está realizando estrategias donde se tengan en cuenta todos los “factores o propiedades”, tomamos en cuenta sí algunos factores.

⁴¹¹. *Ibid.*, p. 212.

⁴¹². *Ibid.*, p.199.

⁴¹³. Von Nueumann y Morgenstern. Vid., TUBAU SALAS, *Ibid.*, p. 220.

nos plantea la posibilidad de ganar S/. 80.00 ó el 80% de posibilidades de ganar S/. 100.00, nos inclinamos a la primera, puesto que, asumimos en la segunda un probable riesgo de pérdida. En sus experimentos KAHNEMAN y TVERSKY encontraron que más del 90% optaban por la primera de las alternativas. Y, cuando el caso era planteado en términos de una posible pérdida, donde las opciones eran entre perder S/. 80.00y el 80% de posibilidades de perder S/.100.00, la preferencia iba por esta segunda opción, donde hay una probabilidad muy baja de no perder⁽⁴¹⁴⁾

Sea por nuestro esquema de valores, prejuicios, necesidades, etc., preferimos las situaciones conocidas, rechazando las probabilidades si estas implican riesgos. De esta forma, no se puede afirmar que estemos en condiciones de adoptar decisiones racionales en todo momento.

3) Análisis de eficiencia de las medidas legales:

Como se sabe el Análisis Económico del Derecho (AED) constituye un método que permite estudiar al derecho desde una perspectiva diferente, permitiendo al estudioso (en general) establecer si las soluciones adoptadas por la comunidad (normas, reglas, obligatorias para todos, el pacto de la república de los romanos) se aproximan o no a lo que esperaría la comunidad en términos de eficiencia. Valer decir, su justificación como parte del ordenamiento, en la medida que otorgan, modifican o alteran situaciones jurídicas debe ser para mejora de la comunidad, pues los derechos subjetivos se asumen como el resultado esperado por dicha colectividad.

A nivel local se escuchan críticas a esta propuesta de análisis jurídico, habiéndose sostenido que siendo una propuesta gestada a partir del realismo jurídico norteamericano, se aleja de *cualquier “resabio especulativo (...) que era mas bien la perspectiva del discurso jurídico europeo continental más apegado a la metafísica y a lo ideal.”*⁽⁴¹⁵⁾ Que, privilegiando las decisiones personales, en caso de conflicto se adopta aquella preferencia que le otorga un mayor valor, lo que en términos económicos equivale a decir, quien está dispuesto a pagar el mayor precio. Lo cual, en palabras de HERNANDO NIETO, *“se estaría afirmando es que, mientras más dinero y poder poseas, más podrás hacer lo que te VENGA EN GANA pero, al mismo tiempo, cuanto menos dinero tengas, pues menos chance tendrás de satisfacer tus preferencias (...).”*⁽⁴¹⁶⁾ A lo que contestó ESCOBAR ROZAS que no es tanto así, pues las preferencias del sujeto son cuestiones no solo materiales, computables en términos de capacidad adquisitiva y simple deseo a ser satisfecho, pues *“los conceptos de ‘recursos’ y ‘utilidad’ toman en consideración preferencias materiales (...) e inmateriales.”*⁽⁴¹⁷⁾ De ahí que, al adoptar decisiones la comparación de costos y beneficios deberá considerar qué perderán y ganarán las partes, la magnitud del bienestar social dependerá del concepto que sobre el se adopte. No siendo obstáculo para el Análisis Económico del Derecho los contextos del Estado Constitucional de Derecho, ya que, *“sea cual sea la forma jurídica adoptada, sea cual sea el sistema legal vigente en una sociedad determinada, los*

⁴¹⁴. Este ejercicio se puso en práctica dentro del curso de Sistemas Contractuales dictado por el profesor Escobar Rozas.

⁴¹⁵. Freddy ESCOBAR versus Eduardo HERNANDO NIETO. *¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del Derecho Positivo?* En: Themis 52 Revista de Derecho, 2006, pp. 341-354. La cita corresponde a la postura planteada por Hernando Nieto a la pregunta: ¿Nuestro ordenamiento legal permite el análisis económico del derecho como método interpretativo?

⁴¹⁶. *Ibid.* p. 349.

⁴¹⁷. *Ibid.*

“valores” tienen que ser observados en la realidad por personas de carne y hueso.”⁽⁴¹⁸⁾ En otras palabras, cualquier sociedad basa su éxito en procurar al mayor número de sus habitantes un estado de satisfacción de sus necesidades. El pacto social se basa en ello, no se legisla para los “dioses”, si no para personas. El derecho tiene por destinatario natural la persona, las reglas se basan en necesidades a ser cubiertas.

La siguiente cita a SOLOW realizada por ROEMER⁽⁴¹⁹⁾, es clara muestra de que lo que manda hoy en día es la multidisciplinareidad, que es de lo que al final se trata:

“¿Qué significa ‘pensar como economista’? significa algo más amplio que meramente manejar la técnica, espero. Me gustaría que significara lo siguiente: a) percatarse de que es posible pensar con rigor acerca de algunos problemas sociales; b) entender el interjuego de hechos, valores y teorías en la economía y en el conocimiento general; c) saber cómo evaluar la fuerza de un argumento en economía, guardándose de confusiones; d) poseer algún sentido de nuestras instituciones, y e) haber seriamente por lo menos en uno o dos temas de política.”

No es posible entender el funcionamiento del derecho sin ocuparse de las consecuencias económicas de las normas, esto es, de cómo el sujeto (individuo) se ve afectado en su cotidianidad por el Derecho. No sólo por las decisiones macro, sino por las menudas y directas, que comprometen su vida diaria, personal, familiar y colectiva.

Según POSNER, el análisis económico que se hace de la ley tiene dos facetas. Una, estudia el “comportamiento regulado por el sistema legal” por el que se preguntan cómo es que los individuos involucrados en el sistema responden a las restricciones que éste impone a su conducta. La segunda, se preocupa por explicar la regulación dada por la estructura del sistema, mas que la que proviene del sistema legal.⁽⁴²⁰⁾

Los que se han ocupado de esta última faceta han planteado tres tesis:

- 1) La maximización racional de los comportamientos humanos.
- 2) Las normas jurídicas crean precios implícitos para diferentes conductas, cuyas respuestas pueden ser analizadas de la misma manera como los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio.
- 3) Las respuestas del Derecho Consuetudinario promueven la eficiencia (al decir Derecho Consuetudinario se refieren al derecho creado por los tribunales de justicia, comparándolo con el derecho codificado que proviene del poder legislativo).

Gran parte del estudio de la vinculación entre economía y derecho está referida a explicar por qué los jueces en sus decisiones procuran asignar derechos o imponer obligaciones buscando “maximizar la satisfacción total de las preferencias”, llevando a

⁴¹⁸. *Ibid.* p. 352.

⁴¹⁹. SOLOW, Robert M. The Economist Major: What it is and What it should be: Panel Discussion. American Economic Review, vol. 92, 1992, citado por ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 23.

⁴²⁰. Cfr. Roemer, op.cit. p. 13.

cabo un análisis económico positivo de la ley. Lo cual de no ser así, esto es que el juez no falle en el caso concreto maximizando las preferencias, el teórico se preguntará cuáles son los argumentos que ese Juez debió tener en cuenta para citar las normas que sí lo maximizan, llevando a cabo un análisis normativo económico.⁽⁴²¹⁾

Citando a EISENBERG, ROEMER nos permite ubicar el exacto sentido que tiene la aplicación de los conceptos económicos al Derecho. No es que se trate de copiar conceptos, lo que importa es apreciar cómo es que se lleva adelante el estudio del caso concreto, permitiendo un nivel mayor de generalidad o abstracción. Desde siempre los particulares (o individuos) respetaron las leyes por sus posibles consecuencias (sanciones), la economía busca cambiar esta percepción, introduciendo el concepto de incentivos para la acción.⁽⁴²²⁾ Es el caso de la **Regla de Hand**, por la que el Juez Learned Hand en 1947, “estableció el principio de que una persona es culpable de negligencia, si la pérdida resultante de un accidente del que es responsable, multiplicada por la probabilidad de que ocurriera el accidente, sobrepasa el costo de la precaución que la persona podría haber tenido para evitar el percance.”⁽⁴²³⁾ No es que fuera inventada por el AED la razonabilidad de entender una aproximación a la explicación de aquello que se tomará como negligente, ello estuvo mucho tiempo antes, lo que permitió este análisis fue que quienes operan con el Derecho contaran con una herramienta que diera directamente con la respuesta.

A la generalidad se sumó el “rigorismo” en el análisis legal, mejorando la argumentación jurídica.

En cuanto a la eficiencia, el AED pasó de la optimalidad de **PARETO** a la eficiencia de **KALDOR-HICKS**, donde un estado de cosas *P*, es eficiente cuando pasando a un estado de cosas *Q*, los ganadores pueden compensar a los perdedores. De esta manera permite llevar adelante una comparación que determine los beneficios resultantes y no como en el caso de Pareto, reducir la eficiencia a la no existencia de perdedores.

4) La importancia de los Costos de Transacción en el análisis:

Los costos de transacción, sistematizados y conceptualizados por Ronald COASE, parten de la idea básica de que, “*usar el sistema contractual cuesta, o dicho de otra manera, el uso del mercado no es gratuito. Celebrar cada contrato implica incurrir en una serie de costos, muchas veces no despreciables, y que hacen que en ocasiones la solución contractual sea inviable o ineficiente.*”⁽⁴²⁴⁾ El intercambio le da sentido al mercado, por lo que son estos los que dan origen a los contratos. Si bien los intercambios son

⁴²¹. *Ibid.*, p.15

⁴²². Esto no es nuevo, los romanos establecieron en el D. 1.1.1 que el derecho (*ius*) debía convencer no solo sancionar, establecer aquello que fuera respetado por formar parte de lo que convenía a la comunidad; no tan solo por la amenaza de la pena a sufrirse. Sus palabras fueron: “(...) *anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con el estímulo de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente.*” Este fragmento del Digesto corresponde a Ulpiano, Instituciones, Libro.

⁴²³. *Ibid.* p 20.

⁴²⁴. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¡Firme primero.Lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor.” En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996, p. 239. El autor ha desarrollado el tema en diversos estudios, por ello, en el mismo sentido: “*Ronald Coase y el Sistema Jurídico*”, en Bullard González, Alfredo. Derecho y Sociedad. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2003, p. 98.

voluntarios, estos siempre representan un costo, el mismo que está vinculado a la seriedad del fin buscado; cual es cubrir necesidades humanas.⁽⁴²⁵⁾

Hay costos de transacción en cada una de las etapas del negocio (digamos proceso de intercambio) en que se encuentren las partes, los cuales de manera estructurada han sido identificados o agrupados del modo siguiente⁽⁴²⁶⁾:

- a) “*Costos de búsqueda*”, cuando se inicia la tarea de descubrir con quien se va a contratar, qué bien o servicio se va a adquirir.
- b) “*Costos del arreglo*”, como son los de redacción del contrato, relacionado con el nivel y cantidad de información con que cuenta los contratantes; y,
- c) “*Costos de ejecución*”, donde luego de celebrado el contrato, éste debe ser ejecutado, es de verse cuáles son los costos en que incurriremos para su cumplimiento.

Los costos de transacción la más de las veces se incorporan como necesarios para la marcha del negocio; pues, en el caso de los proveedores, posicionarse en el mercado exige contar con la información necesaria y precisa acerca de cuáles son las posibilidades de éxito de producto o servicio, si estos se ajustan o no a las necesidades de los potenciales consumidores. En buena cuenta, saber si existen o no consumidores. Y, una vez identificados converse de cuál es el mejor canal de comercialización, decidir si se hará o no uso de publicidad; de ser así, cuál de todos los medios es el más efectivo. La información, entonces, es un costo de transacción necesario. De manera que cuanto se invierta en ella definirá, muy probablemente, la política de ventas.

Veamos al respecto un ejemplo tomado de la realidad del mercado de venta de insumos de cómputo:

Como es conocido, no se requiere ser un especialista en sistemas para dedicarse con éxito al negocio de vender computadoras e insumos para la informática. La Galería Garcilaso en el centro de Lima da cuenta de muchas historias de trabajo y sacrificio, exitosas porque supieron aprovechar el momento. Es el caso de muchas personas que dedicadas, en su momento, a la venta ambulatoria de útiles de escritorio en la Av. Uruguay en el centro de Lima, fueron obligados a adquirir un local dentro de una Galería sin mayores aspiraciones en su construcción, de lo contrario, serían desalojados. De pronto, los años los encontraron como los fundadores de grandes negocios, ejemplos de triunfo. ¿Qué pasó? Es claro que si se le habla a muchos de ellos de los costos de transacción que asumieron, no tendrán la menor idea de lo que se trata. Aquí funcionó la intuición, comprendieron por sí solos que para mantenerse en el mercado deben asumir costos, pues el secreto está en contar con el respaldo de la distribuidora de la marca; saben, así, que la formalidad tiene su precio, pero son mayores los beneficios. Podrá comprar al crédito y vender al contado, con márgenes de utilidad mayores, lo cual le permiten competir en precios. Sin embargo, su éxito acarrea más competencia. Continuar liderando le exige pasar de la intuición al asesoramiento especializado, ello trae consigo

⁴²⁵. Como señala CÁCERES ZAPATA, económicamente las transacciones (intercambios) crean un tejido social pues busca establecer equilibrios “*a partir de las necesidades y objetivos de quienes conforman la sociedad*”. CÁCERES ZAPATA. *Op.Cit.*, p. 61.

⁴²⁶. Weingarten, C., La confianza en el sistema jurídico. Contratos y Derecho de Daños. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 94, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p.58.

más costos. Debe buscar a quien cuente con la información adecuada; que conozca el mercado, maneje el marketing y que además prepare su empresa para mayores exigencias de atención al cliente. Antes pensaba que la publicidad más eficiente era la satisfacción del cliente, ahora, asume que además debe utilizar medios de comunicación. Hasta deberá replantearse la forma de reclutamiento de su personal. Es decir, operar competitivamente, esto es abrir todos los días las tiendas y operar, trajo consigo el que se asuman una serie de costos que provienen de varios lados, están los laborales, los originados de las relaciones con los proveedores de bienes y servicios, las derivadas de las relaciones con la administración de los locales donde opera; y, los que provienen de las relaciones con las instituciones del Estado (en general), desde seguridad (necesaria para que los clientes se acerquen a la galería), hasta evitar complicaciones de tránsito.

Este ejemplo más que orientarse a sustentar el funcionamiento en sí de los costos de transacción, nos permite sostener siguiendo a CÁCERES ZAPATA, que no es que solo se den costos privados cuando se desarrolla una actividad con el propósito de obtener un beneficio directo; la mayor parte de las veces los costos privados están mezclados con los costos sociales, al serles inherentes, incidiendo de manera inopinada sobre ellos, esto según el autor, son llamados por algunos economistas como externalidades. ⁽⁴²⁷⁾

Conocer el mercado es fundamental para el proveedor, tanto como saber interpretar los gustos de sus consumidores. Pero, contar con la información es igualmente sustancial para quienes participan del mercado como adquirentes o usuarios. Sus decisiones inmediatas y sus futuros cumplimientos depende del nivel de información obtenido y la correspondencia que la misma tenga en función de ver satisfechas sus necesidades. Hoy los consumidores y usuarios tienen potencialmente mayores posibilidades de acceder a fuentes de información, sin embargo, diferentes factores influyen finalmente en el nivel de la misma que obtenga. No es lo mismo comprar un libro que el auto para la familia, pero el simple hecho de tomar conocimiento del contenido del libro es ya un costo, pues determina el posible resultado, influyendo en la decisión a tomarse.

Siguiendo con BULLARD, el análisis económico del derecho puso la voz de alerta en la vinculación que tienen los costos de transacción con la eficiencia de los intercambios realizados, pues *“si estos costos son muy elevados los contratos podrían celebrarse en términos ineficientes e incluso podríamos llegar al caso en que no se celebren a pesar de que sería beneficiosos para las partes involucradas.”*⁽⁴²⁸⁾ El tema de los costos de transacción no es secundario, el contrato y su ejecución dependerán de cuanto están las partes dispuestas a asumir como parte del negocio, sea que los contemple antes, durante o después.

Es el caso que, algunas veces los consumidores adquieren productos desconociendo sus funciones o efectos, guiándose por la publicidad, ignorando el potencial problema que está comprando. El final es predecible, de un lado, usar la garantía del producto hasta donde sea permitido; del otro, evaluar la posibilidad de no pagar el precio pactado, vale decir, incumplir con su parte del contrato. De esta forma, puede que se esté ante un contrato cuyos términos son ineficientes.

4.1) Los costos de transacción: Reducción = Eficiencia del Sistema Legal.

⁴²⁷. CÁCERES ZAPATA. *Ibid.*, p. 63.

⁴²⁸. *Ibid.*, p. 240-241.

Las negociaciones son exitosas unas veces, otras no. La razón, según COOTER y ULEN está en los problemas derivados de la comunicación, pues desarrollarla adecuadamente es costosa. Tomando en cuenta este factor, se entenderá satisfactoria o exitosa aquella negociación cuyos costos de transacción sean igual a cero. COOTER y ULEN formulan el siguiente enunciado a partir del teorema de COASE:

“Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.” ⁽⁴²⁹⁾

Es así que, lo que debe propiciar el sistema de Derecho es la solución negociada a que puedan llegar las partes, como consecuencia del uso (adecuado) de la información pertinente, para conociendo sus reales posibilidades de cumplimiento, se obliguen en la medida de que ello podrá desarrollarse a futuro. En circunstancia de pleno acuerdo, la regla legal carece de sentido.

Hay que convenir que situaciones como la anterior son difíciles de experimentar y, menos, puede decirse que sólo cuando la suma de los costos de transacción sean cero, la negociación sea exitosa. Veamos aquello que sucede con las conciliaciones extrajudiciales en nuestro país. Estadísticamente se demostró que el porcentaje de acuerdo era elevado cuando las partes conciliantes asistían a la audiencia de conciliación, contrariamente, a los prejuicios imperantes de que la nuestra es una sociedad que “gusta” del conflicto, sentadas las partes una frente a la otra y puesta sobre la mesa sus posiciones iniciales, procediendo a analizarse, se recuperó mucho de la cooperación perdida, llegando a acuerdo. Con lo cual, podría sostenerse que, a pesar de la imposición de “costos de transacción” estos fueron necesarios para crear el ambiente de comunicación que las partes requerían. Muchas veces los costos de transacción funcionan como el “pequeño empujón” que requieren los sujetos para adoptar las decisiones que mejor funcionen. Necesitaron que el sistema imponga su obligatoriedad para que, en lo que a ellos se dio, funcionara; de lo contrario, hubieron ignorado esta posibilidad. Al respecto, podría sostenerse que ello no debería ser así, que si el sistema se sostiene en los centros de conciliación, por ende, ellos tendrían que asumir los costos de afirmar las bondades de sus servicios, promocionarse como verdadera alternativa al Poder Judicial; sin embargo, la realidad demostró lo contrario, que a pesar de la obligatoriedad el servicio conciliatorio no fue un buena inversión para los privados.

Como vimos, son tres los tipos de costos de transacción, según se van presentando en el proceso de intercambio: Los de búsqueda, de arreglo y de ejecución. ¿Cuándo son elevados y cuándo bajos? Se preguntan COOTER y ULEN, respondiendo que los primeros son elevados tratándose de bienes o servicios particulares, mientras que tienden a bajar cuando se trata de bienes o servicios estandarizados. Claro, es diferente pretender adquirir un objeto de colección (un Tilsa, por ejemplo) que exige desplegar un sistema de contactos e interesados en la venta que, decidirse a compra un televisor en una tienda por departamentos; los niveles cambian sustancialmente.

En los segundos, los costos dependerán de la cantidad de información con que cuenta cada parte, si esta es “pública” (en sus términos, cuando los valores de amenaza son

⁴²⁹. COOTER y ULEN, *op.cit.*, p 117.

conocidos de antemano por las partes, sea porque existen reglas de derecho que anticipan sus efectos o porque ambos sujetos participan del mismo mercado) o “privada”. Siendo “pública” las partes llegan a acuerdos pues, conocen las posibles implicancias del intercambio, siendo cooperativo (su ejemplo es gráfico: Vender una sandía es simple). En cambio, “*las negociaciones tienden a ser complicadas y difíciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa es privada.*”⁽⁴³⁰⁾ Sostienen COOTER y ULEN que la dificultad estriba en convertir toda esa información en pública, vale decir, accesible para el contratante que no conoce la información, sea por no participar continuamente en ese mercado de bienes y servicios, o no ser el propietario del bien vendido (por tanto, sin capacidad inicial de conocer los posibles defectos del bien objeto de venta), en estas negociaciones se invierte tiempo y dinero en averiguar aquello que conoce la otra parte, estas están dispuestas a divulgar parte de su información, reservándose aquello que no contribuya (según sus intereses) a concretar el acuerdo (de esta forma, solo parte de la información se hace pública).

Existen otras “fuentes” de origen de los costos de transacción en esta fase del proceso de intercambio, unos pueden deberse a la necesidad de las partes de que se redacte un acuerdo, otros derivan de la hostilidad existente entre las partes por el tipo de negociación en que se encuentran (el caso de los divorcios, donde se discute la liquidación de la sociedad de gananciales), o del comportamiento “poco razonable” de las partes motivado por la exageración en plantear sus posiciones, lo cual puede llevarlos a hacer inviable el acuerdo por no tener opción a retractarse.⁽⁴³¹⁾

En cuanto al tercero de los costos de transacción, estos se originan cuando media un tiempo entre el acuerdo y el momento de su ejecución. Monitorear su cumplimiento genera costos, ni que decir de los devengados por el incumplimiento, el recurrir al uso de los remedios contractuales, extrajudiciales o judiciales.

4.2) Costos de Transacción y contratos.

Conforme a la Teoría de la Negociación, “*una promesa es legalmente exigible cuando se formula como parte de una negociación; de otro modo, una promesa no es legalmente exigible.*”⁽⁴³²⁾ Como se conoce, en el sistema contractual norteamericano, “*cada negociación implica una inducción recíproca: el receptor da algo para inducir al promitente a inducir al receptor. La ley utiliza el término consideración para describir lo que da el receptor al promitente para inducir la promesa.*”⁽⁴³³⁾ Quiere decir que, según esta teoría, no habrá contrato exigible en la medida de que el receptor de la promesa no entregue algo al promitente que, precisamente, movilice la promesa. La *consideración* garantiza la exigibilidad de la promesa.

Así presentado, se pregunta: ¿Todos las promesas son exigibles? ¿Qué pasa con las que no son equivalentes? Parte de la teoría, sostiene que siempre deberán ejecutarse, señalan que “*los tribunales deberían determinar si ocurrió una negociación sin inquirir si la negociación fue justa.*”⁽⁴³⁴⁾

⁴³⁰. *Ibid.*, pp 121-122.

⁴³¹. Cfr. *Ibid.*, p. 123

⁴³². *Ibid.*, p. 230

⁴³³. *Ibid.*, p. 231.

⁴³⁴. *Ibid.*, p. 232.

Otra parte de la teoría, se inclina por el cumplimiento de las negociaciones justas. Para lo cual, “*un tribunal tendría que preguntarse si el valor de la promesa era equivalente al valor de la consideración.*”⁽⁴³⁵⁾ Es complicado –así concluyen COOTER y ULEN– que, los tribunales puedan examinar tal equivalencia, requiriendo de mucha más información de la que el mercado estaría dispuesta a asumir, de ahí que lo que sí están dispuestos a condenar los tribunales norteamericanos son “*las negociaciones extremadamente desmesuradas.*”⁽⁴³⁶⁾

Una pregunta adicional, hacen los autores en cuestión, ¿Qué promesas deberían ser legalmente exigibles? Aquellas –responden– que son deseadas por ambas partes. Es decir, los compromisos creíbles donde las partes se comporten cooperativamente⁽⁴³⁷⁾. Se cree y coopera porque se confía. “*La confianza es un cambio en la posición del receptor de la promesa inducido por la promesa, el cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa.*”⁽⁴³⁸⁾ Vale decir, se invierte con la expectativa del cumplimiento, entonces, de no realizarse encarece el incumplimiento, pues estos costos deberán ser también contemplados. Pero, esta confianza deberá ser “óptima”, en términos económicos: “*La eficiencia requiere más confianza si la ganancia esperada supera la pérdida esperada. Contrariamente, la eficiencia requiere menos confianza si la pérdida esperada supera a la ganancia esperada.*”⁽⁴³⁹⁾ Nuestra confianza resulta amparada si, ante la posibilidad de incumplimiento, nuestra inversión podrá ser recuperada, pues en un escenario hipotético, de darse el cumplimiento ganamos más de lo que, probablemente, perdamos.

Las partes pueden llevar adelante la celebración de contratos perfectos (aquellos donde se “*prevén todas las contingencias; el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes; toda la información relevante ha sido comunicada; nada puede salir mal.*”⁽⁴⁴⁰⁾), estos se dan, conforme al teorema de Coase, cuando los costos de transacción sean nulos, lo cual sucede si quienes negocian son seres “racionales”.

Es **racional** aquél individuo que, “*puede ordenar los resultados desde el menos preferido hasta el más preferido.*” Ello es así, porque quienes “*toman decisiones deben tener preferencias estables*”⁽⁴⁴¹⁾, esta estabilidad le otorga competencia (capacidad de ejercicio). Estos individuos se mueven entre restricciones “moderadas”, diferentes de las excesivas que atentan contra la libertad (conocidas como dureza y necesidad), las moderadas guardan relación con la escasez de los recursos en el mercado.

Como se dijo, los costos de transacción pueden terminar impidiendo que las partes cooperen eficientemente. Las externalidades, la omisión de transmisión de la información⁽⁴⁴²⁾ y el monopolio atentan contra dicha cooperación.

⁴³⁵. *Ibid.*

⁴³⁶. *Ibid.*, p. 233.

⁴³⁷. Cfr. *Ibid.*, p. 241.

⁴³⁸. *Ibid.*, p. 250

⁴³⁹. *Ibid.*

⁴⁴⁰. *Ibid.* P. 265.

⁴⁴¹. Cfr. *Ibid.*, p. 266

⁴⁴². “(l)a ignorancia es racional cuando el costo de adquirir la información supera al beneficio esperado de la información.” *Ibid.*, p. 26, “es irracional cuando el beneficio esperado de la información supera al costo de adquirir la información”, *Ibid.*, p. 270 “Si los individuos celebran contratos sobre la base de la mala información que obtuvieron por sí mismos, no habrá ningún principio legal que los libere de sus obligaciones contractuales” *Ibid.*, p. 271.

Nuevamente la pregunta de ¿Cómo reducir estos costos? El sistema tiene previstos una serie de mecanismos que contribuyen en diferente medida a reducir estos costos. Los códigos con sus normas integradoras de la voluntad de los contratantes, quienes deben conocer que existen ciertas reglas que se aplican al negocio sin necesidad de estar previstas o redactadas en algún documento. Claro que, para ello se requiere previamente contar con un sistema legal claro y de probada eficiencia que aliente el intercambio y anticipe (prediga) las soluciones más adecuadas a los conflictos intersubjetivos, tomando en cuenta las posibles situaciones en que pueden encontrarse los contratantes que se interrelacionan en el mercado (a la manera de la *aequitas* romana, aplicada por el pretor peregrino y que con el *ius gentium* prestigió al Derecho Romano, sobretodo de la época clásica).

Otro mecanismo (particular de la era del consumo) está dado por una consecuencia natural al fenómeno de la masificación contractual, es decir, cuando la cantidad de transacciones que se dan en el mercado, involucrando al mismo proveedor con una serie indeterminada de otros sujetos (con similares intereses) exigió encontrar soluciones adecuadas. Es que, al igual de lo que sucediera con la producción en masa, donde se estandarizó el gusto, asumiendo la industria que lo que un grupo definido de clientes podía extenderse a uno más grande e indefinido; los contratos se estandarizaron, pues este grupo indefinido pero identificado por las mismas necesidades que, se relacionó jurídicamente con los proveedores de bienes y servicios, hizo imposible que se negociara con cada uno o, asumiéndose pautas comunes que no se discuten, que, además, eran tan obvias que no valía la pena perder el tiempo revisándolas, bastando que las leyeran.

Claro que ésta es una visión un tanto simple del problema, puesto que la estandarización en realidad contribuyó a que en la negociación el proveedor no comprometiera más de lo que estaba dispuesto a dar, omitiendo, de esta manera, parte de la información que podía requerir la otra parte para tomar la decisión más adecuada.

La autoría de los contratos en masa recayó sobre los proveedores, quienes, ciertamente, pueden abusar de la mejor posición que tienen como dueños de la información en perjuicio de su contraparte, además, dichos contratos no siempre constan por escrito y, evidentemente, se sujetan a negociaciones previas un tanto limitantes de la autonomía de la voluntad. No por ello, los consumidores se retiran del mercado, reclamando “masivamente” por abusos, etc.

Ciertamente, la contratación en masa funciona, pero nada impediría a la otra parte replantear los términos para que el contrato se ajuste a su caso en particular.

La importancia en la economía de mercado que tiene la estandarización de los contratos es tal que, BULLARD⁴⁴³) señala que, no exagera al decir “*que el desarrollo económico o del mercado moderno no hubiese sido posible sin el desarrollo de la contratación masiva y la estandarización de los términos que regulan las relaciones comerciales. Sólo así se pueden superar los costos de transacción derivados del uso del mercado, haciendo viable el intercambio masivo característico del mundo de hoy.*” Pero, como

⁴⁴³. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¡Firme primero...p. 245.

lo aclara el mismo BULLARD⁽⁴⁴⁴⁾, ello requiere de contrapesos, pues si bien no considera que el consumidor sea la parte débil, si hay claros problemas de asimetría informativa, a favor del proveedor, lo cual no necesariamente equivale a que el poder económico esté de su parte (se trata de contar con información que le da el dominio de las circunstancias, el caso reseñado por BULLARD del humilde sastre que cuenta entre sus clientes, altos ejecutivos de empresas, mantiene el dominio de la información de cómo confeccionar un buen terno y eventualmente, cómo redactar las condiciones que le eximan de responsabilidad).

5) El poder está en la información: La superación del error.

¿Cómo acceder a la información? La información cuesta, no hay duda. Informarse es conocimiento y conocimiento es poder, es el paradigma de la sociedad de la información. Sin embargo, de qué forma podemos acceder a la información si la que está al alcance de todos es sólo una parte de la información que necesitaríamos para adoptar las mejores y más apropiadas decisiones de consumo.

En principio, existe toda una serie elaboradas posiciones en relación con la información, una defienden el esfuerzo desplegado por un sujeto en obtenerla, atribuyéndole su titularidad, por tanto, sin la obligación de divulgarla. Otras, mas bien exigen su divulgación, pues mientras mayor colaboración exista entre quienes entablan contacto para llevar a cabo un contrato, mayores posibilidades existirán de arribar a un resultado mutuamente satisfactoria y altamente viable en su ejecución.

Al respecto, la experiencia norteamericana es especialmente rica en el tratamiento a la información, estudiándose tanto en las clases de Fundamentos de Análisis Económico del Derecho y de Sistemas Contractuales, el ensayo de Anthony T. KRONMAN⁽⁴⁴⁵⁾, del cual podemos recoger lo siguiente:

- En todo contrato cabe la posibilidad que “un hecho fáctico asumido en particular resulte errado”, económicamente, ese riesgo “representa un costo” tanto para los individuos intervinientes como para la sociedad, pues existe un incremento en el uso de los recursos para asignar los bienes (dado que el error trae consigo el replanteo de la realización del propio contrato) a quien los valora más.
- Dos formas son posibles para reducir estos costos: Adoptando medidas preventivas o, contratando un seguro contra el riesgo de que ocurran.
- “*La información es el antídoto del error*”. Si las partes que participan en un contrato lo hacen de manera racional, pueden minimizar la ocurrencia del error, “asignando el riesgo” de que ocurra a quien está en mejor posición de “recolectar información a un menor costo”. Económicamente, importa la distinción entre error mutuo y unilateral, en este último caso, se supone que es razonable asumir que la parte que incurrió en error está en mejor posibilidad de prevenir su propio error, en cambio, de ser mutuo, definir la parte que estaría en mejor posición exige más investigación. Hay situaciones, descritas por KRONMAN, donde puede suceder que una parte incurre en error, sin embargo, la otra conocía o estaba en condiciones de conocer el error (o la percepción equivocada que de los hechos tiene la parte que contrata bajo estas

⁴⁴⁴. *Ibid*, p. 246.

⁴⁴⁵. KRONMAN, Anthony T., *Error, Deber de Revelar Información y Derecho de Contratos*. En: Themis Revista de Derecho 49, Lima, 2004, pp. 161 – 181.

circunstancias), lo sensato sería que recaiga en él los costos de prevención (ello puede derivar en una regla de responsabilidad compuesta, inicial para quien incurre en error, trasladándose a la otra parte si lo conoció o estaba en condiciones de conocerlo).

- Tomando como base el caso *Laidlaw v Organ* (1815), donde se pretendía el cumplimiento de un contrato celebrado bajo determinadas condiciones, ocultando la inminencia de un evento que lo afectaba directamente, incrementando el precio. Es famoso el fundamento del Juez Marshal (Presidente de la Corte Suprema que resuelve en apelación), donde se establece la no obligación de comunicar a la contraparte la información recopilada que determinaba una sustancial ventaja a su favor, especialmente cuando ambas estaban en condiciones de obtenerla, lo que sí debe evitarse es *“hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra.”*
- Las consecuencias difieren si la “información es adquirida deliberadamente” o si esta es “adquirida casualmente”. En el primer caso, adquirir la información implica costos, tanto de búsqueda como de capacitarse para obtenerla; en cambio, adquirirla causalmente es cuando de todas formas esa información iba a llegar a la parte, a pesar de que también se incurrió en costos. De estarse ante información adquirida deliberadamente, se negara su titularidad, es decir el beneficio de poseerla y usarla, ocurrirá que estos sujetos ya no tendrán incentivos para incurrir en los costos de producirla (u obtenerla) en el futuro.
- *“Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier otra cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la información misma.”* Que el sistema legal le otorgue poder sobre la información (ejemplo típico: Las patentes de invención).
- El sistema otorga derechos de propiedad sobre la información cuando permite que el titular celebre contratos (obteniendo beneficios con la información) sin exigirle que la revele a su contraparte. Si bien imponerle un deber de revelar su información contraría el derecho de propiedad, *“no significa, ni mucho menos, que él pueda mentir cuando se le pregunte por cuestiones relacionadas al negocio. Eso sería fraude (...)”*⁴⁴⁶
- Asignar derechos de propiedad, funcionaría tanto para los casos de vendedores como de compradores. Con la asignación de tal derecho no sólo se protege la inversión del poseedor de los conocimientos, sino que *“impone un costo de oportunidad a la otra parte”*, quiere decir que quien no la posee se verá en la necesidad de buscarla, pues de esta forma enfrentará el contrato en mejores condiciones.
- Volviendo al error, es probable que quien adquirió la información deliberadamente esté en mejores condiciones de evitar que su contratante incurra en error, es decir podría prevenirle. Pero, en la búsqueda de la información realizó una inversión, la que perdería si como efecto del error, su contraparte resuelve el contrato. Ello plantea que no es tan claro aquello dicho con relación a que, quien está en mejor situación de conocer el error, asume el costo de prevención. KRONMAN, plantea que la regla de no revelar información parece ser más acertada, pues correspondería a la solución dada por las partes si hubieran tenido la oportunidad de negociar explícitamente como asignar el riesgo en su contrato, respuestas de este tipo sugieren *“que la eficiencia distributiva es mejor servida”*

⁴⁴⁶. Cfr. *Ibid*, p. 170 nota a pie de página 43.

El mercado, necesita para funcionar la presencia de ciertos requisitos, como la libre concurrencia de compradores y vendedores, sin monopolios u oligopolios; la eliminación de barreras de acceso y facilitando la salida de quienes no puedan permanecer en él (¿por ineficientes?); y, que los participantes en él cuenten con “información perfecta”, es decir que, tanto empresas como consumidores tengan la información necesaria para tomar las decisiones apropiadas a sus intereses (⁴⁴⁷).

Pero, no necesariamente el que toda la información acerca de los productos (sobre su funcionamiento, composición química, quejas, etc.) esté al alcance de nosotros los consumidores, es suficiente para generar contratos justos, o que el tráfico comercial se justo. Pues, ¿sabríamos realmente contratar basados en esta información? No necesariamente, qué tanto comprendemos la información que leemos, tomemos la etiqueta de un paquete de galletas cualquiera, entre porcentajes de kilocalorías diarias, grasas trans, saturadas y demás, sin discutir llegamos a la conclusión de que lo sano sería abstenernos de consumirlas, o en el mejor de los casos, pedir consulta con un nutricionista que nos explique cuál de las decenas de tipos de galletas que existen en el mercado es la que podemos adquirir y cuáles son sus implicancias nutricionales, relacionadas con triglicéridos, colesterol e índice glucémico. Cuántos costos más deberemos agregar a nuestras compras semanales. Con lo cual, a pesar de que las reglas sobre etiquetado obligan a las empresas a revelar información sobre los componentes de sus productos, esto no necesariamente ayuda al consumidor a tomar la mejor decisión.

Al final, no será que en el mercado tomamos decisiones motivados por la confianza que nos genera la empresa y sus productos, creemos en las marcas porque se hacen conocidas, al extremo de que optamos por productos obviando otras consideraciones. Es allí donde creemos se moviliza gran parte de la información. Nos preocupamos por estar informados, al extremo de considerarlo una obligación que nos ha tocado cumplir en el Siglo XXI. Algunos, sucumbirán a los efectos nocivos de la publicidad, arribando al consumismo (cuya explicación algunos consideran atávica), adquieren productos que no necesitan como ellos creen, otros actuarán midiendo las consecuencias económicas frente a la efectiva satisfacción. No hay patrones exactos, hace poco se leía en los diarios que hubo personas que durante varios días esperaron la salida a la venta de un teléfono que además es agenda electrónica, conexión a internet, etc., ¿Qué lo llevó a esa situación de angustia frente a un producto que aún no había sido probado por el mercado? Muy probable es que, ese comprador haya sufrido los problemas que al poco tiempo daba cuenta en los medios, que los cargadores corrían peligro de explotar. Es seguro que, tal personaje estuvo mejor informado que muchos sobre las ventajas del producto al extremo de serle indispensable. Pero, hay otro sector de consumidores para quienes todavía un teléfono sigue siendo un teléfono y, que los avances tecnológicos y la información sobre ellos los tiene sin cuidado. ¿Acaso, eso los convierte en consumidores de segundo orden? Es muy probable que no los inviten a participar en un *focus group*, pero cumplen su rol en la sociedad de consumo, pues al final terminan accediendo a aquellos otros modelos que el mercado también tiene, sin mayores complicaciones y sí aprecian el cambio; sin embargo, sus requerimientos de información son básicos, les basta con que la dependiente de la proveedora le muestre algunos modelos y una explicación básica para adquirirlos.

⁴⁴⁷. Cfr. BULLARD, *Op.Cit.*, p. 249.

Si no leemos ni procesamos adecuadamente toda la información que necesitamos para tomar una adecuada decisión de consumo, ¿cómo hacemos para contratar sin sentir el riesgo de fallar? Y que estas decisiones se multipliquen exponencialmente dentro del mercado, sin ser paranoicos. Una vez más, habrá que confiar. El mercado se va regulando en base a preferencias, es decir, si a pesar de la publicidad el producto no es bueno o dista mucho de parecerse al modelo idealizado por el consumidor, pasada la fase de deslumbramiento, el mercado se encargará de hacerlo a un lado en las preferencias y será reemplazado. De ahí que, tampoco sea posible a una empresa que pretenda permanecer en el mercado, imponer condiciones leoninas en los contratos masivos que celebré con el número indeterminado que pueden ser sus clientes.

5.1) La información crea confianza:

Este acercamiento es una consecuencia de nuestro tiempo presente, los efectos de la globalización, con su producto: la masificación donde “*los individuos no se relacionan con otros individuos sino con un sistema; ‘sistema de expertos’, de alta complejidad y muy difícil comprensión, con ‘características tecnológicas inescrutables’*”⁽⁴⁴⁸⁾ Los comportamientos cambian, tanto los consumidores como empresarios, ahora “*la fe de los consumidores –contratantes- no es tanto en ellos –los empresarios- sino en la autenticidad del conocimiento experto que han aplicado, al que no puedo verificar, por lo normal, de manera exhaustiva por mi mismo.*”⁽⁴⁴⁹⁾ Esta constatación de la experiencia diaria, donde mas que nada ingresamos al mercado confiando en que los proveedores hacen uso adecuado de los conocimientos que dominan. Es así que el sistema experto se basa en la confianza creada a partir de la “apariencia”⁽⁴⁵⁰⁾ El tema de la apariencia es trascendental en el Derecho, pues en muchos casos nos conducimos de buena fe asumiendo situaciones o conductas por lo que parecen ser en su proyección exterior, esta creencia se relaciona con posibles consecuencias de imputación de responsabilidad (objetiva) o puede ser base de error (donde una persona diligente fue inducida a creer lo que se le mostraba como verdad, sin constituir tal conducta dolosa), p.ej. la posesión es una protección basada en la apariencia, pues consideramos a alguien poseedor porque lo observamos en el disfrute de un bien, adquirimos bienes muebles de quien se comporta como propietario. Es así que, aplicando conceptos similares, asumimos de primera intención de que un producto está en el mercado porque cumple sus “especificaciones mínimas” y es así porque, si nos diéramos el trabajo de verificar cada dato antes de contratar, sencillamente no contrataríamos, se impone la simpleza frente a los costos de transacción que nos veríamos obligados a asumir. Pero, ¿evitarlos justificaría que los “expertos” saquen provechoso de las diferencias? En todo caso, por qué se aprovecharían. Si damos una vuelta a la realidad, comprobaremos la presencia de una fuerte presión psicológica que moviliza nuestros patrones de seguridad, el temor. Buscamos seguridad, sentimos temor por todo, nos consideramos atacados por la prensa, el gobierno, nuestros vecinos, en el trabajo. Y, no es que nos falten razones para esta percepción, sino que estar llenos de temores afecta directamente nuestra capacidad de elección. La memoria colectiva de las grandes crisis económicas que, a nivel de micro se refieren al temor al cambio, influyen en nuestras preferencias.

⁴⁴⁸. MOSSET – PIEDECASAS, op.cit., p. 51.

⁴⁴⁹. *Ibid.*

⁴⁵⁰. LORENZETTI, Ricardo Luis. *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*. En Revista de Direito do Consumidor, Nº 35, año 2000, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, p. 9. Citado por MOSSET y PIEDECASAS, *Op.Cit.* p.51.

Las empresas-proveedores necesitan “construir confianza”, para ello concentran sus esfuerzos en captarnos como consumidores, monitoreando nuestros gustos. Ello sucede con la publicidad, el marketing y todas las demás formas de conocimientos que se irán elaborando, pasa con usos aparentemente inocuos, como cuando navegamos en Internet y recibimos en nuestras “casillas” de correo publicidad especialmente orientada por nuestros aparentes gustos, escrupulosamente estudios por quienes administran nuestras cuentas virtuales. En estas circunstancias, ¿qué tanto se puede confiar?

El consumismo llevó a saturar el mercado, con la oferta de productos con estándares de calidad bajos. El rol de la ética en los negocios, la responsabilidad social de las empresas, reformulan el papel que les toca desempeñar en el juego comercial. Es que, hace tiempo defraudaron la confianza entregada y, más de las veces se aprovecharon de ella para lucrar. Las grandes corporaciones con sus presupuestos millonarios superaron obstáculos, reformulando el sistema legal, borrando las barreras e imponiendo su sistema de comercio, esto les redituó en ganancias exageradas, a costa de progresivamente perder la confianza. Claramente, hay rubros en los cuales ya no puede seguir insistiendo en considerarnos consumidores sin derechos, pues además, no hay futuro. Es el caso de los problemas de salud pública originados a partir de la pésima calidad de la comida “chatarra”, en todas sus variantes, causante de endemias que requiere de atención urgente por el Estado, de ahí que, cada vez sean más frecuentes la aparición en los medios masivos de publicidad programas de prevención en salud, cuyo objetivo final es que el individuo recupere el control sobre sus alimentos, claro que, al final, estamos en el medio de otro juego de intereses mucho más complejo, pues en gran parte estos programas son auspiciados por grandes laboratorios farmacéuticos, terminando, a su vez, como tribuna publicitaria. Pero, al margen, ello es muestra de que la confianza es un bien preciado, en disputa.

Los derechos de exclusiva que el sistema otorga a las marcas y patentes, promueve anticipadamente la confianza, puesto que la distintividad procura que ello derive de la necesidad del producto, basado en su utilidad para el mercado. La confianza proyectada por una marca no sólo es consecuencia del esfuerzo de la empresa por responder a la expectativa, sino que se deriva de una serie de estrategias de mercadeo que pasan por corresponder a la “apariencia” que espera el consumidor de su proveedor, que demuestre integridad ética. Ello, p.ej. queda demostrado cuando deja de auspiciar eventos que potencialmente lo identifiquen con malos tratos a los animales (léase corridas de toros). Así, la ética no es más que otro argumento de venta, es pura imagen. Tanto como el “marketing filantrópico” (representado en la conocida campaña “dona tu vuelto” o en las “campañas de navidad” convertidas en acopio de bienes entregados por participantes de una sociedad motivados por un espíritu que sólo dura un mes, o traducidas en campañas que se orientan a la compra masiva, pues alcanzada determinada cuota, habrá un plus de ayuda a “los más necesitados”).

Confiar nos ahorra costos de transacción, pero, la confianza no puede tomarse como excusa para obrar sin diligencia. El sistema no puede proteger el exceso de confianza, la ingenuidad absoluta⁽⁴⁵¹⁾, pero no puede prescindir de ella.

⁴⁵¹. La dogmática civil considera algunas situaciones como demostrativas del aprovechamiento de la confianza. Una de ellas es la lesión, donde queda acreditada la inequidad contractual por el margen de ganancia esperada, considerándose excesivo que la desproporción entre prestaciones fuera mayor a las dos quintas partes, con el agregado de ser producto del aprovechamiento de la necesidad del contrato perjudicado. *Vid* art. 1447 del Código Civil.

La contratación en masa, con sus formatos y contratos prefijados, está estrechamente relacionada con la confianza. Esta permite a las partes coincidir en el mercado, interrelacionándose.

Opinamos que no es posible obviar la etapa de negociación, por más que puede decirse que acarrea costos de transacción. Es que, para nosotros negociar no significa que incurramos especialmente en mayores costos que aquellos que nos llevan a la decisión final sobre un producto y servicio. Si debemos actuar con un mínimo de diligencia, entonces, llevaremos adelante una serie de pasos. Tomaremos contacto con el proveedor, compararemos precios, trataremos de obtener un mejor precio (no necesariamente por regateo, sino por que al mercado concurren otros proveedores que también querrían que les compremos sus productos), incluso, el proveedor, en ocasiones, está dispuesto a poner sobre la mesa alternativas, como planes de pago, obsequios por la compra, incentivos para la compra en efectivo, etc. Es decir, medianamente aprendemos a comportarnos en el mercado gracias a una herramienta, la negociación. Lo cual, pensamos, está al margen de que con el proveedor terminemos llenando cláusulas generales. El mercado no sólo permite la negociación sino que premia a quienes mejor la utilizan.

Respecto del tratamiento de la información y la obligación de ser revelada a la contraparte, a fin de otorgarle la posibilidad de cerrar el contrato (u obligarse, si se prefiere) tomando en consideración “todas” o la mayor parte de las variables que pudieren influir negativamente, tenemos a la vista la **Resolución Final 663-2008-CPC DE 14 de abril de 2008**, en cuya sumilla encontramos que, se trata de un proceso administrativo iniciado en contra de dos empresas prestadoras de servicios turísticos (Viajes Falabella S.A., e Iberojet Perú S.A.) , donde la denuncia es declarada fundada, por tanto quedó comprobado que las denunciadas no informaron a la denunciante respecto que en las fechas programadas para usar los paquetes adquiridos, coincidía con temporada de huracanes, específicamente que, el huracán Dean pasaría por Cancún, lugar de destino.

Como se sabe, nuestro ordenamiento legal establece la obligación del proveedor de proporcionar “toda la información necesaria” sobre sus productos y servicios, de manera que puedan realizarse adecuadas decisiones de consumo (art. 5 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor concordado con el art. 15 de la misma ley), siendo materia de un conocido precedente (**Resolución 288-2000/TDC-INDECOPI**, caso Carbonel Cavero c. Finantour S.R.L.) . Sin embargo, la cuestión que nos interesa resaltar está referida a señalar ¿Hasta qué grado una empresa puede estar obligada por el deber de información si ante determinados supuestos, la información probablemente no revelada es de conocimiento público? En la discusión del caso, notemos que la sola denominación que le asigna la Comisión al acápite donde pasa revista a la posible responsabilidad que le asigna a los proveedores, predefine esta información como necesaria:

“3.3.1. Sobre la falta de información de la temporada de huracanes en la zona de viaje y que el huracán Dean ya tenía un trayecto definido con destino a la ciudad de Cancún cuando la denunciante se encontraría en dicha ciudad.”

En la discusión surgida al interior del proceso, en lo que refirió a este aspecto, la Comisión consideró que “una empresa dedicada profesionalmente a ofrece servicios turísticos debe tener un alto grado de conocimiento respecto a las condiciones geográficas y climatológicas existentes en los destinos que ofrece. En particular, si se trata de una zona en la que se producen sistemáticamente huracanes de mayor o menor intensidad.”, no reduciéndose al conocimiento de tales fenómenos, sino que, constituiría obligación informar de ello a sus clientes, quienes podrían verse perjudicados en el goce de sus vacaciones si coinciden con uno de estos fenómenos de la naturaleza.

No podríamos sino coincidir con el razonamiento anterior, sin embargo, no corre igual suerte la conclusión inmediata a la que llega la Comisión cuando afirma:

“(…), un consumidor no tiene medios, ni obligación de obtener dicha información por su cuenta y riesgo, por ello contrata los servicios de una agencia de viajes que justamente está dedicada a prestar servicios a viajeros y por ende encargada de brindarles toda la información para que ellos puedan tomar una decisión adecuada.”

Más allá de la discusión acerca de que si estos eventos son o no fortuitos, no puede aceptarse que tratándose de información pública, quien se dispone a realizar un viaje de la magnitud como el acontecido en el caso, no tenga por lo menos la disposición de enterarse qué esta pasando por allí. La protección no puede llegar al extremo de asumir al consumidor como un ser inutilizado por el mercado, bajo la excusa de adecuar lo ocurrido al supuesto legal. Se corre el riesgo de incurrir en argumentos falaces, como el reseñado, pues no es serio afirmar que un consumidor que está en capacidad económica de asumir gastos por más de U.S.\$ 2,000.00 (que fue lo pagado por la consumidora) carezca de medios para obtener la misma información.

Esta resolución, nos permite observar el nivel de riesgo en el manejo de la información y de cómo ello puede justificar la intervención del Estado en los contratos.

6) Apuntes necesarios sobre las Fallas del mercado:

Se conoce que:

“En un mercado en competencia el rol de los Estados se restringe a velar por la libre competencia, el cumplimiento de los contratos, garantizar la seguridad jurídica de las inversiones, tutelar los derechos de los consumidores, etc; dejando la fijación de los precios al libre juego de la oferta y la demanda.” ⁽⁴⁵²⁾

En la aspiración de los mercados por la perfección, la propia naturaleza de los agentes intervinientes conspira en su contra, quienes procuran para sí ventajas que, lejos de contribuir a la transparencia y equidad (¿igualdad de oportunidades?) que debe presidir la participación competitiva en él, contribuyen más bien a la presencia de patologías, denominadas técnicamente como “fallas del mercado”.

⁴⁵². GORDILLO, Augusto. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005, pp VI-12, citado por: OKUMURA SUZUKI, Pablo Arturo. *Breves apuntes en torno a las fallas del mercado y del monopolio natural*. En: *Advocatus* 18, 2008, p 363

En un modelo que aspira a que el mercado regule las relaciones económicas entre los ciudadanos y que, como el nuestro, tienen el agregado de “social”; como se ha visto, ello se entiende justificada la intervención del Estado, para que bajo la forma de medidas de regulación permita a las relaciones jurídicas recuperar el cauce normal, esto es que se logren resultados eficientes, evitando aquellos contrarios al interés público (que es, propiamente, la razón última de un Estado).

Son fallas del mercado las siguientes:

- 1) *Externalidades*:
- 2) Información Asimétrica.
- 3) Bienes públicos.
- 4) Monopolios naturales.

Las externalidades son generadas por la diferencia dada entre los costos privados y los costos sociales, siendo los efectos de una conducta que no son asumidos por el actor (es decir, quien lleva a cabo la conducta en referencia). Afectan el desarrollo de actividades eficientes, generando ineficiencias; cuando la externalidad es negativa la tendencia es a la sobreproducción, mientras que en los casos en que sea positiva, habrá subproducción. Las negativas se dan cuando los privados trasladan los costos de producción de sus bienes y servicios a la sociedad, de forma que, se presentan situaciones de intercambio no óptimas, al extremo que si los bienes, productos o servicios si ingresaran al mercado a su verdadero precio no serían adquiridos. Con ello, terminamos adquiriendo bienes de baja calidad o de costos de fabricación muy altos, situaciones, ambas, ineficientes. Por su parte las positivas, “*reducen los costos de cierta actividad (ejemplo: El criador de flores que beneficia al colindante criador de abejas).*”⁽⁴⁵³⁾

La presencia de las externalidades han motivado la preocupación de los economistas desde hace buen tiempo; uno de ellos Arthur Cecil PIGOU propuso la necesaria intervención del Estado, en la medida que obligue a la internalización de las externalidades negativas. Su propuesta consistió en “*obligar a los agentes privados (i) a pagar una indemnización a los terceros que asumían sin quererlo, los ‘costos marginales sociales’, o, (ii) a pagar impuestos especiales al Estado cuando la operación de la herramienta indemnizatoria fuese muy costosa (debido, por ejemplo, al alto número de víctimas).*”⁽⁴⁵⁴⁾

Otras soluciones posibles serían: Los subsidios y la fijación de estándares⁽⁴⁵⁵⁾. Los primeros funcionan a la inversa de los “impuestos pigounianos”, subvencionando la posibilidad de transformación de los agentes ineficientes, lo cual es poco probable, generando más bien el riesgo de proliferación de este tipo de agentes. Por su parte, el Estado puede establecer una serie de estándares que se consideran óptimos (socialmente, al comparar costos marginales y beneficios marginales), sancionando a aquellos que no lleguen con multas.

⁴⁵³. OKUMURA SUSUKI, *op.cit.*, p. 364.

⁴⁵⁴. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)*. En: Ius La Revista (Ius et Veritas) Edición N° 35, diciembre 2007, p. 41.

⁴⁵⁵. Cfr. OKUMURA, *op.cit.*, p. 365.

Al lado de estas soluciones Coase dio un giro en la percepción y solución al problema., “sostuvo que las externalidades negativas no eran causadas por unos agentes en contra de la sociedad, (...) las externalidades en cuestión no eran otra cosas que la consecuencia natural de aceptar la interferencia recíproca de todos los actores sociales.”⁽⁴⁵⁶⁾ Es decir, el problema no se identificaba con un grupo determinado de sujetos, a los cuales atribuirle responsabilidad y gravarlos; el asunto involucraba a la comunidad en su conjunto, así que la solución para Coase estaba en el “otorgamiento de derechos de propiedad, esto es de derechos que permitieran excluir y, por tanto, evitar las interferencias recíprocas.”⁽⁴⁵⁷⁾. Cómo se determinaban titularidades, era cuestión de analizar en cada caso los costos y beneficios marginales, esto es, quien alegaba la titularidad era quien podía desarrollar la actividad al menor daño que era posible asumirse socialmente, la idea siempre presente de beneficiar a quien demuestre mayor interés en la actividad.

El asunto de las titularidades queda planteado en función a la regla elegida por el Estado para asignarlas, lo cual parte de determinar quien estará en condiciones de realizar un uso más eficiente o quien mostrará mayor interés en poseerla. Como se sabe las reglas de asignación so: De propiedad, de responsabilidad e inalienabilidad. Conceptos desarrollados por CALABRESI y MELAMED en un artículo ampliamente difundido. El planteamiento, en cuanto a la regla de propiedad es el siguiente:

“Una titularidad es protegida por una regla de propiedad en el sentido que alguien que desea removerla de su poseedor deberá comprársela en una transacción voluntaria, en la cual el valor de la titularidad es fijado por el vendedor. Es la propia forma de la titularidad la que da origen a la menor intensidad de intervención estatal: una vez que la titularidad original es decidida, el Estado no trata de determinar su valor, sino que deja a las partes decir cuánto vale la titularidad para cada una de ellas, y da al vendedor la posibilidad de rechazo en caso que el comprador no ofrezca lo suficiente. Las reglas de propiedad implican así, la decisión colectiva de a quién se le debe otorgar la titularidad inicial, decisión que no alcanza a la determinación del valor de la titularidad misma.”⁽⁴⁵⁸⁾

En cambio, la regla será de responsabilidad:

“Cuando alguien puede violar un derecho inicial en caso de estar dispuesto a pagar luego por ella un valor objetivamente determinado, la titularidad resulta entonces protegida por una regla de responsabilidad. (...)”⁽⁴⁵⁹⁾

Por último, será de inalienabilidad:

“Una titularidad es inalienable en el sentido que su transferencia no es permitida entre un comprador que la desea y un vendedor dispuesto a cederla. El Estado interviene aquí no sólo para determinar quién está inicialmente titulado y fijar la compensación que debe ser pagada si la titularidad es tomada

⁴⁵⁶ . ESCOBAR ROZAS, *op.cit.*, p 42.

⁴⁵⁷ . *Ibid.*

⁴⁵⁸ . CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral. En *Themis* 21,1992, p.65.

⁴⁵⁹ . *Ibid.*

o destruida, sino también prohibir su venta bajo ciertas o todas las circunstancias. Las reglas de inalienabilidad resultan así bastante diferentes a las reglas de propiedad o de responsabilidad. A diferencia de las dos últimas, las reglas de inalienabilidad no sólo “protegen” la titularidad, sino que también pueden ser vistas como limitando o regulando el otorgamiento de la titularidad misma.”⁽⁴⁶⁰⁾

Volveremos sobre el particular más adelante.

En cuanto a la información asimétrica, esta se relaciona con el costo de obtención de la misma, lo cual torna en potencial el que las decisiones se adopten sin conocimiento pleno de todas las variables que intervienen y que, a futuro pueden complicar el cumplimiento de las prestaciones asumidas. Corresponde al Estado permitir el acceso a la información al mayor número posible de contratantes, vía disposiciones legales y eficiencia administrativa. P.ej. que tan necesario se convierte proporcionar información a los usuarios de tarjetas de crédito sobre el costo real de su uso; para lo cual, se requiere que el órgano competente insista en “concienciar” a los potenciales deudores de los efectos negativos del sobreendeudamiento.

Los bienes públicos tienen la característica de que su consumo no es excluyente, de manera que los usamos sin racionalidad, poniéndolos en peligro de extinción. En cuanto a los monopolios, deben combatirse en la medida que supongan posiciones de dominio que excluyan la natural competencia que impone el mercado.

⁴⁶⁰ . Ibid

CAPÍTULO SÉPTIMO

1) Acto de Consumo, Contrato de Consumo y Relación de Consumo. Su aplicación en la legislación de Protección al Consumidor.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor peruana? Se pregunta la Comisión de Protección al Consumidor en la **Resolución N° 001-2007-LIN-CPC/INDECOPI** de 6 de junio de 2007 (conocida como los Lineamientos en materia de Protección al Consumidor).

Resulta claro que este ordenamiento específico está orientado a regular las relaciones jurídicas que se presentan o generan entre dos sujetos claramente definidos, el consumidor (o usuario, según se trate de adquisición de bienes o de servicios) y el proveedor. Es decir, en principio, sería preocupación de la regulación específica el contacto social entre estos sujetos y, decimos contacto social para graficar la existencia viable de un contrato de consumo.

En su tarea de aplicación a la realidad de la norma, la Comisión ha extendido la cobertura a situaciones en las cuales no hay propiamente una relación de consumo, sea – así lo dicen los Lineamientos- *“por estar en una etapa previa o posterior a la misma”*. Es decir, se aplica por igual sea que se encuentre en una fase previa (precontractual) o que el contrato se hubiere ejecutado, como sucede con los servicios post venta. Formando parte de este razonamiento, la extensión hecha por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi, quien consideró que las normas de protección al consumidor se aplicaba, incluso, a quien no era adquirente del bien (por tanto, carecía de la situación subjetiva de comprador o contratante) al no haber entablado directamente la relación jurídico-obligacional con el proveedor y que entró en contacto con el bien (o el servicio) por circunstancias diferentes, como pudo ser por recibirlo en préstamo o se lo regaló quien lo adquirió. En opinión del Tribunal esta ausencia de relación jurídica no tenía porque restringir que se le considere consumidor.⁽⁴⁶¹⁾

En ese orden de interpretación extensiva, la Comisión consideró la existencia de una serie de supuestos que si bien no responden a la existencia (propiamente) del concepto que se puede tener de relación de consumo, merecen el amparo de la Ley de Protección al Consumidor por tratarse de supuestos contempladas en la propia Ley, de manera que la Comisión se ha considerado competente para su conocimiento. Es el caso del que da cuenta ESPINOZA ESPINOZA en un reciente artículo, aquél del que se ocupó la **Resolución final 841-2001/CPC** (29.11.2001) confirmada por Resolución 0730-2002/TDC-INDECOPI (20.09.2002), donde la Comisión determinó como regla general que para su intervención requería de la existencia de una relación de consumo dentro de la cual se pudiera investigar presuntas infracciones al D.S. 039-2000-ITINCI (Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor); sin embargo, no podía dejar de lado toda aquella serie de casos excepcionales, cuyo origen debía remitirse a la misma Ley, donde debía prescindirse de tal relación de consumo. Dicho casos según la Comisión eran los de discriminación (porque el proveedor impide la concreción de una relación de consumo), los métodos comerciales coercitivos (por lo que los proveedores

⁴⁶¹ Puede verse el considerando III.2 de la Resolución 101-96-TDC del 18 de diciembre de 1996, publicada en El Peruano de 1º de enero de 1997, citada por VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, contrato y sociedad postindustrial*. Lima: Universidad de Lima, 1998, p. 65.

pretenden forzar una relación de consumo); y, el cumplimiento por lo proveedores de las ofertas lanzadas al público contenidas en la publicidad. ⁽⁴⁶²⁾

ESPINOZA ESPINOZA, en el artículo al que hemos hecho referencia es crítico respecto de esta posición, la cual estima se debe a que “*ciertos autores confunden el concepto de relación de consumo con el de tutela jurídica del consumidor*”, siendo éste último el concepto marco que comprende la tutela al consumidor dentro de una relación de consumo⁽⁴⁶³⁾. Entendido lo cual, se explica por qué habrán situaciones jurídicas dadas fuera de dicha relación jurídica específica que también cuentan con tutela dentro del derecho del consumidor ⁽⁴⁶⁴⁾. Para este autor, “*lo que se tutela es el estatus de consumidor*”, sea que se encuentre dentro o fuera de la relación de consumo ⁽⁴⁶⁵⁾. De esta manera, lo que se protege como relación de consumo sólo serían las situaciones que se pueden darse “durante y después de contratar”, no “antes”, para él la protección de lo que puede acontecer previo al contrato es un deber que lleva adelante el Estado en función al estado de consumidor reconocido al sujeto.

Esta posición intenta aclarar una confusión que si bien no ha perjudicado el accionar del ente administrativo, tiene implicancias de orden lógico, más de tipo técnico normativo. Veamos, la tutela jurídica a que se refiere ESPINOZA es del tipo preventivo a que se refiere la doctrina procesal actual. De forma que, el deber desplegado por el Estado cumple la finalidad de garantizar la efectividad de los derechos protegidos de manera diferenciada (al consumidor). Nuestra coincidencia no puede sino ser plena con ello, pero queremos llamar la atención de lo artificioso que puede resultar diferenciar un escenario en el cual se parte de diferenciar relación de consumo de aquél otro, que es el marco de la tutela jurídica al consumidor.

Evitamos recurrir a términos como “consumidor potencial” que poco ayudan a la discusión, pues refieren a un “contacto social” aún no producido y refirámonos a una situación precontractual, donde aún no se ha concretado la relación contractual pero que es posible que haya ese contacto. Si asumimos que la protección solo sería posible una vez celebrado el contrato, la fase previa quedaría sin protección, complicando el conocimiento de aquellos casos que son materia de tutela preventiva, pues requerirán la calificación previa de si se está o no frente a una relación de consumo. Pensemos en esta línea, que lo que sustenta la actuación de las asociaciones de consumidores en sus diversas campañas no son las relaciones de consumo en concreto, sino la prevención, procuran que el mercado se desarrolle con normalidad, que los consumidores en conjunto cuenten con mejor información, que se limite la comercialización de productos con posibilidades de causar daño a los consumidores, etc.

Pongamos el caso de los medicamentos, al que hace alusión Aldo ZELA VILLEGAS⁽⁴⁶⁶⁾ para ejemplificar como funciona la tutela inhibitoria (preventiva) en la tutela al consumidor, así asumiendo que en el Perú se vende un medicamento para controlar la

⁴⁶². Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Sobre el ámbito de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y los alcances de la relación de consumo (o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)*. En: Revista del Magíster en Derecho Civil, Vol. 6-7, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 14.

⁴⁶³. ESPINOZA ESPINOZA, Op.cit., p 12.

⁴⁶⁴. *Ibid.*

⁴⁶⁵. *Ibid.*, p. 15

⁴⁶⁶. ZELA VILLEGAS, Aldo. *La Tutela Preventiva de los Derecho (como manifestación de la tutela diferenciada)*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 147.

presión alta cuya comercialización se encuentra proscrita en otros países, conocida esta situación una asociación de consumidores asume el caso y plantea una acción inhibitoria, por la cual pretende que tal medicamento salga del mercado. Como se verá hasta aquí poco importa a los efectos de la protección la comprobación en casos individuales (relaciones específicas de consumo) del daño a la salud derivado de su uso. Lo más probable es que *iter* procedimental se desarrolle fuera de relaciones de consumo concretas. Puede, por otro lado, que en el caso merezca evaluarse su pertinencia desde el punto de vista económico, puesto que podría resultar a la larga más caro para el consumido y en lugar de ordenarse su salida del mercado, la solución está en imponer medidas que garanticen a los consumidores conocer mejor las propiedades y posibles consecuencias de uso (mejorar su nivel de información). Lo cual también hace al funcionamiento mismo del mercado y de la corrección de sus probables fallas.

Pensamos que, dejar de contemplar la fase precontractual no coincide con el programa constitucional. Se puede contestar a ello que, tal situación no se produciría justamente por la referencia a la tutela jurídica del consumidor, lo cual es cierto, descartando en los hechos toda posibilidad de desprotección; pero que tanto se deberá a tener en cuenta el valor de la distinción aludida cuando, con su actuación la administración ha terminado superando la autolimitación legal generada cuando se definió al consumidor, pues con ello se restringió la protección su actuación dentro de relaciones de consumo.

Manteniendo este orden de ideas, si partimos de que el estado de consumidor no es inherente a la persona humana (en nuestro país tenemos comunidades que probablemente tengan dificultades para ser considerados los consumidores de la definición legal), en la medida que solo lo serán aquellos que actúan en una relación económica específica: la relación de consumo. Fuera de ella, conforme a la definición del artículo de la Ley de Protección al Consumidor no se es consumidor. Pero, por efecto de la tutela constitucional si se es consumidor, que objeto tendría la limitación. Ninguna.

Como señala LORENZETTI ⁽⁴⁶⁷⁾ la adopción de la figura del “consumidor” como “*concepto fundante del microsistema*” de protección específica, es criticable, dado que ha llevado a “*una autolimitación injustificada, de naturaleza subjetivista*” que puede y debe ser superada, reflexiona el autor acerca de cómo el Derecho Privado no hubiera alcanzado su nivel de desarrollo de estar aferrado a una situación determinada. Es evidente que no le falta razón, basta ver cómo el Derecho de Trabajo o el Derecho Comercial que partieron de la protección o regulación de situaciones determinadas (el trabajador y el comerciante, respectivamente) evolucionaron hacia formas más complejas y continúan evolucionando. En opinión del profesor argentino, el consumidor “*es un sujeto de derechos pero no es el fundamento de la disciplina*”, en su lugar, pone énfasis en que tal fundamento se encuentra en “*el principio protectorio constitucional*”, hasta aquí coincide con la afirmación tomada de ESPINOZA sobre la diferencia entre relación de consumo y tutela jurídica al consumidor cuya base es constitucional; sin embargo, LORENZETTI completa su razonamiento señalando que tal principio protectorio es “*aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo.*”⁽⁴⁶⁸⁾ Diferencia de esta manera aquellos actos individuales que puede llevar adelante el sujeto independientemente de que puedan culminar en relaciones jurídicas (lo cual vincula su situación jurídica a la otra de

⁴⁶⁷. LORENZETTI, *Op.cit.*, p 72 y 73.

⁴⁶⁸. *Ibid.*

proveedor), de otros que bien pueden no hacerlo, sea porque el sujeto declinó al padecer malos tratos del proveedor, sea porque percibió que no le era manifestada toda la información que él necesitaba para tomar una adecuada decisión; o, porque no le pareció que el establecimiento proporcionaba la seguridad necesaria, etc., los cuales por no haberse concretado no implican cierta vinculación o contacto social.

Se califica de esta manera los hechos jurídicos que despliega el sujeto cuando actúa en el mercado, los cuales no necesariamente pueden llegar a concretarse en un contrato determinado.

Por eso, manifiesta su posición inclinándose “*por definir la relación de consumo de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posible.*”⁽⁴⁶⁹⁾

DURAND aunque no llega a aceptar, expresamente, que la protección sea extensiva al momento anterior a la relación de consumo, plantea que existen situaciones que no necesariamente se reducen al acto de consumo específico y no por eso deberían quedar desprotegidas. Sucede p.ej. que de un acto de consumo como la compra de una prenda de vestir en un establecimiento, no necesariamente se agota luego de operada la transacción comercial, en la medida que virtud a la “garantía implícita” del proveedor el consumidor tiene la posibilidad de cambiar la prenda de no estar conforme con ella, regresa al establecimiento consiguiendo hacer el cambio. Pero, cuando se retiraba del local comercial es detenido por personal de seguridad quienes le imputan el hurto de la prenda cambiada. Este consumidor se verá obligado a aclarar o demostrar que la prenda no fue hurtada. Vale preguntarse si la relación de consumo se agotó o no con el cambio de la prenda, o si se extiende a todo lo que ocurra durante la permanencia del sujeto en el establecimiento, por más que ya no esté en disposición de adquirir otro bien. Casos como este pueden exceder el marco de la relación de consumo y estarían fuera del campo de protección legal, por lo que solo se contaría con la vía civil para su defensa (responsabilidad extracontractual). Contra ello, DURAND opina que casos de este tipo deberían ser amparados, puesto que, en general “*es preciso destacar que la relación de consumo no es solamente una relación formal directa, es decir no es un mero acto traslativo de cosa precio, sino que va más allá y que es en esencia una relación de correspondencia entre quien vende un producto o presta un servicio con aquel que adquiere el producto o recibe el servicio.*”⁽⁴⁷⁰⁾ En principio, se interpreta la aludida correspondencia como aquella situación que se mantiene mientras dure el contacto social; pero, aunque no está expresamente dicho por el autor, el concepto permite integrar como relación de consumo situaciones previas a la celebración del contrato, en tanto a que ella no debería ser vista como “formal directa”, es decir no constreñida a la necesaria verificación de un contrato, dado que, muchas pueden darse que la actuación del proveedor impide la libre elección del consumidor, como pueden ser los casos e discriminación, malos tratos, etc.

⁴⁶⁹. *Ibid.*, p. 74.

⁴⁷⁰. DURAND. *Op.cit.*, p. 228-229.

Otro tema vinculado con la relación de consumo, es el establecer si nuestro ordenamiento ha optado entre las expresiones “relación de consumo” o “contrato de consumo” y, si además, ha tratado de referirse a los actos de consumo. Además de la necesidad de fijar sus alcances y la justificación de su distinción teórica. Al respecto se conoce que antes de la publicación de Decreto Legislativo 1045 (conocido como Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor), fue tarea encomendada a la interpretación sistemática de las normas del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor el determinar que, el ordenamiento regulaba la relación de consumo que se entabla entre consumidor y proveedor, la cual podía estar contenida o no contenida en contratos en masa (que si bien, por su naturaleza, eran los contratos típicos de consumo, como son los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, no los agota). Pero, lo que primaba era la regulación en forma general de una serie de obligaciones, deberes, garantías, etc., que se integraban en la relación resultante de la participación de consumidores y proveedores en el mercado, en lugar de denominar a esta relación como contrato de consumo, dejando la consideración de acto de consumo a los comportamientos presentes en una relación de consumo.

En buena cuenta, la opción legislativa pasó por seguir la práctica privatista de un marco general, donde se abarcará, sistemáticamente, una serie de derechos, fijándose la mayor cantidad de variables operadas cuando se entabla una relación jurídica de este tipo. La tarea consistió en proponer las razones por las que una relación jurídica puede complicarse, fijando soluciones. Todo lo cual cumplía una labor fundamentalmente a favor de la prevención, cuya base es constitucional.

Más bien, ahora sí nuestro ordenamiento cuenta con normas donde se ha preferido dar designar a la específica vinculación entre consumidor y proveedor como “contrato de consumo”, mientras que “relación de consumo” al marco general donde se producen las conexiones, cooperaciones, etc. entre los mismos sujetos. Además, cuando la atención se centra en las específicas prestaciones desarrolladas al interior de un contrato de consumo, estaremos frente a los “actos de consumo”.

Así, bajo la denominación de “**reglas generales sobre contratos de consumo**”, en el artículo 18 del mencionado Decreto Legislativo encontramos un mínimo del contenido y los límites a incorporarse en las cláusulas de los contratos que celebren consumidores con proveedores. Junto al programa que tendrá presente el interprete, quien deberá tener en cuenta que para la evaluación del contrato, tal como lo señala el penúltimo párrafo de este artículo: “*la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y la información que el proveedor ha suministrado al consumidor*”, además de que se “*tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo*”.

Referente al mandato de este artículo tendremos:

- No pueden incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos. Quiere decir, que no se permiten las cláusulas que denoten una posición de dominio, en la medida que imponen al consumidor el cumplimiento previo de condiciones exageradas para acceder a la prestación que le es debida. Lo cual no quiere decir que no pueda fijarse condiciones para el correcto uso del servicio o del bien adquirido, como aquellas impuestas para el correcto uso de

ciertos productos de última tecnología, que no permiten al adquirente un uso arbitrario. Este mandato está referido, también, a las condiciones que deberán fijarse en el contrato para acceder a las garantías del fabricante, no pudiendo obligarse al consumidor a internalizar costos exagerados en este ejercicio, como aquellos que podrían darse si para probar el estado en que se entrega el bien adquirido para servicio técnico, se le exige de un peritaje preliminar. Todo límite deberá ser razonable, de la manera que no termine por hacer inútil la función económica que cumple el contrato de consumo.

- Que de fijarse el derecho de “desvinculación” en el contrato, su contenido no puede ser otro que el de utilizar la misma forma, lugar y medios a través de los cuales dicho contrato fue celebrado. La revocación, que es un derecho de los consumidores diferenciado de los contratos del Derecho Privado, no puede estar condicionado, al contrario, debe facilitarse su ejercicio. No podemos sino estar de acuerdo con esta norma que responde a una realidad, cual es que en el mercado los proveedores despliegan sus mejores “armas” para conquistar consumidores y usuarios, una vez obtenido el resultado (el contrato), toda posibilidad de retiro, desvinculación o revocatoria la convierten en un padecimiento, lo cual no tiene otra intención que evitar que la salida del “cliente”. Este es una norma que no admite excepciones, siendo urgente su difusión.
- De tratarse de contratos de consumo en masa, en los cuales se utilicen formularios, se regula que la letra usada no será menor a los tres milímetros. En cuanto a la redacción y términos estos deberán facilitar su comprensión por los consumidores.
- En lo relacionado a los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, se tendrán por no puestas cláusulas que tengan por objeto:
 - (*) La posibilidad -si no cuenta con el consentimiento explícito e informado del consumidor- de que, el proveedor modifique unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o que, le permitan sustraerse unilateralmente de sus obligaciones.
 - (*) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.

El legislador, creemos apropiadamente, ha considerado que a pesar de que las normas anteriores son usuales y deberían corresponder a un consumidor diligente, es necesario preservar el ejercicio pleno y libre de su autonomía de la voluntad, la cual no solo esté respaldada por la buena fe, sino que, además cuente con la herramienta legal que anticipe el resultado, cumpliendo con la meta de predecibilidad que se le reconoce actualmente a las funciones jurisdiccionales, tanto judiciales como administrativas.

El contrato de consumo se produce entre sujetos determinados, independientemente de cuan probable es que no tuvieran oportunidad de negociar, lo concreto es que el resultado debiera ser de utilidad para ambos (por lo menos teóricamente). Conociéndose, entonces, a la vinculación que se produce entre estos sujetos como relación de consumo, la cual no necesariamente podría concretarse en un contrato de consumo.

Es así que, siguiendo con la lectura del Decreto Legislativo, encontramos un interesante artículo 24 que se ha sumillado: “Primacia de la realidad”, aplicándolo a la relación de consumo, así entendida normativamente. Recordemos, de otro lado, que este principio

es de mucha utilidad en el campo laboral, incluso ha servido a la justicia de trabajo para resolver muchos casos donde se simuló prestaciones de servicios que en los hechos eran relaciones de trabajo, dependientes y subordinadas, con cumplimiento de jornadas y horarios de trabajo; cuyo pago de beneficios sociales fueron omitidos. Esta primacía de la realidad es trasladada al campo de la aplicación de la normas sobre Protección al Consumidor para definir el contenido de la “relación de consumo”. Por su importancia transcribamos el artículo:

Artículo 24°.- Primacía de la realidad.-

En la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas tomará en consideración las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enervará el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

Como se aprecia, la relación de consumo aparece como un planteamiento que sirve para analizar en conjunto las conductas expresadas, las situaciones y relaciones de contenido económico que se han llevado adelante, de manera que se determine finalmente que se está, efectivamente, ante una relación de consumo, evitando de otorgarle a la forma adoptada en los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo, la calidad de sustancial.

Cuando se fija que lo que importa es el análisis de las conductas, el énfasis es puesto en el comportamiento de los agentes en el mercado, pues como se sabe el sistema actual procura que como consumidores nos beneficiemos de los productos y servicios que han sido puestos en el mercado, desarrollando actos de consumo que son actos de contenido económico. Así esta interacción en el mercado, establecerá situaciones y relaciones de contenido económico. Este contenido económico es regulado por el Derecho, porque no se presenta aislado del orden general y, también, porque la protección a los consumidores se da en el marco de la economía social de mercado establecida constitucionalmente (así lo manda el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor) que, como se sabe es sustento del sistema legal.

Detengámonos por un instante y analicemos a qué se estaría refiriendo la norma con situaciones económicas. Para empezar carecería de sentido identificar situación económica con alguna clase de posición que ocupe el sujeto dentro de la sociedad. Aproximación que no resulta del todo satisfactoria. Creemos que no obstante la omisión, la referencia a situación no puede ser otra que jurídica y que lo de económica expresa su contenido, la utilidad o necesidad que está llamada a satisfacer una relación de consumo, a través del intercambio, propio de las actividades económicas.

Si es, entonces, jurídica, traigamos a esta parte lo que fue dicho respecto del Derecho Subjetivo, la intersubjetividad, las situaciones jurídicas, los conflictos y la tutela.

Por el Derecho Subjetivo el ordenamiento confiere al particular determinadas facultades, a la ubicación del sujeto respecto de estas facultades dentro del ordenamiento es lo que se conoce como situación jurídica. Con lo que, siendo una situación jurídica (de contenido económico) esta será la del sujeto como consumidor, con lo que por mandato del orden constitucional es titular de derechos fundamentales.

Esta situación no implica para su protección necesariamente la existencia de una relación intersubjetiva. Aunque, admitimos como posible pensar lo contrario si seguimos se colige de la lectura de los artículos que, para el fin pretendido por la norma de determinar la “verdadera naturaleza de las conductas” la norma se tome como base las situaciones económicas que “efectivamente” se realicen, persigan o establezcan. Sin embargo, creemos que para conservar la coherencia normativa, una situación sólo podría efectivamente realizarse, perseguirse o establecerse cuando este orden le “garantiza” a su titular la protección del Derecho. En otras palabras, el Derecho Objetivo que ha previsto diferentes titularidades (vale decir, Derechos Subjetivos), una de ellas referida a la posibilidad de participar en el mercado, para adquirir los bienes y servicios que se requieran para satisfacer nuestras sus necesidades. Esta titularidad asignada a un sujeto específico denominado “consumidor”, establece que todo aquél que ejerciendo su libertad y autonomía desee participar del mercado, lo podrá hacer contando con la tutela del Estado, a manera de garantía de que éste velará por que ello suceda sin manipulaciones, desinformación, etc.

De esta manera, cobra pleno sentido el propósito de la norma, ya que, si en el caso concreto para decidir la aplicación de las consecuencias legales debe tenerse en cuenta la situación producida, es preciso comprobar su efectividad; sea que se realicen o establezcan, con lo cual se tendría, muy probablemente una relación de consumo; o que, estas persigan la simple participación en el mercado con el análisis de las alternativas que él propone, en cuanto a la calidad de servicios, número de proveedores, etc.. No olvidemos que el procedimiento de toma de decisiones, una vez perciba la existencia de una necesidad, parte de contar con posibilidades para evaluar y así encontrar cuál de todas las alternativas satisface mejor la necesidad. En estos, la efectividad estará dada por garantizar que el fin perseguido por la situación haya estado al alcance de su titular.

De otro lado, como se sabe el propósito del principio de “primacía de la realidad” está en que la autoridad (quien conoce y decide la aplicación normativa) tenga en cuenta la forma utilizada para fines probatorios de la existencia de la relación de consumo, no tomándose a la forma utilizada por las partes como constitutiva de la relación de consumo, en la medida que ésta dependa únicamente de la forma utilizada. El mandato es que la autoridad lleve adelante una investigación “*sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídica que la expresa.*” Tarea que se vincula, entre otros aspectos, con precisar si la actuación del consumidor fue diligente.⁽⁴⁷¹⁾

2) El concepto de consumidor:

No hay duda que el derecho tuvo que ocuparse de un sujeto específico “el consumidor” cuando los países occidentales alcanzaron un cierto grado de “opulencia” propio de “*los estadios del capitalismo avanzado*” ⁽⁴⁷²⁾, sin embargo, su “descubrimiento” no conllevó que se organizara un sistema de protección a su favor, hubo que “*sensibilizar la opinión pública y llamar la atención de los legisladores sobre los problemas de los*

⁴⁷¹. El anteproyecto de Código de Consumo define en su artículo 80 lo que entiende por “contrato de consumo” en los términos siguientes: “(...) *tiene como objeto una relación jurídico patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.*” Vale la pena destacar lo simple y clara de la definición, rescatando el aspecto obligacional que encierra, pero dicha definición deja a la interpretación las condiciones de la oferta que, como se sabe son anteriores a la relación misma, debería tomarse posición acerca de lo vinculante de la publicidad que puede ser asumida como oferta al público, p.ej.

⁴⁷². ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 22.

consumidores” (473).

Como lo dijera en su momento ESPINOZA ESPINOZA(474), conceptualizar al consumidor “(...) en nuestra realidad jurídica, ha pasado por un lento, fatigoso y accidentado itinerario.” Y razón no le falta, pues siendo nuestra realidad social sumamente compleja, el derecho que pretende ordenar tal realidad se enfrenta a la dificultad de definirla sin caer en la simple copia normativa, de leyes vigentes para otra realidad.

Sin embargo, no fue gratuito que el concepto legal de consumidor que nos rigió (hasta antes de la entrada en vigencia del D.Leg. 1045 de 26.06.2008) se haya visto enriquecido por la doctrina y la jurisprudencia (administrativa, por denominar impropriamente el rol de los precedentes administrativos), ampliándose su concepto, en principio, restringido. Sucediendo ello, a la manera de otros ordenamientos, como lo ocurrido en la experiencia brasileña, con el Código de Defensa del Consumidor (CDC)(475), cuya definición de “consumidor” fue copiada en nuestra Ley de Protección al Consumidor.

Por si fuera necesaria, basta la simple comparación normativa entre el texto del derogado literal a) del artículo 3º del D.Leg. 716 que a la letra dice: “Para los efectos de esta ley, se entiende por: a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.” Y el artículo 2º del mencionado CDC, que define a este sujeto específico del modo siguiente: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final”.

Notemos, así, que ambos textos legales fijan como elementos comunes de la definición:

- 1) En cuanto a los sujetos: Personas naturales y jurídicas.
- 2) La calidad de consumidores finales.

En apariencia la cuestión estaba definida, sin embargo, los problemas interpretativos no fueron pocos para la doctrina brasileña. Ellos tuvieron oportunidad de elaborar una serie de líneas interpretativas al respecto. Así tenemos las tesis finalista, maximalista, finalista profundizada, de la función social del contrato y la que toma en cuenta la vulnerabilidad y equidad contractual.(476)

La interpretación *finalista*, restringe la figura del consumidor a quien adquiere (o utiliza) un producto (sea en beneficio propio o de su familia), sería el “no profesional”, de esta forma se conseguiría el propósito del código brasileiro **de tutelar a un grupo de la sociedad que es más vulnerable**. Así, dejando de lado a los “profesionales” (quienes, eventualmente, podrían ser considerados consumidores) la jurisprudencia se construirá sobre casos en los cuales el consumidor será la parte débil de la relación de consumo. No se trató de una posición estática e intransigente, al contrario en su evolución y, siempre, desde una visión teleológica de la norma, que permitió, p.ej. reconocer que las pequeñas empresa o profesionales que adquirirían productos “fuera de

473. *Ibid.*

474. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 13.

475. Ley 8.078/1990 vigente desde el 11 de marzo de 1991.

476. LIMA MARQUES, Claudia. *Op. Cit.*, pp 83- 86.

su campo de actividad” les podían ser aplicables las normas de dicho Código, por analogía.⁽⁴⁷⁷⁾

Por su parte, aquellos que propugnaban una interpretación *maximalista*, opinaban que el CDC era mas bien una norma general sobre el consumo, un “*Código para la sociedad de consumo, que instituye normas y principios para todos los agentes del mercado, quienes pueden asumir los papeles ora de proveedores ora de consumidores*”⁽⁴⁷⁸⁾, así entendido la definición contenida en el artículo 2° debía ser interpretada de manera extensiva, a fin pueda regular un mayor número de relaciones de mercado. Los maximalistas consideraron que se trataba de una definición “*objetiva*”, esto es, al margen de si la persona “física” o jurídica tuviera o no fin lucrativo al momento de adquirir el bien o usar el servicio. Se tendría, entonces, que el destinatario final sería el “destinatario fáctico” del producto, aquél que lo retira del mercado o lo utiliza.

Como se aprecia esta interpretación quiebra el concepto finalista dado al consumidor, en la visión de destinatario “final”, pues comprendería dentro de sus alcances situaciones como la de una fábrica de toallas que compra algodón para transformar o la fábrica de celulosa que adquiere vehículos para transportar a los visitantes⁽⁴⁷⁹⁾. En ambos casos, según la interpretación finalista, que correspondería a una visión más tradicional, legalista, estaría negada la posibilidad de considerar a ambos como consumidores, aunque más claramente en el primer caso que en el segundo, pues, es claro que el algodón ingresa al proceso de transformación como parte de una cadena de producción. Sin embargo, Lima Marques da cuenta de la STJ- 3° T- REsp 208793/MT – j. 18.11.1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Directo, por la que se le reconoce la calidad de consumidor a un productor agrícola que compró abono para preparar sus tierras, se consideró, en este caso, que la cadena productiva se cerraba en el productor, no siendo objeto de transformación o beneficio.⁽⁴⁸⁰⁾

A consecuencia de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil brasileiro (Ley 10.406 de 10.01.2002) se generó una tendencia nueva en la jurisprudencia, “*concentrada en la noción del consumidor final inmediato (endverbraucher) y la vulnerabilidad (art. 4º, I) que podríamos denominar finalismo profundizado*”⁽⁴⁸¹⁾. Así del análisis de las decisiones dadas entre 2003 y el 2005 por el STJ se aprecia una interpretación más finalista de las normas del CDC, siendo más subjetiva en cuanto al consumidor y finalista y objetiva en lo que respecta a proveedores. Esta tendencia es la del finalismo profundizado que permitió tratar los casos difíciles de manera más diferenciada, relativizándose el finalismo. Casos como los que involucraron pequeñas empresas adquirentes de insumos, pero en área diferentes a su *expertise*⁽⁴⁸²⁾ o en cuanto a servicios donde, probada su situación de vulnerabilidad, se le otorgó protección

⁴⁷⁷. *Ibid.*, p. 84.

⁴⁷⁸. *Ibid.*

⁴⁷⁹. Casos citados por LIMA MARQUES, op.cit., p 85.

⁴⁸⁰. Podrá discutirse que tan cierta es dicha afirmación, toda vez que la preparación de la tierra, a cuya finalidad está destinado el bien adquirido, forma parte del proceso inherente a las labores agrícolas, sin embargo, tal pronunciamiento, no deja de tener sentido, puesto que, lo adquirido (el abono) agota su uso en tanto es utilizado. La conjunción de una serie de elementos adicionales (condiciones del suelo, disponibilidad del agua, hasta promoción estatal) terminan con el producto ingresando al mercado.

⁴⁸¹. *Ibid.*, p. 85

⁴⁸². Esto es, bienes que no se incorporaban necesariamente en la cadena productiva, pues ingresan en la cuenta de la pequeña empresa y son utilizados por ella, no siendo trasladados en los precios de venta.

considerándoseles destinatarios finales. La jurisprudencia se apoyó para ello en la aplicación de los artículos 4.I y 47 del mismo CDC (⁴⁸³).

Las tesis de la “*función social del contrato*” y de la “*vulnerabilidad y equidad contractual*” parten del reconocimiento de la función de cooperación social del contrato, por lo que interpretando la norma del artículo 2° del CDC desde el campo contractual y bajo esta percepción, tomando en cuenta, además que las relaciones de consumo se presentan como contratos, es necesario determinar cuan niveladas son las relaciones que en ellos se originan, pues se parte de la existencia *per se* de una desigualdad, puesto que “*el desequilibrio entre consumidores-legos y proveedores-expertos está en el déficit informativo de los consumidores sobre el producto, el servicio, sus riesgos y características*”(⁴⁸⁴) se asume la existencia de “un desequilibrio flagrante de fuerzas de los contratantes”, de una situación de vulnerabilidad, esto es que, en marco de aplicación normativa, aquél supuesto establecido en el art. 4.I del CDC encuentra sustento en los hechos, pues, siendo una de las partes más débil que la otra, se justifica el tratamiento desequilibrado y desigual de los contratantes, protegiéndolo. Se presume la vulnerabilidad y se procura establecer la equidad contractual.

En nuestro ámbito, la importación legal que se produjo (motivada por exigencias derivadas de la negociación llevada a cabo para reinsertar al Perú como país elegible y confiable para la comunidad económica internacional) derivó en la valiosa labor inicial que le correspondió al Indecopi como ente técnico. Nuestro ordenamiento no fue ajeno a complicarse en interpretaciones, sin embargo, notamos una eficiente labor de actualización y permeabilidad, tanto del Indecopi como de los comentaristas de la Ley de Protección al Consumidor, pues al igual de lo que acontecía en la realidad jurídica brasilera, entre nosotros se plantearon los mismos problemas, ¿qué decisión adoptar frente a la aceptación de una serie de “zonas grises” no contempladas legislativamente? En las cuales había que optar por la argumentación jurídica, otorgándole valor y razonabilidad a las decisiones adoptadas. Todos los casos que impliquen la interpretación de los efectos de las situaciones jurídicas obligacionales desarrolladas en el tráfico comercial, tendrá como pauta (deber de protección) darle “*el sentido más favorable*” al consumidor.⁽⁴⁸⁵⁾

3) ¿Vulnerabilidad o asimetría informativa?

En los Lineamientos en materia de Protección al Consumidor (Resolución 001-2007-LIN-CPC/INDECOPI), a la pregunta: ¿Quién es un consumidor final? La Comisión da

⁴⁸³. “Artículo 4°.- la Política nacional de las Relaciones de Consumo tiene por objetivo atender las necesidades de los consumidores, el respeto a su dignidad, salud y seguridad, la protección de sus intereses económicos, la mejora de su calidad de vida, bien como la transparencia y armonía de las relaciones de consumo, atendiendo a los siguientes principios:

I.- Reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo.”

“Artículo 47. Las cláusulas contractuales serán interpretadas de manera más favorable al consumidor.”

⁴⁸⁴. LIMA MARQUES. *Ibid.*

⁴⁸⁵. Es de mencionar que el anteproyecto de Código apuesta por la inclusión y no discriminación entre consumidor persona natural y consumidor persona jurídica, determinando la calidad de tal no la diligencia o racionalidad, sino el rol que cumple en la relación de consumo, como adquirente “final”, esto es quien se sirve del servicio o disfruta del bien. A la par, insiste en la protección a los microempresarios en situaciones de desventaja o asimetría informativa frente a su proveedor. Ver art. 31 del anteproyecto.

cuenta del estado de las conclusiones arribadas por el ente administrativo sobre la definición de consumidor, estableciendo:

- 1) El criterio utilizado tanto a nivel de Comisión como del Tribunal para determinar cuando el adquirente o usuario de un bien o servicio es un consumidor (en los términos de la Ley), ha sido establecido en un precedente de observancia obligatoria, en el que, la Sala ha señalado que un “consumidor final” es el que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato⁽⁴⁸⁶⁾, **tomando en consideración la asimetría informativa.**
- 2) Que, la “protección especial” brindada al consumidor por la Ley de Protección al Consumidor, parte de asumir “la existencia de una situación de asimetría informativa en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores.” Desventaja que se verifica en la calidad y cantidad de información que sobre los productos y servicios que ingresan al mercado tiene cada parte, donde los proveedores (dado que son ellos quienes los ponen en el mercado a disposición de los consumidores) conocen sus fallas o defectos, incluso cual es su funcionalidad, información que no es siempre de acceso para los consumidores.
- 3) La diferencia de información (asimetría informativa) genera ventajas, colocando a los proveedores en mejor posición al momento de entablar la relación de consumo. Aspectos propios de esta situación de ventaja son: *“la especialización obtenida por los proveedores en las transacciones comerciales ya efectuadas (en toda la cadena productiva) y a la mejor posibilidad de acceder a toda la información referente al producto o servicio (características, funcionamiento, condiciones) debido a los recursos institucionales con los que cuentan (departamentos de logística, ventas, investigación, etc.).”*
- 4) Con el precedente administrativo caso Reynaldo Moquillaza S.R.L. c. Milne & CO S.A., la administración asumió competencia para conocer casos de la conocida “zona gris legislativa”, donde la exclusión de ciertos sujetos de la calidad de consumidor, podía generar desprotección, porque era evidente que sí eran la parte vulnerable en la relación jurídica obligacional desarrollada, a la cual se le privaba de la calidad de “relación de consumo”. Es así que, en el caso de personas jurídicas con fines lucrativos (profesionales) cuando se trate de *“pequeños empresarios” la desigualdad informativa también los puede afectar, por tanto, “pueden ser considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.”*⁽⁴⁸⁷⁾

⁴⁸⁶. **Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI** de fecha 3 de octubre de 2003 en el Expediente 535-2001-CPC seguido por Reynaldo Moquillaza S.R.L. en contra de Milne & CO. S.A. Los hechos del caso son en resumen los siguientes: Una empresa adquirió un vehículo para ser usado por el gerente general. La Sala consideró que no puede esperarse que quien adquiere un vehículo automotor pueda contar con toda la información acerca de su calidad o cantidad que queda en poder del proveedor, más aún si el objeto social de la denunciante no era dedicarse a la fabricación, importación, distribución, venta o reparación de vehículos automotores.

⁴⁸⁷. Por Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI (Expediente 535-2001-CPC), se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“1. De conformidad con lo establecido en los artículos 58, 59 y 65 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 2 y 5 del Decreto Legislativo N° 716, la Protección al Consumidor es un

La Comisión considera que la protección diferenciada otorgada al consumidor se encuentra justificada en la medida en que exista desigualdad informativa (⁴⁸⁸), situación en la que bien puede encontrarse una pequeña empresa, salvo que exista algún grado de especialización que impida alegarla.

¿Qué especialización es la requerida? Quizá sirva la siguiente situación: Qué pasaría si el reclamo deriva de la adquisición de lubricantes que no cumplen las especificaciones dadas por el fabricante para determinados usos, y esta es presentada por una pequeña empresa cuyo objeto es dedicarse a estación de servicios. Dada la información que se supone maneja esta estación, ¿podría o no alegar la calidad de consumidor, ya que era predecible que antes de la adquisición debió adoptar las medidas de control que le permitieran descartar el incumplimiento de las especificaciones?

Revisando los lineamientos advertimos que, la visión de la Comisión va en el sentido de asumir que si bien las micro y pequeña empresa contratan en el mercado marcados con deficiencias estructurales, *“debido a que los pequeños empresarios no tienen la misma estructura organizacional que empresas medianas o grandes, lo cual significa no contar con partidas o recursos humanos para efectuar un estudio de mercado sobre los productos o servicios que se ofrecen.”* Por tanto, están tan expuestos como cualquier otro consumidor persona natural al error por falta de información suficiente, pues sus conocimientos sobre los productos y servicios ingresados al mercado son limitados.

No es posible generalizar, no todas las MYPE adolecen de estas deficiencias informativas. Las denuncias que presenten son calificadas para su admisión, debiendo evaluarse:

- Si los servicios contratados por las MYPE se encuentran vinculados a su proceso productivo;
- La naturaleza y el grado de complejidad que tales servicios revisten, en la medida que en ello puede determinar la presencia de la desigualdad informativa

instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.

2. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

3. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.”

⁴⁸⁸ . En términos de la Comisión, recogidos en los lineamientos: “(..) el propósito de que se supere la desigualdad informativa existente entre el proveedor y el consumidor, al extremo que dado que sería atentatorio contra dicha finalidad otorgar la protección especial de la Ley a quienes no se encuentren afectados por ninguna asimetría. En esta línea, el precedente hace la salvedad respecto de un determinado grado de especialización y conocimiento que puede tener el consumidor; lo que haría desaparecer la desigualdad entre el pequeño empresario y el proveedor. Pero si no tuviera esos conocimientos y se encontrara sujeto a una situación de asimetría informativa, podría ser objeto de protección.

que es necesaria para acceder a la protección administrativa como consumidores, al margen de la regularidad de su contratación.

Trasladando esto a la situación de la estación de servicios que, por más que se parta de que adquirir lubricantes es parte de su “objeto social” y que se espere un cierto grado de especialización en el rubro, es imposible que pueda ensayar pruebas de control de calidad previas al despacho sin que se trate de una exigencia que deviene en costos de transacción imposibles de internalizar por una pequeña empresa. Bajo un esquema de consumidor final (vigente al momento del precedente y los lineamientos) los lubricantes son adquiridos como parte del “proceso” de comercialización de la empresa, por lo que, pudiera justificar la negativa a la protección. Qué se requiera conocimientos especiales para adquirir lubricantes, más allá de la experiencia propia del mercado, es poco probable.⁽⁴⁸⁹⁾

En un caso parecido que fuera materia de pronunciamiento mediante la **Resolución 0722-2005/TDC-INDECOPI** (Exp. 1398-2004/CPC) por la que el Tribunal del Indecopi, en el caso presentado por la Sra. Bernarda Elsa García Okumura (Sra. García) en contra de Casa Córdova Perú E.I.R.L., confirmando la resolución final de la Comisión (Resolución 1273-2004-CPC) declaró improcedente la denuncia, argumentando que al tomar *“en cuenta que el giro del negocio de la señora García es la venta de papel y fotocopiado, y que el papel es un insumo necesario para dicha actividad, resulta previsible que ella cuente con conocimientos especializados equiparables a los del proveedor respecto a la adquisición de papel. Por lo tanto, la señora García no puede ser considerada como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.”*

Aquí se tomó por cierto que dicha persona contaba con conocimientos especializados, por lo que no podía alegar protección especial como consumidora.

Como quiera que su exclusión generaría una sensación de desprotección, es pertinente preguntarse si este concepto de consumidor permite realizar la protección a la parte vulnerable. A decir de DURAND, su exclusión *“no significa que se encuentren desprovistas de protección, porque tiene a su disposición para defenderse del abuso contractual todo el arsenal normativo, sustancial y adjetivo del Derecho Común.”*⁽⁴⁹⁰⁾

Sin embargo, volviendo a la pregunta inicial. ¿vulnerabilidad o asimetría informativa? ESPINOZA ESPINOZA afirma que *“existe identidad entre los conceptos de vulnerabilidad técnica y jurídica (desarrollados por la doctrina brasileña) con el de “asimetría informativa”, que manejamos en la experiencia jurídica nacional.”*(agregado nuestro)⁽⁴⁹¹⁾.

⁴⁸⁹. El caso permite adelantar lo parecidos que son los conceptos de consumidor razonable y contratante diligente, dado que la razonabilidad exige un grado de control de las consecuencias, es decir, el sujeto se informa a fin de evitar sentirse por un producto o servicio que creyó contenía el grado de satisfacción sugerido por el marketing, mientras que el contratante diligente se esfuerza por llevar adelante una relación jurídica (obligacional-contratual) que concluya en la ejecución de las prestaciones, tal diligencia le impone deberes de actuación de buena fe. Llevado al caso, si la pequeña estación adquiere los lubricantes de un distribuidor no autorizado, mas bien clandestino, no solo no puede pretender la tutela diferenciada de consumidor, sino que dejó la categoría de contratante diligente.

⁴⁹⁰. DURAND. *Op.cit.*, p. 61-62.

⁴⁹¹. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los derechos de los consumidores frente a la responsabilidad objetiva de los proveedores. En: *Dialogo con la Jurisprudencia 115*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2008, pp 342 - 355.

En efecto, la doctrina brasilera a partir de lo dispuesto en el CDC (art. 4-I) ha desarrollado la tesis de la vulnerabilidad, el LIMA MARQUES, BENJAMIN y MIRAGEM, comentando el Código de Defensa de los Consumidores, tomando los estudios europeos más recientes sobre el tema, señalan la pertinencia de diferenciarla de su fuente o base filosófica: La igualdad o desigualdad entre los sujetos. Esto en razón a que la igualdad es una visión macro del hombre en la sociedad, siendo más objetiva y consolidada, apreciándose por la comparación que se realizan entre situaciones y personas, así: a los iguales se les trata igual y a los desiguales desigual, esto con el afán de alcanzar la justicia. Por su parte, la vulnerabilidad siendo hija de este principio, es una noción más flexible y no consolidada, más subjetiva, no necesitando siempre de comparar entre situaciones y sujetos⁽⁴⁹²⁾.

Ellos, afirman que, *“la vulnerabilidad es más un estado de la persona, un estado inherente de riesgo o una señal de confrontación excesiva de intereses identificados en el mercado (...), siendo una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza o enflaquece al sujeto de derechos, desequilibrando la relación.”*⁽⁴⁹³⁾ Sin embargo, resaltan que, la vulnerabilidad no es el fundamento de las reglas de protección por tratarse del sujeto más débil de la relación; es una “explicación” de estas reglas, al igual que de la actuación del legislador, *“es una técnica para aplicarlas bien, es una noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de estas normas protectoras y reequilibradoras, en procura de la igualdad y de la justicia equitativa.”*⁽⁴⁹⁴⁾ LORENZETTI, suscribe esta tesis en la medida que considera que *“la vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional”*⁽⁴⁹⁵⁾.

Para LORENZETTI, *“(...) el Derecho del Consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden publico que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad.”*⁽⁴⁹⁶⁾ Según el profesor argentino, la protección se hace en función a considerar al consumidor como la parte débil en la relación jurídica, tratándose de una desigualdad específica donde *“(...) la norma de protección del vulnerable se ocupa de ese sujeto cuando se relaciona con otro y lo hace en forma desigual, porque no tiene los mismos recursos. En este sentido la vulnerabilidad impacta en la teoría de la conducta y sobretodo en la referida a la elección natural, ya que la vulnerabilidad es el presupuesto de la racionalidad.”*⁽⁴⁹⁷⁾

Con esto Lorenzetti relaciona así la vulnerabilidad con las conclusiones de la economía conductista o conductual, bajo la cual el consumidor no puede ser un sujeto racional en la medida que sus decisiones adolecen de deficiencias que lo hacen vulnerable. Reflejándose esta vulnerabilidad en la posibilidad de error. Puede hablarse de paternalismo libertario o no, pero lo cierto que en el caso de los consumidores y usuarios estos requieren de una intervención positiva que oriente sus decisiones hacia las elecciones que generen mayores beneficios de aquellos que conseguiría sin dicha

⁴⁹². LIMA MARQUES, BENJAMIN y MIRAGEM, *Op.cit.*, p. 144..

⁴⁹³. *Ibid.*

⁴⁹⁴. *Ibid.*

⁴⁹⁵. LORENZETTI, *Op.cit.*, p. 24.

⁴⁹⁶. *Ibid.*, p. 35.

⁴⁹⁷. *Ibid.*, p. 36.

intervención. No es propiamente una parte débil, sino, por lo general, menos informada y experimentada en la toma de decisiones; o que sigue pautas engañosas basadas en decisiones anteriores, semejantes, parecidas, o que le sucedieron a alguien cercano.

No se trata tan sólo de un marco jurídico protectorio, sino del despliegue de una serie de mecanismos cuya finalidad es hacer posible que tanto consumidores como usuarios puedan alcanzar el nivel de prosperidad y satisfacción que persiguieron al ingresar al mercado. La vulnerabilidad es un concepto que permite a las empresas desarrollar sus actividades respetando al cliente, respondiendo por los productos y servicios que se colocan en el mercado, pues en la medida que tal vulnerabilidad permite al Estado desarrollar los deberes de protección que forman parte del contenido esencial del derecho constitucional de los consumidores y usuarios, al servirle de sustento fáctico.

Conforme lo concreta en ejemplos ESPINOZA ESPINOZA, dos de las formas como se presenta la vulnerabilidad, la técnica y la jurídica, pueden presentarse de la forma siguiente:

En la técnica, el comprador o usuario no tiene o posee conocimientos específicos sobre el objeto que adquiere, por lo que, es más fácil engañarlo sobre las características del bien o acerca de su utilidad, lo mismo ocurrirá en cuanto a los servicios. Esta vulnerabilidad se presume en los casos de no profesionales.

La jurídica (también llamada científica), identificada y protegida por la Corte Suprema alemana para los contratos de préstamos bancarios y de financiamiento, donde se afirmó que no podía exigírsele al consumidor experiencia y conocimientos suficientes y, tampoco, esperar que recurriera a un especialista, careciendo de conocimientos específicos en materia jurídica, contable y de economía. Es adoptada en el CDC, presumiéndose esta vulnerabilidad en los casos de no profesionales y consumidores personas naturales. Funcionando como presunción a contrario cuando se trataba de profesionales y personas jurídicas, ahí lo presunto es que posean conocimientos jurídicos y de economía mínimos, sino como ejercerían su profesión, en todo caso, cuentan con mayores posibilidades de consultar al profesional competente antes de obligarse⁴⁹⁸).

Así vistas, estas posibles vulnerabilidades exigen del contratante-proveedor mayores esfuerzos de información que permitan nivelar las condiciones en que se desarrollará la relación de consumo. Siendo, en efecto, lo que en nuestro orden nacional se conocen como problemas derivados de la “asimetría informativa”, sin embargo, parece más propia designar estas situaciones como de vulnerabilidad.

4) El consumidor razonable:

Con la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (D.Leg. 1045), queda incorporado en nuestro ordenamiento un criterio condicionante, incluso mediatizante de la propia protección desplegada por la Ley.

Se dice textualmente en la parte final del texto sustitutorio del literal a) del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor lo siguiente:

⁴⁹⁸. *Ibid*, p. 145.

“a) (...). La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.”

Este planteamiento no es nuevo dentro de la actuación del ente administrativo, pues la comisión había tenido oportunidad de pronunciarse denegando denuncias basados en este criterio. Por ejemplo, la Resolución Final 025-2008-CPC, recaída en el expediente 2079-2007-CPC, abierto a raíz de la denuncia de una usuaria de Telefónica, cuyo teléfono celular es ingresado a servicio técnico porque, aparentemente, según su dicho al dejar de cargar la batería el teléfono dejó de funcionar. La respuesta de servicio técnico fue que el equipo era irreparable (por múltiples golpes, líquidos, negligencia, etc.) encontrándose fuera de garantía.

En casos como el reseñado la Comisión realiza un análisis del comportamiento en abstracto que debería asumir un correcto consumidor, esto es aquél que realiza convenientemente un acto de consumo. Es obvio que todo adquirente espera que el bien adquirido cumpla las funciones que le son propias, de un teléfono celular esperamos que sirva para comunicarnos, los juegos, conexión a internet, agenda, etc., son accesorios. En fin esperamos realizar y tomar llamadas. No había necesidad pero, sin embargo, la Comisión inicia sus argumentos en esta parte así:

“La Comisión considera que al adquirir un producto, un consumidor razonable esperaría que éste se encuentre en perfectas condiciones y cumpla la finalidad para la cual fue adquirido.”

Respecto al juicio de razonabilidad, para la Comisión las pautas a tomar en cuenta son:

En caso presentara algún desperfecto, un consumidor esperaría que el proveedor solucione inmediatamente el problema, ya sea reparándolo, cambiándolo por otro nuevo o devolviendo el dinero pagado por el producto; ello, en aplicación de la garantía expresa o implícita.

Asimismo, un consumidor razonable que adquiere determinado producto, debe tomar en cuenta las condiciones y el plazo que tiene para hacer uso de la garantía, siendo expresa, ésta debe encontrarse contenida en los documentos, envases, recibos, contratos o demás medios que el proveedor utilice a fin de informar al consumidor sus condiciones y su vigencia.

Luego de expuestas estas dos consideraciones, la Comisión pasa a evaluar el comportamiento de la consumidora, correspondiéndole a ella la carga de probar las razones objetivas que la convenga que el servicio técnico no fue idóneo. Lo cual es absurdo. La mayoría de los consumidores conocemos que una vez que el producto ingresa a servicio entramos en terreno inhóspito, desconocido para la gran mayoría, saturado de tecnicismos sobre las especificaciones del producto que, cuando son electrónicos, son –sencillamente, indescifrables. Cómo puede, entonces, sostenerse que deberá ser el consumidor quien contraste el informe técnico, cuando, además, pierde todo contacto con el bien y es imposible que al momento de ingresar el producto pueda anticiparse debidamente un diagnóstico.

Además, la Comisión prioriza el formato-tipo que utilizan las operadoras, donde podrán figurar las exclusiones de la garantía, pero sabemos que se trata de una serie de

situaciones muy vagas, definibles caso por caso. Llamando la atención que, la sola secuencia de actos de parte de la proveedora sirva de pauta para la exclusión.

Ante esto, hay una total desprotección al consumidor por consideraciones subjetivas que se pretenden asumir como objetivas. Es decir, con argumentos como estos, sólo podrá ser protegido aquél que al hacer uso del servicio técnico de un establecimiento realiza un exhaustivo seguimiento del procedimiento técnico, incluso controlado por un especialista quien pueda detectar posibles desviaciones que, a la larga, deriven en la negativa del proveedor a asumir la garantía. Verdaderamente absurdo.

Otro caso, exactamente igual es el resuelto por Resolución final 023-2008-CPC (expediente 1988-2007-CPC), esta vez se trata de un consumidor adquirente de una cámara fotográfica digital a una tienda por departamentos. Como en el caso anterior, ante las fallas este consumidor, creyendo en la promesa de la garantía del producto lo ingresa a servicio técnico, siéndole denegada la mencionada garantía alegándose una falta de cobertura, atribuyéndole al consumidor que su uso inadecuado era la causa del desperfecto.

También la Comisión deniega la denuncia, repitiendo los mismos argumentos, pues en su criterio, el proveedor cumplió con entregar el bien ofreciendo una garantía implícita, lo que sucedió después hasta el momento en que ingresó a servicio técnico no les compete. Una vez en su territorio, sin testigos elaboran el informe técnico, altamente manipulable, en perjuicio del consumidor.

Notemos como este tipo de resoluciones generan inseguridad en el mercado. Pues, lejos de contribuir al clima de paz social y de competencia, está beneficiando a aquellas empresas que comercializan productos de mala calidad, pues aquí ya no se trata de la confianza del consumidor, ahora el mensaje es: si eres diligente o un consumidor razonable o sometes el producto adquirido a una prueba de rendimiento máximo dentro de las veinticuatro horas de la compra (que, más o menos puede decirse que procede el cambio por costumbre) o vamos al servicio técnico con un proveedor. En cualquiera de los casos se habrá producido un incremento en los costos de transacción, induciendo (en lugar de evitando) una falla de mercado.

Como vemos, esta incorporación resulta peligrosa en manos de funcionarios más preocupados en resolver en serie que en el análisis profundo y mesurado del caso concreto. Al final, ¿cuál es el modelo de diligencia admitido? ¿Cuál es la diligencia ordinaria? ¿Cómo influirán las condiciones de cada caso en la evaluación?

5) El deudor la parte o contratante débil:

Como lo recuerda VEGA MERE, *“la idea de parte débil responde a una circunstancia histórica: los abusos que se dieron en el terreno contractual a raíz de las desviaciones del capitalismo moderno (su segunda fase, como se sabe, desconoció los postulados de la libre competencia), los cuales, como ocurrió, originaron la fuerte intervención del Estado en esta materia.”* ⁽⁴⁹⁹⁾.

⁴⁹⁹. VEGA MERE, *Op.Cit.* p. 71

Del *favor debitoris*, esto es de la necesaria identificación del deudor en la relación obligacional con la parte débil, se pasó al *favor debilis*, donde el favorecimiento fue para la parte que carecía de poder económico.

Se pregunta Vega por si debe identificarse al consumidor siempre como la parte débil. La respuesta supone confrontar las siguientes situaciones:

1. Que, es indudable que en la relación consumidor-proveedor, es el proveedor el que cuenta con la información total de los bienes y servicios que coloca en el mercado. Ello los coloca en una posición de ventaja, por tanto, en efecto, los consumidores serían la parte débil.
2. Que, imponer legalmente como carga el deber de información del proveedor sobre sus productos y servicios, no es más que una exigencia propia del mercado, pues una decisión de compra se realiza conociendo la existencia del producto, pues como dice Vega, el consumidor puede sacrificar precio y garantía, pero no saber del producto impedirá su adquisición. *“Puede saber que el producto es malo, que no le da ninguna seguridad, pero ello sólo lo hará porque sabe (por información recibida, recogida, comunicada, pública) que el bien es de ínfima calidad.”* ⁽⁵⁰⁰⁾
3. Que, si bien dada las condiciones en que hoy en día se realizan la mayoría de adquisiciones de un sector de consumidores, hablamos de supermercados, grandes almacenes, del sector de empresas de comercialización masiva (retail), la debilidad del consumidor pueda estar dada por su imposibilidad de negociar. Aquí sólo compra.
4. En las cláusulas generales de contratación, cuando enfrente consumidor y proveedor la falta de discusión del contenido puede colocarlo en una posición débil, pero la urgencia de adquirir el producto o el servicio puede ser común para otros agentes que la ley no considera consumidores (caso de las personas jurídicas). Además, no hay que dejar de lado que, sólo podría ser el caso del consumidor obligado a adquirir el producto o servicio en un mercado restringido, carente de mayores ofertas.

Al respecto Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE tiene publicado un artículo donde analizando las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección al Consumidor⁽⁵⁰¹⁾, parte de señalar que existe una difundida creencia de que dichas cláusulas han sido diseñadas por el legislador con el afán de proteger a los consumidores, en el entendido de que se les identificaría con el concepto de parte débil de la negociación contractual.

Resulta a entender de DE LA PUENTE Y LAVALLE que, *“parte débil en la negociación contractual es aquella que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato.”*⁽⁵⁰²⁾ Analizando la afirmación de los argentinos STIGLITZ, respecto del Título I de la Ley argentina 24.240, donde el supuesto que primaría es el debilidad del consumidor dentro de la relación de consumo, afirmándose que se trataría de una debilidad real motivada por la natural posición de desigualdad, donde prima el desequilibrio de poder y esencialmente la asimetría informativa. A más de citar lo que al respecto regula el

⁵⁰⁰. *Ibid.*, p. 73.

⁵⁰¹. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección al Consumidor*. En Themis Revista de Derecho, Segunda Época, N° 31, 1995, pp.15 -22.

⁵⁰². *Ibid.*, p. 16.

Código de Defensa del Consumidor brasileño, con el reconocimiento de su vulnerabilidad. Decimos que, teniendo en cuenta tal posición doctrina y legal, DE LA PUENTE considera que “*si bien es frecuente que el consumidor sea la parte débil en la negociación contractual, no es posible otorgar categoría a la identificación de ambos conceptos desde que, como se ha visto, lo que caracteriza al consumidor es ser el destinatario final de los bienes y servicios suministrados.*”⁽⁵⁰³⁾

Existe pues una confusión, dado que no se trata de establecer una situación natural de desventaja en quien concurre al mercado en la calidad de consumidor o usuario. Sólo puede admitirse su condición de parte débil si padece un “*estado de necesidad respecto de la provisión de un bien o servicio y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse con persona cierta pueden satisfacer tal necesidad.*”⁽⁵⁰⁴⁾ Puede advertirse que en situaciones como la descrita no hay pie a negociar, se toma o no el producto, se usa o no el servicio. Frente a ello, es parte débil no por ser consumidor, lo será por el desequilibrio de poder de negociación.

El Indecopi, por Resolución 101-96-TDC rechazó la caracterización del consumidor como parte débil. Señalando que:

“los problemas que se suscitan suelen presentarse en mercados desconcentrados en los que existen una gran cantidad de competidores y en los que hablar de poder económico resulta ser inexacto. Los proveedores no se enfrentan a la necesidad de satisfacer la demanda de un consumidor particular, sino la de un conjunto de consumidores que buscan oportunidades en el mercado. Si los consumidores advierten que lo ofrecido no responde a sus expectativas, el resultado será un desplazamiento de la demanda existente hacia otros competidores, lo que permite que la acción de aquéllos discipline el mercado y lleve a los proveedores a ofrecer términos más favorables o adecuados.”⁽⁵⁰⁵⁾

Al garantizar el Estado la concurrencia en libre competencia de un número indeterminado de ofertantes (de manera ideal, dadas las complicaciones de una economía de escala), los consumidores y usuarios tienen más posibilidades a su alcance, debiendo llevar a cabo un ejercicio comparativo antes de tomar una decisión.

Sin embargo, un análisis a profundidad no podrá descartar la posibilidad de que la protección al consumidor también sea de sus propias decisiones, las cuales, como se ha visto se ven afectadas por racionalidad limitada y problemas de auto-control. No será propiamente la parte débil, pero sí una parte propensa a no tomar las decisiones que más le convenga.

6) La relación de consumo como relación de cooperación jurídico-obligacional compleja.

Un caso que me correspondió defender, recientemente concluido a nivel del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI por

⁵⁰³. *Ibid.*, pp. 16 – 17.

⁵⁰⁴. *Ibid.*, p. 17.

⁵⁰⁵. Párrafo citado por VEGA MERA. *Op.Cit.*, p. 75, nota a pie de página 134.

Resolución 0230-2008/SC2-INDECOPI de 30 de Octubre de 2008 (Expediente 01676-2007/CPC), nos permitirá plantear el tema.

El caso es el siguiente:

La Sra. María Luz Montero Graña (Sra. Montero) adquiere de la Agencia de Viajes Exprinter dos boletos aéreos en la ruta Lima-Madrid-Lima vía Air Comet.⁽⁵⁰⁶⁾, como quiera que la Sra. Montero padece las secuelas de polio, por tanto, tiene la calidad de discapacitada, cumplió con solicitar que se brindara una silla de ruedas en el aeropuerto de Barajas que le permitiera realizar el trasbordo a Valencia, su lugar de destino. El asunto fue que, a su llegada a dicho aeropuerto no había ninguna silla de ruedas a su disposición y ni los miembros de la tripulación ni el personal de Air Comet en el aeropuerto de Barajas sabían de tal pedido, así que, recién en ese momento hubieron de conseguir la silla de ruedas, demorándose aproximadamente 55 minutos y, como lo señaló la denunciada, ello luego de que desembarcara hasta la tripulación. A lo que, se debió agregar que la persona que consiguió la silla de ruedas y que le ayudó a movilizarse dentro del aeropuerto no conocía la ubicación de la zona de embarque para vuelos internos, provocándole estrés adicional, pues estuvo a punto de perder el trasbordo.

Lo considerado tanto por la Comisión como por el Tribunal estuvo relacionado a la idoneidad del servicio, sin embargo, prescindieron del análisis de aquello que ocurrió al regreso de la denunciante y de las cuestiones directamente con los efectos perjudiciales a la salud de la denunciante, quien a causa del mal servicio tuvo que atenderse de lesiones en las muñecas por el sobre esfuerzo que realizó (se trata de una señora de más de 60 años cuya enfermedad ha afectado progresivamente el uso de sus miembros inferiores). Consideraron que ello no era materia de protección.

El caso no será especialmente complicado pero, es lo suficientemente gráfico del tipo de situaciones en que puede, fácilmente, terminar ocupando el consumidor en una relación de consumo. Así si repasamos los conceptos vertidos en los temas anteriores, lo primero a preguntarse es: ¿Qué tan informada estaba la denunciante como consumidora en cuanto a la posibilidad de que se le prestara asistencia en el aeropuerto de Barajas? Y que, además, dicha asistencia fuera asumida por Air Comet como parte del servicio de transporte que le prestaba.

En su descargo, la denuncia aseveró que “brindó el servicio en los términos y condiciones contratados” y que ello quedó demostrado con el embarque y desembarque de la denunciada, quien, además fue asistida con la silla de ruedas solicitada.

Estos argumentos aparentan el desconocimiento de los derechos del consumidor que, justifica la intervención reparadora del Estado en las relaciones de consumo, ya que se

⁵⁰⁶. Empresa aérea española, cuyo slogan, según información de su página web es “la satisfacción al consumidor es nuestro referente”. , fue fundada en 1996 por el Grupo Marsans, primer grupo empresarial del sector turístico en España. En marzo de 2004 comenzó sus **vuelos regulares** a Lima, Bogotá, Santo Domingo, Nueva York, Londres, París y Roma. Se trataba de una empresa en plena expansión, por lo que, supuestamente, debieron adoptar una actitud de mayor respeto a los derechos del consumidor, máxime si los hechos ocurrieron en su sede originaria. Es decir, quienes sino ellos que, además contaban con plenos conocimientos como operadores turísticos para atender los requerimientos de la denunciante.

trata de un comportamiento empresarial poco transparente que defrauda la confianza puesta por el/la consumidor/a al contratar el servicio.

Decimos esto por lo siguiente:

- 1) Porque, en la legislación internacional el Anexo 9 al Convenio de Aviación Civil internacional tiene por contenido regular las facilidades que los operados del transporte aéreos, sean aeropuertos, líneas aéreas, etc. deberán brindar para el normal embarque y desembarque de pasajeros, entre los cuales se precisa el caso de discapacitados. Esta norma no puede haberla desconocido la denunciada.
- 2) Porque, es relativamente fácil acceder a las recomendaciones de las diferentes líneas aéreas que operan en el mundo, muchas de ellas en sus páginas web proporcionan información que debería ser tomada en cuenta por aquellos que se disponen a viajar. Como se sabe para el común de las personas viajar por avión no es un acto cotidiano en su vida, así que se espera del consumidor una conducta diligente, que le permita en lo posible disfrutar de agradable viaje o que, en todo caso, no padezca por situaciones previsibles. En el caso, la carencia de la silla de ruedas y del personal idóneo para atender a una persona discapacitada.
- 3) Porque, la denuncia evidenció su experiencia en viajes anteriores, anticipando al proveedor su situación al momento de adquirir los boletos de viaje. Es decir, en las relaciones de consumo se espera de un consumidor que actúe con el nivel de diligencia apropiado, parte de lo cual es advertir al proveedor que además del deber de prestación principal, cual era el transportarla de Lima a España, tiene deberes accesorios de comportamiento estrechamente vinculados al anterior, cuidar de prestarle la asistencia diferenciada, acorde con su situación de discapacidad.

El análisis de la Comisión y el Tribunal pasó por evaluar la idoneidad del servicio. Al margen un aspecto que no fue discutida la competencia de la Comisión atendiendo al criterio establecido en su momento por el Tribunal (⁵⁰⁷), pues se advierte que habiéndose celebrado el contrato de consumo en territorio nacional éste fue ejecutado en el extranjero. En los lineamientos se señala que “los proveedores también serán responsables por la idoneidad y calidad de sus servicios frente al consumidor en los términos establecidos en la Ley, sin importar en qué parte del mundo se produzca el defecto, siempre que los mismos hayan sido contratados en territorio nacional.”

Puede que, la competencia de este tipo se justifique por razones de garantizar el acceso al debido proceso y la garantía de protección del Estado, pero que, tan efectiva podrán ser las medidas correctivas que pudieran ordenarse, finalmente. Veamos sino la decretada por la Comisión: Según la Resolución 326-2007-CPC de 20 de febrero de 2008, como consecuencia de declararse fundada la denuncia, se ordenó a la denunciada que *“cumpla con adoptar las medidas pertinentes a fin de garantizar que los pasajeros que sufran alguna discapacidad o problema físico sean atendido debidamente en los aeropuertos de Lima y barajas Madrid.”* De inmediato surge la pregunta, lo ordenado es en realidad una medida correctiva, ¿qué poder de control tiene el INDECOPI respecto de lo que suceda en el aeropuerto de Madrid? Lo más probable es que, ante el

⁵⁰⁷. Como en la Resolución 512-2003/TDC-INDECOPI de 19 de noviembre de 2003 (Expediente 512-2003-CPC) Eva María Díaz Suni c Aeropostal Alas Peruanas Sucursal del Perú S.A..

requerimiento correspondiente la denunciada demuestre el cumplimiento mediante una directiva interna. Más –opinamos- no se podría controlar.

Si resulta interesante como para determinar si el servicio fue o no idóneo la Sala establece la existencia de deberes, cuya fuente no está en la voluntad de las partes contratantes, sino en una previsión legal. Para el caso, la Ley 28735 (Ley que regula la atención de las personas con discapacidad, mujeres embarazadas y adultos mayores en los aeropuertos, aeródromos, terminales terrestres, ferroviarios, marítimos y fluviales y medios de transporte) promulgada en el 2006, donde se establece para los proveedores deberes en orden a garantizar la accesibilidad a sus servicios de, entre otras, personas con discapacidad y con precisión se determina que aquél que pretenda operar en el mercado en este rubro prestará un servicio especial para el cual deberá estar capacitado, el texto del artículo 4 de esta Ley señala lo siguiente:

Artículo 4°.- Servicio especial

4.1 Toda persona que preste servicio en aeropuertos, aeródromos, terminales terrestres, estaciones de ruta, terminales ferroviarios, marítimos y fluviales; debe estar capacitada para atender adecuadamente las necesidades de los pasajeros con discapacidad, mujeres embarazadas y adultos mayores.

Bien, pero también esta misma fuente legislativa establece para el consumidor un deber correlativo. Ello lo encontramos en el artículo 5 que, también transcribimos:

Artículo 5°.- Deberes de los pasajeros

Los pasajeros con discapacidad, mujeres embarazadas y adultos mayores tienen la obligación de informar de manera indubitable al adquirir el pasaje o reservar el vuelo, con veinticuatro (24) horas de anticipación, salvo casos de emergencia, las atenciones especiales que requieran de acuerdo a su condición.

Es decir, para que el proveedor esté requerido al cumplimiento de su deber es cuando media la comunicación del pasajero con discapacidad, ya sea al momento de adquirir el pasaje o reserva su pasaje, para ello cuenta con 24 horas de anticipación al uso del servicio.

Este deber será cumplido por la empresa ejecutora, pero dada la existencia de la red intermediarios entre quienes prestan el servicio de transporte y los consumidores, la segunda parte del artículo 5 genera deberes a cargo de aquellos. Así lo establece:

La empresa que extiende el pasaje o hace la reserva de viaje tiene la obligación de notificar al responsable del medio de transporte, respecto a los pasajeros que requieran atenciones especiales.

Las relaciones obligatorias, como sostiene BETTI (⁵⁰⁸) tienen en la **cooperación** “*el hilo conductor*” que orienta al jurista en su tratamiento. ¿Qué clase de cooperación? Social, vale decir, aquella que se da entre miembros de una comunidad, cuyo objeto es “*una*

⁵⁰⁸. BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones. Tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 3

cooperación debida por un miembro social en el interés típico de otro miembro social” (509).

Los comportamientos desplegados por las partes en una relación de consumo se orientan a la cooperación, pues requieren de un norte común. Económicamente, se realizó una decisión de consumo, en el caso, probablemente sucedió que, luego de llevar adelante una comparación de condiciones, frecuencia, acceso, etc., se optó por la línea aérea contratada. Adoptada la decisión de consumo, ella esperó de la línea aérea el trato adecuado, pues le era razonable esperar que la atendieran a su llegada al aeropuerto español. En esa medida esperó satisfacer su necesidad de transporte con la **cooperación** del proveedor el servicio aéreo.

La utilidad (de la necesidad a ser satisfecha) buscada está representada por la prestación debida, donde puede distinguirse “*un momento subjetivo*”, vale decir, aquella “*conducta de cooperación requerida al deudor*”, junto otro “*momento objetivo*”, cual es “*la utilidad de carácter típico*”, coincidente con la “*conducta de cooperación*” (510).

La doctrina nacional actual plantea los términos del concepto de obligación en términos de la función cooperativa que cumple en las relaciones económicas intersubjetivas, mediante la representación del resultado útil perseguido por el acreedor, el cual es posible gracias al cumplimiento de la prestación la que a decir de FERNÁNDEZ CRUZ: “*sigue siendo entendida como un elemento vital en el concepto de obligación, pero ya no como fin de ésta, sino como el instrumento de cooperación a través del cual se procura al acreedor el resultado útil esperado.*” (511)

Cuando un consumidor decide contratar los servicios de transporte, tiene claro que el resultado útil que pretende es satisfacer su necesidad de traslado. Tal resultado esperado no sólo podrá darse por cumplido (prestación) con la verificación fáctica de haber llegado a destino, en el caso, que la nave llegó al aeropuerto de Barajas. Si bien es cierto que, en el cumplimiento de las obligaciones pueden intervenir factores externos a las partes, como el uso de instalaciones públicas, como sería el aeropuerto, también lo es que, p.ej. todos los pasajeros esperan que su equipaje llegó con ellos al mismo aeropuerto o que, la línea aérea ponga a su disposición las facilidades que requieran para desplazarse dentro de las instalaciones del aeropuerto.

⁵⁰⁹. *Ibid.*, p. 4.

⁵¹⁰. Cfr. *Ibid.*, p. 37-38

⁵¹¹. FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *El Deber Accesorio de Diligencia en las Relaciones Obligatorias*. En: ESCOBAR ROZAS, Freddy, LEÓN. Leysser, MORALES HERVIAS, Rómulo, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 604. En el mismo sentido, BARCHI VELA CHAGA, Luciano Juan Luis. *La cesión de créditos en el sistema de la transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas*. TESIS para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 180, ya que, como se quiera que toda relación jurídico-obligacional “(...) parte de la necesidad de un sujeto que lo lleva a requerir la cooperación de otro sujeto para que le proporcione los recursos para la satisfacción de esa necesidad.” “A través de esta relación jurídica un sujeto pretende a través de la cooperación ajena procurarse de bienes y servicios que le permitan la satisfacción de una necesidad. Esto expresa el contenido económico de las relaciones de cooperación.”

Acreeedor y deudor dentro de una relación obligacional van intercalando roles. El juego de los deberes y derechos se intercambian constantemente. Cuando el consumidor adquiere el pasaje aéreo, asume una serie de deberes veamos:

- De pagar el importe del boleto;
- De presentarse con la anticipación establecida , el día designado para el vuelo;
- De pasar los controles previos, como registrarse, realizar los pagos correspondientes, etc
- De comportarse durante el vuelo sin generar situaciones anómalas que pudieren perjudicar su normal desarrollo, ya sea en contra de la tripulación o de los demás pasajeros.

Paralelamente, el proveedor (o proveedores, dado la intervención del intermediario y de la línea aérea), es acreedor de la suma debida por el boleto, pero a su vez, es deudor del de prestar el servicio idóneamente, en las condiciones esperadas por el consumidor, vale decir, que no sólo lo lleve a destino sino que, cumpla con otorgarle las facilidades solicitadas, como en el caso, le proporcione la silla de ruedas que le permita desplazarse dentro del aeropuerto de Barajas.

Que duda cabe que lo anterior debe desplegarse dentro de un marco amplio de cooperación, donde no pueda incurrirse en el error de considerar que lo único resaltante de la relación obligacional está resuelto en sus situaciones jurídicas extremas, acreedor y deudor, sino que está referida a todo el *iter* relacional, tanto antes de celebrar el posible contrato, como a su desarrollo o ejecución. ⁽⁵¹²⁾

Bien lo dice Larenz, *"lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber."*⁽⁵¹³⁾ Es que, conforme lo explica el maestro alemán, si bien lo que sustenta la existencia de la relación obligacional es el cumplimiento de la prestación debida, rigiendo *"el principio de cumplir la prestación con la fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte,"* lo seguro es que tal comportamiento sólo pueda verificarse si el deudor omite *"todo cuanto pueda frustrar el logro del fin que persigue la obligación."* Imponiéndose, por tanto, otros *"deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación (...) y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico."* Tales son los denominados por el "deberes de conducta", pudiendo *"afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación"*. Estos deberes son, según LARENZ, secundarios, complementarios del deber "auténtico" de cumplimientos de la prestación.⁽⁵¹⁴⁾

⁵¹². "No se ha de creer que la cooperación sirve únicamente para explicar el deber de prestación que pesa sobre el deudor. Su significación es mucho más profunda, pues se refiere al comportamiento íntegro que acreedor y deudor están obligados a observar desde antes de la concertación y hasta después de la extinción de la relación jurídica obligatoria. Acreedor y deudor debe cooperar para que sea posible la concreción del fin social que se persigue con los derechos personales o de crédito." Expresa el docente y magistrado argentino Ernesto Wayar. WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004, p. 21.

⁵¹³. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 20.

⁵¹⁴. *Ibid.*, pp. 20-22.

Por eso, lo más apropiado es referirse a la relación obligaciones como “relación jurídica compleja”, en tanto, “*integrada por una verdadera trama de deberes y derechos recíprocos.*”⁽⁵¹⁵⁾ En esta parte, se sostiene que toda la trama de deberes y derechos se sostiene en el principio jurídico de la buena fe ⁽⁵¹⁶⁾ y, es evidente, pues tanto en las relaciones obligacionales reguladas fundamentalmente por el Código Civil, o aquellas especiales, encuadradas dentro de una relación de consumo, su normal ejecución se basa en la presencia de la buena fe de ambas partes, solo ella las llena de contenido. Cómo explicar, sino, que en la labor de cooperación la presencia del otro, nos lleve a cumplimiento, no son acaso los intereses ajenos los que priman sobre los nuestros en las obligaciones. Quien tiene la expectativa del cumplimiento es el acreedor (por lo general), pero depende que el deudor la haga efectiva.

Virtud de la aludida complejidad las situaciones jurídicas de acreedor y deudor, cada una puede contener lo siguiente⁽⁵¹⁷⁾:

1) De Acreedor:

- El *Derecho de Crédito*: Esto es el derecho subjetivo que le permite exigir la satisfacción de la prestación debida por el deudor. Caracterizado por un poder de actuación, por coerción o uso de medios compulsivos judiciales y extrajudiciales (la ejecución forzada).

- *Facultades y Derechos*: Complementarias del derechos de crédito. Tales son las facultades de disposición del crédito (cesión de derechos, legado de crédito o renuncia), de conservación y tutela preventiva del crédito (como rechazar los pagos parciales, el vencimiento anticipado de cuotas, las medidas cautelares); y, las necesarias para conservar la solvencia del deudor (como la acción pauliana o revocatoria, la subrogatoria y oblicua, también la acción por simulación).

- *Cargas y deberes*. El deber de Cooperar: Varían en índole y naturaleza, dependiente de la relación de obligación de la que deriven. Dos supuestos pueden citarse al respecto, el deber de no agravar la situación del deudor (evitar que la deuda sea más onerosa, como puede ser el evitar que ante una situación de cese de pagos o falta de interés del deudor en la continuación de la relación contractual se sigan generando más cuotas ⁽⁵¹⁸⁾) y la de contribuir a que se materialice el pago (no negarse a recibir el pago oportuno, p.ej.).

⁵¹⁵. WAYAR, op.cit., p. 22.

⁵¹⁶. “*Las relaciones obligatorias, en todos sus aspectos y en todo su contenido, están sujetas a su imperio*”. WAYAR, Ibid.

⁵¹⁷. Seguimos la exposición de WAYAR, op.cit.pp 25-32.

⁵¹⁸. Un ejemplo puede tomarse en los contratos de consumo. Es el caso de una institución educativa de enseñanza de idiomas que ha establecido un sistema de crédito directo, el cual es contratado por decisión del usuario. Este consiste en totalizar el servicio, dividirlo en una cuota inicial y otras tantas cuotas mensuales e iguales. Pero, como quiera que se dan situaciones como la inasistencia del usuario a clases acompañada de la falta de pago de las cuotas y, como quiera que, dada la naturaleza educativa de los servicios, la institución ha optado por política de mercado, no dar por resuelto los contratos, sino invitar a los usuarios a retirarse “voluntariamente”, dándole valor de declaración a su silencio. El propósito al final es evitar cargar más cuotas en la cuenta que, sólo incrementar el valor de lo pendiente de cobranza. Es un claro ejemplo del cumplimiento de este deber.

2) De Deudor:

- El *Deber de prestación*. Correlato del derecho de crédito que, reconoce dos significados: “a) una *acepción estricta, referida a la conducta específicamente debida, y b) una significación amplia comprensiva de la ejecución forzada, atendiendo al hecho de que en este caso, el comportamiento debido consiste en soportar la ejecución*” (⁵¹⁹)

- *Deberes secundarios de conducta*: Complementarios del deber de prestación que dependen de las particulares circunstancias del caso concreto. Ejemplos de estos deberes pueden ser: La oportunidad del cumplimiento de la prestación, cuando el deudor se hay reservado la decisión de señalar el plazo para ello; o. el caso de entrega del bien, el deudor deberá esperar dado el caso que esté presente el acreedor o su representante, sin que pueda quedar liberado si lo deja en el lugar acordado sin custodia de persona autorizada.

- *Facultades de deudor*: Como son el derecho a pagar o cumplir con la prestación (derecho a liberarse de la obligación), derecho a oponer defensas (frente a pretensiones abusivas del acreedor puede ejercer excepciones y defensas previas), derechos como deudor concursable (acudir sin autorización previa de sus acreedores a concurso, optando por salir ordenadamente del mercado).

Como conclusión de lo dicho, consideramos al igual que Espinoza que la relación de consumo “*debe entenderse como una relación jurídica compleja que comprende una serie de derechos y deberes*”(⁵²⁰). Estos derechos y deberes no se reducen a la comprensión tan solo del contenido de la prestación principal como queda claro, lo cual ratificaremos más adelante.

7) Los deberes de protección obligacionales en las relaciones de consumo.

Sostenemos que a favor del consumidor, dentro de la relación jurídica específica que se genera, resulta titular de una serie de deberes de protección obligacionales. Sin embargo, puede resultar confuso diferenciarlas de aquellas otras que derivan de sus derechos fundamentales, específicamente de su contenido constitucionalmente protegido.

Nos referimos a que, como parte del desarrollo de dicha relación se encuentra protegido frente a injerencias que pudieren afectar su seguridad, salud, dignidad, libertad, todas situaciones que dentro de la obligación como relación jurídica compleja se erigen como deberes accesorios y/o complementarios, a manera de límites a la acción del acreedor y, recíprocamente, del deudor.

A su propia posición de consumidor o usuario corresponde la protección. No hay necesidad de pacto, ni de reconocimiento del proveedor para que entren en acción, correspondiéndole al Estado su eficacia en el caso concreto.

Así la labor del Estado respecto de los intereses del consumidor en toda situación que pudiere afectarle, es de protección.

⁵¹⁹. WAYAR, op.cit. p. 30.

⁵²⁰. ESPINOZA, *Op.cit.*, p. 15.

Complementemos lo dicho con unas breves referencias a la tutela específica, partiendo de reiterar que, como la establecido el Tribunal Constitucional, si bien los derechos del consumidor no están taxativamente previstos en nuestra Constitución Política, pues no se encuentran en la relación de derechos fundamentales del Artículo 2º, en la sentencia recaída en el expediente 008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos c. Art. 4 del Decreto Urgencia 140-2001) se ha interpretado que como quiera que el artículo 3º de la Constitución “(...) prevé la individualización de “nuevos derechos”, en función de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada.” Los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses de los consumidores, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del referido consumidor se erigen en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios. Lo cual se produce por efecto de acogerse en bloque los derechos detallados en la Ley de Protección al Consumidor (D.Leg. 716), en tanto que constituye un desarrollo del artículo 65 de la Constitución. ⁽⁵²¹⁾

Preocupación actual del Derecho Procesal es el tema de la tutela preventiva (específica), opuesta a la represiva, en tanto se anticipa a la producción del daño, protegiendo efectivamente los derechos fundamentales, hablándose ahora de que lo óptimo está en que el Estado otorgue al ciudadano “tutela inhibitoria”, la cual es “(...) consecuencia necesaria del nuevo perfil del Estado y de las nuevas situaciones de derecho sustancial.”⁽⁵²²⁾ Una de cuyas expresiones se da con relación a los Derechos de los Consumidores, donde la sola posibilidad del ilícito justificará su tutela⁽⁵²³⁾. Explica el procesalista brasileiro MARINONI que, dado que los derechos fundamentales hoy en día no se limitan al derecho de defensa, sino que, también abarcan “derechos a prestaciones”, “género en el cual se incluye el derecho a la protección”, se entiende por qué se cuenta con el derecho a exigir que el Estado proteja los derechos fundamentales, sea que la agresión provenga de otros particulares (transversalidad) o de otros Estados ⁽⁵²⁴⁾.

Tal derecho a la protección, implica, pues, la generación de “deberes de protección” a cargo del Estado, el cual no se limitará sólo a la dación de normas, sino que requiere de una actividad supervisora del comportamiento de los agentes del mercado, corrigiendo las anomalías que lo desnaturalizan, es que, “(...) no basta que el Estado dicte normas prohibitivas o impositivas de conductas; es necesario que tome providencias concretas que tiendan a eliminar o corregir los actos que la violaren, además de fiscalizar su cumplimiento.”⁽⁵²⁵⁾

⁵²¹. RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 92 y 93. Citado por SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana. *Op. cit.* p 67.

⁵²². MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica de los derechos. Necesidades del Derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal.” Lima: Palestra Editores, 2008, p. 32)(La tutela inhibitoria es preventiva por el momento en que actúa y específica, pues no busca la satisfacción de un interés pecuniario equivalente, sino proteger el derecho mismo. Sostiene ZELA VILLEGAS, Aldo. “La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)”. Lima: Palestra, 2008, p. 53.

⁵²³. La tutela inhibitoria en cuanto preventiva, permite actuar antes de que un daño se concrete, que continúe, si ya se produjo, o que éste se repita. Donde más allá de lo que sugiera la denominación con “inhibición”, en tanto omitir o no hacer la conducta dañosa, esta tutela se extiende a ejercer la “precaución” necesaria para que el daño no se produzca. Cfr. ZELA VILLEGAS, *op.cit.* pp. 84-85.

⁵²⁴. MARINONI, *op.cit.*, pp. 133-134.

⁵²⁵. *Ibid.*

Por su parte, la doctrina civil ha desarrollado el concepto de los deberes de protección en el marco de las relaciones obligacionales. Al respecto, MENGONI ha dicho que efecto de la “reconstrucción” de la obligación como una relación jurídica compleja, con la presencia de los deberes accesorios funcionalmente coordinados, se tiene la teoría de los ‘deberes de protección’, gracias a la cual se ha extendido la consideración de “obligacional” *“al interés de ambas partes en preservar su propia persona y sus propios bienes del riesgo específico de daño creado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos.”*⁽⁵²⁶⁾

Veamos algunos apuntes adicionales sobre estos “deberes de protección” en la doctrina civilista. Como recuerda CABANILLAS, fue a través del principio de buena fe (§ 242 BGB) que *“la doctrina y la jurisprudencia alemanas han llevado a cabo una integración de la obligación.”*⁽⁵²⁷⁾ El curso de tal integración derivó en lo dicho en el punto anterior, que junto al deber de prestación existan otros deberes igualmente importantes, siendo Heinrich STOLL –como lo apunta Larenz - *“el primero que llevó a cabo la separación de estos deberes de los de prestación, los designó deberes de protección, porque ellos sirven para la evitación de los daños que pueden producirse con ocasión de la preparación del contrato y de su ejecución.”*⁽⁵²⁸⁾

El fondo de esta concepción alemana no era sino señalar que, los daños a la persona o al patrimonio de la contraparte derivados de la inobservancia de deberes contractuales, generará una *“violación positiva del contrato o un cumplimiento defectuoso del mismo”*, de forma que, el cumplimiento contractual incluye además del deber de prestación, otros *“comportamientos susceptibles de evitar el acaecimiento de los daños, ampliándose también en la misma medida la actividad a que el deudor está adscrito por fuerza del mismo contrato y, consecuentemente, el propio ámbito del cumplimiento como actividad solutoria.”*⁽⁵²⁹⁾

Lo interesante está en -como lo afirma Cabanillas- diferenciar estos deberes de protección de aquellos denominados accesorios, que dependen del deber de prestación (principal, de cumplimiento de lo que es materia de la relación obligacional). Los deberes de protección *“tienen un contenido autónomo (...) de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido.”*⁽⁵³⁰⁾ En la medida que, lo protegido no puede depender del cumplimiento de la prestación, serán verdaderos deberes, la tarea se presenta en considerarlos como parte del contrato (responsabilidad contractual) o fuera de él (responsabilidad extracontractual).⁽⁵³¹⁾

⁵²⁶. MENGONI, Luigi. *La parte generale delle obbligazioni*, en *Rivista critica del Diritto Privato*, año II, núm. 3, 1984, pp. 50-513. En: León L., Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias (Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios)*. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 145.

⁵²⁷. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Madrid: Civitas, 2000, p 154.

⁵²⁸. LARENZ, *Lehburch des Schuldrechts*, I, pp 10-11, citado por CABANILLAS, *op. cit.*, p.

155.

⁵²⁹. CABANILLAS, *op.cit.* pp. 157-158.

⁵³⁰. *Ibid.*, p. 263.

⁵³¹. CABANILLAS es de la opinión que se trata de una responsabilidad contractual, entendida “en toda su dimensión”. Cfr. *Ibid.*

Los deberes de protección pueden ser precontractuales o contractuales, lo que importa es el **contacto social**⁽⁵³²⁾ que se genera entre las partes con motivo de la relación obligacional. El interés subyacente a los deberes de protección difieren de aquél del interés de prestación, en la medida que lo que se protege es la integridad de los contratantes y su patrimonio. Puede, como se dijo, cumplirse la prestación principal, sin embargo, lo buscado es que tal realización se dé *“de forma cauta, cuidadosa o prudente de manera tal que no resulten lesionados otros bienes jurídicos del acreedor (personales o patrimoniales), distintos del objeto prestacional definido en la obligación.”*⁽⁵³³⁾

Los deberes se presentan en cada caso, conforme al contenido de la obligación, ésta señalará *“cuáles son los cuidados, atenciones y cautelas cuya observancia es exigible específicamente del deudor de la concreta prestación”*, ello del lado del deudor, pero, esta misma obligación definirá *“qué daños del acreedor entrañan violación contractual, en tanto que violación de un deber específico-obligacional de protección.”*⁽⁵³⁴⁾

En el campo de la responsabilidad por daños ocasionados en el desarrollo de un contrato, se discute si todos los supuestos consultorios de derechos fundamentales de la persona pueden orientarse al campo de la responsabilidad contractual o si hay casos en los que estos daños serán extracontractuales. Es indudable que, por más autonomía que pueda afirmarse tienen los deberes de protección, resulta imprescindible que los daños sean causados en la ejecución de la relación obligatoria y no se trate de algo ocasional. Es decir, debe existir conexión entre el cumplimiento del contrato y el daño, de lo contrario tal daño sería extracontractual.⁽⁵³⁵⁾

Los deberes de protección dentro de una relación jurídico-obligacional compleja, se presentan tanto en la situación jurídica del deudor como del acreedor. Si ambos intercambian permanentemente roles, no hay razón para establecer que sólo aquél sujeto tradicionalmente a su papel pasivo, de soportar la acción del acreedor es quien tiene por cumplir estos deberes.

Como vimos al tratar del contenido esencial de los Derechos Fundamentales que corresponden a los Consumidores y Usuarios, en la extensión de sus efectos binario, el que el Estado asuma la obligación de velar por la salud y seguridad de las personas en tales condiciones, y la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, basta para apreciar que estos coinciden con la naturaleza y fundamento de los deberes de protección desarrollados por la doctrina civil, donde se procura preservar la integridad de las partes intervinientes en la relación obligacional.

Siendo pertinente reiterar que la protección no se reduce a los aspectos de salud y seguridad, sino que está más relacionado, como lo señala DURAND a un compromiso a ser asumido por el Estado, cumpliendo el rol que le corresponde dentro del esquema de

⁵³². Ello significa que dado que por el contacto social dos o más sujetos entablan un vínculo cuyo propósito está en la satisfacción de las necesidades del sujeto acreedor, sin embargo, en el desarrollo de tal relación pudiera ponerse en peligro la integridad o los bienes de dicho sujeto, de ahí que surgen estos deberes accesorios.

⁵³³. Ibid., p. 264.

⁵³⁴. Ibid., p. 271.

⁵³⁵. Cfr. Ibid., pp 284-285.

la economía social de mercado adoptado constitucionalmente y desarrollado por Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades., lo cual se desarrolla “*a través de sus órganos pertinentes y a las atribuciones conferidas a las asociaciones de consumidores*” cuyo objetivo está orientado a evitar las posibles violaciones de sus derechos, actuando, para ello, aún cuando el sujeto de estos derechos no lo solicite. Se trata de una actuación en pro del respeto de los derechos constitucionales y legales. ⁽⁵³⁶⁾ En esta actuación, aclara el mismo DURAND, el “*Estado no sustituye la decisión del consumidor*” ⁽⁵³⁷⁾, vale decir, no será aquél quien se responsabilice de las malas decisiones de consumo de éste, ni le procurará protección por simplemente considerarlo la parte débil y cargándole la satisfacción de sus intereses patrimoniales a como de lugar a los proveedores. Queda claro que sólo se podrá aspirar al respeto de su participación en el mercado, con múltiples opciones de productos y servicios para elegir. Fortaleciendo la autonomía privada y el poder de decisión del ciudadano, nos dice DURAND ⁽⁵³⁸⁾, lo contrario evoca economías centralistas, desterradas aún en situaciones de crisis globales.

Pero, consideramos que, en base a la consideración de las obligaciones como relaciones jurídicas complejas, puede traerse a discusión otro aspecto. Cual es el que deriva del vigente concepto de consumidor descrito en el inciso a) del artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor (T.U.O. D.S. 039-2000-ITINCI), modificado por D.Leg. 1045 y como los deberes de protección civiles se vinculan con la diligencia.

Es conocida la relectura del artículo 1314 del Código Civil que viene difundiendo en medios académicos el profesor Gastón FERNÁNDEZ, de cómo dicho artículo “*enuncia (...) una regla general que corre paralela al artículo 1315° C.c. estableciendo a la diligencia como patrón de medida de la responsabilidad, pero con un contenido diverso al asignado por la teoría clásica tradicional: no se trata de un patrón que mide la conducta del deudor como modalidad de la prestación (deber de prestación), sino como un patrón que mide el deber accesorio de colaboración encarnado en los deberes de protección.*”⁽⁵³⁹⁾

De esta manera la diligencia se presenta como la conducta a ser desplegada por el deudor, en su calidad de sujeto pasivo del deber que no necesariamente coincidiría con la posición de obligado a cumplir con el deber de prestación, lo cual define a estos deberes como autónomos respecto de aquellos.

En la precisión de esta relectura, sostiene FERNÁNDEZ que la revisión está en reparar que la doctrina clásica no tomó en cuenta que la utilidad que es la razón de la existencia de las obligaciones pueden ser material e inmaterial. Cuando son *materiales* (las de dar y las de hacer que devienen en dar), el deber accesorio de protección, como diligencia que se reclama al deudor “*se extiende hasta el punto de obligarlo a realizar todo lo que esté a su alcance para evitar que causas ajenas a él no le impidan cumplir*”⁽⁵⁴⁰⁾ Es decir, el cumplimiento de estos deberes se orientan a posibilitar la ejecución de la prestación, de forma que le bastará demostrar que su conducta fue la esperada para que se suscite el cumplimiento, sin importar a estos efectos que la prestación no se hubiere

⁵³⁶. DURAND CARRIÓN, op.cit., p. 131.

⁵³⁷. *Ibid.*, p. 133.

⁵³⁸. Cfr. *Ibid.*, p. 134-135.

⁵³⁹. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. p. 609.

⁵⁴⁰. *Ibid.*

dado por causas no imputables a él, esto es por circunstancias que no pudo controlar ni prever. En el planteamiento que acoge FERNÁNDEZ se busca “romper el dogma conceptual de ‘diligencia/culpa’”⁽⁵⁴¹⁾, ello sucede, agrega el autor que seguimos, en la medida que la diligencia es propia del concepto de obligación, respondiendo al “binomio débito/responsabilidad”, claro pues se recordará que la existencia del débito no implica necesariamente responsabilidad por el incumplimiento.

De otro lado, cuando las utilidades son *inmateriales* (las de puro hacer o de no hacer), “el deber accesorio de protección a cargo de aquél (el deudor) tiene una intensidad diversa; o, expresado con mayor propiedad, le exige un mayor grado de colaboración al deudor”⁽⁵⁴²⁾. Este mayor grado significa una actitud más vigilante, puesto que se orienta tanto a superar las causas ajenas al deudor, como las que le pueden ser propias.

En estos casos, los deberes de protección se constituyen en autónomos respecto de los que les corresponden al Estado respecto de los consumidores, siendo enteramente privados, obligan a su cumplimiento, en la medida que ignorarlos puede derivar en responsabilidad por incumplimiento de los deberes accesorios derivados del deber principal de cooperación. Veamos el siguiente desagregado con el que establecemos nuestra posición al respecto.

- (i) Los deberes de protección obligacionales se presentan integradas en la relación jurídica compleja en que consisten las obligaciones, pudiendo darse tanto del lado (tradicional) de acreedor y el de deudor, indistintamente, pues son intercambiables, alternándose según el contenido que tuvieran.
- (ii) La función que cumplen los deberes de protección es facilitar el cumplimiento de la prestación principal, sin disminuir su autonomía.
- (iii) Trasladado el tema al campo de las relaciones de consumo, debemos diferenciar aquello que se establece como responsabilidad del Estado frente al consumidor, en cuanto se conforman como deberes de protección, esto es deberes de proteger al sujeto en su posición o estado específico de consumidor, de los propiamente obligacionales.
- (iv) Estos deberes a cargo del estado no interfieren a la consideración que dentro de la relación de consumo se presenten deberes de protección que definan, incluso, su propia consideración como consumidor y que establecen cuan idóneo es el servicio prestado. Nos explicamos: si tomamos el caso de la Resolución Final 593-2004-CPC, donde la dirección de un colegio se negaba a tomar en cuenta las razones presentadas por los padres para que exceptuaran a su hija (la alumna) de las reglas de no usar mochilas con ruedas. En la relación compleja los consumidores son acreedores del servicio educativo y deudores del pago de las pensiones, al igual que el respeto de las reglas impuestas por el colegio (por señalar las más saltantes); pero los consumidores son también acreedores de deberes de protección. Claro, si establecemos desde la razonabilidad exigida al consumidor, que éste esperaría del colegio un mínimo de atención a sus argumentos relacionados al cuidado de la salud de su hija, es evidente que tal situación jurídica se presenta como deber de protección a cargo del colegio, en su condición de deudor del servicio. Es razonable el consumidor, pues al adoptar la decisión de matricular a su hija en ese colegio tomó en cuenta las pautas deontológicas que le fueron informadas (la publicidad en los colegios, además

⁵⁴¹. *Ibid.*

⁵⁴². *Ibid.*, p. 611.

de presentar su infraestructura se anuncian como respetuosas de determinados valores, orientándose a coincidir con los posibles usuarios). De la misma forma, el servicio prestado por el proveedor será idóneo en la medida de que, entre otras cosas, el deudor del mismo se ocupe de cumplir los deberes de protección, cuidando de no perjudicar ni la persona ni el patrimonio del acreedor. Puede decirse que en este mismo caso, basta con que el Estado haga efectivo los deberes de protección que le corresponden, obligando al colegio a respetar los derechos fundamentales que se verían conculcados como es el caso del Derecho a la Salud, vinculado a la dignidad del ser humano. Vemos que se arriba al mismo objetivo.

- (v) Si además, agregamos al análisis la directa referencia de los deberes de protección con la diligencia, la situación se mantiene. Es decir, guarda coherencia con la necesaria presencia de la diligencia para la consideración del sujeto como consumidor. Expliquémonos: La diligencia es también actuar tomando en cuenta la valoración de las consecuencias, pero además, no dejando de realizar los comportamientos necesarios para que se pueda cumplir la prestación. En la relación de consumo, el consumidor será beneficiario de protección, en el marco de la ley y del contrato, actuando con la diligencia adecuada para el cumplimiento de su prestación; a su vez, despliega con su actuación la posibilidad de cumplimiento de los deberes de prestación. Es decir, quien actúa diligentemente también evita riesgos innecesarios que imposibiliten que la otra parte cumpla sus deberes accesorios, si son de protección el consumidor diligente se abstiene de poner en peligro su integridad física o su patrimonio. Fue diligente el consumidor en el caso antes referido (Resolución Final 593-2004-CPC) cuando argumenta con razones; estas fueron los informes médicos que alcanzó que daban cuenta del estado de salud de su hija y como esta se perjudicaba cuando utilizaba mochilas convencionales, en lugar de las que pueden desplazarse con ruedas. Fue diligente cuando hace llegar estos informes al deudor (tal era la condición del colegio frente al deber de protección). El incumplimiento del deber de protección, en este caso, fue imputable, de ahí que la denuncia se declaró fundada. Casos como este dan cuenta de lo complejo que es atribuir racionalidad a las decisiones humanas, al sujeto referido le era virtualmente imposible conocer de antemano la posible reacción del colegio ante un tema que pudo asumir como de una sola solución, pues quien puede sostener que por encima de la salud de una menor están los reglamentos internos.

Creemos que la tesis de los deberes de protección subyace en la actuación cotidiana del Indecopi, aunque no se les llame de esta forma (lo cual, ciertamente, es irrelevante al no vincularse con la existencia o no de la institución).

Indecopi atiende a los deberes de protección cuando, p. ej. en el precedente Resolución final 2220-2006-CPC, varía su criterio sobre el uso fraudulento de tarjetas de crédito, motivado por el incremento en el riesgo derivados de su uso masivo. Señaló:

“Actualmente es innegable el incremento en el uso de tarjetas de crédito en el mercado, lo cual se ha generalizado, en mayor medida, gracias a que existen facilidades para que los consumidores puedan contar con éstas, ofreciéndose tasas de interés y cargos atractivos para que sean aceptadas. De la totalidad de denuncias presentadas ante la Comisión, se ha advertido que un gran

porcentaje de éstas se encuentran referidas a consumos fraudulentos en establecimientos en los que no se ha verificado la identidad del portador de la tarjeta y la similitud de las firmas.”

Este incremento del riesgo reflejado en el número de denuncias tramitadas, generó que la administración revisara si los establecimientos cumplían con su deber de verificar la identidad de los tarjeta usuarios, más allá de que el denunciante hubiera o no cumplido con denunciar la pérdida o robo oportunamente.

8) El consumidor como Deudor.

Partamos de la premisa siguiente: La existencia de un régimen específico de defensa del consumidor a partir de los deberes de protección del Estado, no excluye su tratamiento como lo que, finalmente es, un deudor.

Si las situaciones jurídicas subjetivas que adoptan las partes se realizan dentro de una relación específica, conocida como de “consumo”, es evidente que el consumidor asume la posición de deudor, vale decir, sometido a llevar adelante el deber de cooperación y, de incumplir, sujetarse a sus efectos. El principal: ser compelido al cumplimiento a través del ejercicio legítimo de la coerción.

El incumplimiento genera responsabilidad, derivando en la posibilidad de afectarse patrimonialmente en beneficio del acreedor. Esta situación no tendría que ser distinta en los casos de consumidores y usuarios en la situación jurídica subjetiva pasiva de deudores.

Como sabemos, el proveedor en su condición de acreedor es libre de ejercer o no los derechos de coerción previstos en el ordenamiento. En caso opte por ejercerlos, sus alternativas como podrían ser:

- 1) En caso la deuda esté representada en un título-valor, eventualmente, si el título no prevé lo contrario deberá protestarlo.
- 2) Sea con protesto o sin él, tiene expedita la vía judicial para su cobro (proceso de ejecución), con la posibilidad de iniciar a su favor medidas cautelares anteriores a la demanda.
- 3) Para el caso de las deudas que no cuenten con el respaldo de títulos-valores, solicitar una conciliación extrajudicial, dejando expedita el caso para la vía judicial.
- 4) Iniciar el proceso judicial, agotado el cual y de ser favorable, dar paso a la ejecución forzada.
- 5) Su mejor alternativa, siempre será la negociación.

Puede apreciarse que el consumidor así visto carece de especiales derechos a ser protegido frente a la posibilidad de ejercicio de la coerción por parte del acreedor (proveedor). No podría ser de modo diferente, pues los deberes de protección del Estado que actúan tanto en la formación como ejecución del contrato, no podrían significar la excusa para el incumplimiento de deberes ciertos, voluntariamente asumidos por un contratante, en ejercicio de su autonomía.

Ahora bien, como vimos en su momento, por más que las decisiones adoptadas por los consumidores pudieran no ser racionales, en la medida de lo dicho con relación al tema por Thaler, Sunstein, Tversky, Kahnemann y otros. Requiriendo de una especial protección frente a sus nefastas decisiones. Bajo ningún aspecto puede por estas elecciones ineficientes intervenir la relación de consumo, negándole al acreedor la posibilidad de cobrar.

Sin embargo, este aspecto no es del todo pacífico. Veamos:

1) Desde la perspectiva del Acreedor:

Se presentan una serie de situaciones, como:

- En una decisión típicamente económica, evaluando costo-beneficio, tomando en consideración la experiencia previa, no obstante la existencia de un ordenamiento legal dirigido a hacer efectivo sus derechos a cobrar, le demuestra que, en muchos casos, iniciar procesos judiciales contra consumidores que, individualmente, tienen cuentas pequeñas, no justifica por los costos de transacción.
- El ordenamiento procesal no es coherente con las exigencias del mercado. Las vías de solución, salvo las auto compositivas como la conciliación extrajudicial, para algunos casos, no favorece las acciones de cobro del acreedor, pues medido el tiempo promedio de demora de cualquier causa judicial (no menos de cuatro meses, por más diminuta que sea la suma puesta a cobro) y las limitadas probabilidades ejecución de la sentencia, al considerarse altamente probable que el deudor eluda sus efectos, recurriendo a argucias legales bastante conocidas.
- El acreedor no es *per se* la parte fuerte de la relación jurídica de consumo. Se dan muchos casos en que el consumidor se niega al cumplimiento de su prestación alegando que el bien o servicio (usuario) adquirido no satisfizo sus intereses económicos o necesidades, negándose con ello a cumplir la prestación que le corresponde. Frente a esta circunstancia, es muy probable que el acreedor agote las gestiones extrajudiciales, las cuales no incluyen la conciliación extrajudicial, absteniéndose con demandar judicialmente. Lo cual al mediano plazo se traduce es descapitalización.
- Son muchos los acreedores que toman la decisión de “vender la cartera”, vale decir, ponerle un precio al cúmulo de acreencias pendientes de cancelación, convirtiéndolo en un bien comercializable. Por lo general el precio de adquisición es sólo un porcentaje de la deuda. La finalidad es práctica, cambiar deuda potencial por ingresos efectivos.
- Otros acreedores, en cambio, contratan empresas “especializadas” en cobranzas, sea un estudio de abogados o, simplemente, un gestor de cobros. Se desligan de esta manera de las “formas” como se ejercerán las facultades coercitivas, pues estas han sido delegadas. Lo que importa es el resultado, no necesariamente monetario.

2) Desde la perspectiva del Deudor:

- Podemos centrar la posición del consumidor como un deudor privilegiado, no porque se le otorgue el beneficio de no pagar lo debido, sino, más bien, que los deberes de protección que el Estado tiene para con él cubren todos los momentos

- de la relación, incluso le es posible cuestionar la génesis misma de la relación jurídica de consumo, por más que los plazos para pagar se encuentren vencidos.
- Consideramos muy posible que los consumidores asuman una posición en la que abusen de sus derechos. El sistema no contempla los casos patológicos de consumidores que incumple intencionalmente sus prestaciones sustentándose en supuestas inidoneidades del servicio o producto contratado.
 - Otras veces, el consumidor o usuario está convencido de la poca obligatoriedad de los contratos. Es decir, en contra del sentido común y de la naturaleza de los contratos, estiman, desde un particular punto de vista, que el no uso del servicio o el bien genera a su favor el derecho a no pagar por él. Se dan casos, sobre todo en los servicios educativos que brindan ciertas instituciones, que los alumnos asumen que están contratando un servicio mensual y en la medida que no asisten no se habría generado una obligación a pagar. Olvidan lo pactado, reestructurándola en la medida que le convenga. Recurren a una estrategia muy simple, llevar la negociación al extremo, manteniéndose a la expectativa de las acciones del acreedor, asumiendo que el paso del tiempo sin reclamo equivale a condonación de la deuda.
 - Los consumidores y usuarios se resisten a otorgar garantías especiales por los servicios o bienes que adquieren o usan. En los casos de adquisición de bienes, debilitan la posición del acreedor si ante el incumplimiento se niegan a negociar la devolución del bien. La adquisición de servicios es más complicada, toda vez que los servicios se agotan directamente con su uso o en la medida de que estén a su disposición.
 - En la posición de deudor, el consumidor y/o usuario responde con su patrimonio por el incumplimiento. Sin embargo, por el tipo de adquisiciones frecuentes en el mercado lo más probable es que tal patrimonio jamás esté en riesgo. Los costos de transacción, en su modalidad de ejecutar lo pactado, son demasiados alto calculados de manera individual.

El esquema obligacional aplicable a los casos de consumidores y usuarios, derivado en la ejecución de la pretensión de cobro, coercitivamente, por sí mismo, estructuralmente beneficia al deudor incumplido, postergando ilimitadamente los plazos para el pago, facilitando recursos en fraude de los acreedores. Sin embargo, queremos establecer si los deberes de protección, en su conexión constitucional-privatística, por los cuales debe primar los principios de defensa de la dignidad, libertad y justicia, puede resultar excesivos, limitando o restringiendo indebidamente los Derechos Fundamentales de los proveedores.

9) El ejercicio por el acreedor de la coerción: El caso de los métodos abusivos de cobranza. Ponderación y contenido esencial.

Veamos el caso de la sanción a los métodos de cobranza calificados de “métodos indebidos”. Como sabemos hace un tiempo se popularizaron, en el medio, ciertos métodos de cobranza que probaban ser eficientes contra los deudores que conservaban su decoro y no habían caído en la desatención patológica de sus prestaciones, deberes y/u obligaciones. Los tristemente célebres “hombrecitos de amarillo” y sus cuestionables métodos de apelar a la denigración e insulto pasivo, con carteles alusivos al deudor, a quien llamaban entre otras cosas “morosos”. A estos, le siguieron muchos otros, como fueron, el pegado de carteles en las puertas, paredes o postes cercanos a la

casa del deudor en cuestión; o, el recurso de las notificaciones judiciales fraudulentas, utilizando símbolos “oficiales” en abierto descrédito de la institucionalidad.

Bueno, todo este cúmulo de experiencias motivó que los deudores accionaran en protección a sus derechos fundamentales que se veían afectados. Y no era necesaria tener la condición de consumidor y usuario para pretender protección frente a estos métodos abusivos de cobranza. Recordemos el caso de la STC 0835-2002-AA/TC donde se resuelve un amparo iniciado en julio de 2000, se trató de una acción incoada por una empresa en contra de los nefastos “Hombrecitos de Color S.A.” y su cliente Telefónica. Lo pretendido versó en lo ya dicho que dejaran de hacer uso de medios de cobranza que denigraban el prestigio comercial de la empresa. Como derechos fundamentales conculcados se citaron: el derecho a la tutela jurisdiccional, defensa, honor y a la buena reputación.

Este caso pone en evidencia la colisión entre derechos fundamentales, pues de una parte está la libertad de empresa, en la medida que tenemos a sujetos que organizaron una persona jurídica dedicada a cobranza de deudas, debidamente inscrita y con todas las autorizaciones y/o licencias del caso. Del otro, igualmente la libertad de empresa de otra organización, quienes se veían perjudicados en su normal desempeño. Al medio, el derecho de Telefónica como acreedor impago, con un contrato con prestaciones pendientes de cumplirse.

El resultado del caso llama la atención, pues considera en el Fundamento 5 que,

“(…) está demostrado en autos, mediante las cartas de requerimiento notariales, que la empresa Hombrecitos de Color S.A. amenaza los derechos a la buena reputación y a la imagen de la empresa, que han sido reconocidos como derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional para las personas jurídicas, en la sentencia N° 0905-2001-AA/TC, al pretender poner en conocimiento de las principales centrales de riesgo su situación si es que no cancela la deuda pendiente, para así imposibilitarle el acceso a créditos en el sistema financiero y comercial en el ámbito nacional, lo cual ocasionaría que la demandante no cumpla sus fines sociales.”

En el juicio de valor realizado por el Tribunal primó la defensa de los Derechos Fundamentales supuestamente afectados del deudor; sin embargo, queda la duda si lo que al final estaba haciendo el Tribunal era lanzar el mensaje a todos los acreedores que se abstengan de continuar con lo que en aquél entonces era práctica común, el “cobrar a toda costa”.

Nos inclinamos a pensar por este aspecto, puesto que la sentencia no aporta más acerca de las razones por las que en la ponderación de derechos primaron los del demandante, cuando en el papel eran los mismos.

A nivel del Congreso la reacción no se dejó esperar, por efecto rebote se proyectó lo que sería finalmente la Ley 27598, recordemos que tal Ley se promulga a insistencia del Congreso puesto que el Ejecutivo observó la autógrafa al considerarla excesivamente protectora del deudor moroso.

Dicha Ley incorpora los artículos 24-A y 24-B a la Ley de Protección a los Consumidores, mediante los cuales queda precisado lo siguiente:

Artículo 24°-A.- El proveedor o prestador debe utilizar los procedimientos de cobranza previstos en las leyes.

Se prohíbe el uso de métodos de cobranza que afecten la buena reputación del consumidor, que atenten contra la privacidad de su hogar, que afecten sus actividades laborales o su imagen ante terceros.

Artículo 24°-B.- Para efectos de la aplicación del segundo párrafo del Artículo 24°-A, se prohíbe:

(a) Envío al deudor o su garante de documentos que aparenten ser notificaciones o escritos judiciales.

(b) Envío de comunicaciones o llamadas a terceros ajenos a la obligación, informando sobre la morosidad del consumidor.

(c) Visitas o llamadas telefónicas en días sábados, domingos o feriados, o en horas nocturnas.

(d) Carteles o notificaciones en locales diferentes al domicilio del deudor o del garante.

(e) Ubicar personas disfrazadas o con carteles alusivos a la deuda, o con vestimenta inusual en las inmediaciones del domicilio o del centro de trabajo del deudor.

(f) Difundir a través de medios de comunicación nóminas de deudores y requerimientos de pago, sin orden judicial.

No se comprende en esta prohibición la información que proporcionan las Centrales Privadas de Información de Riesgos que están reguladas por ley especial, ni la información que por normatividad legal proporcione el Estado.

(g) Cualquier otra modalidad análoga que esté comprendida en el artículo anterior y sea considerada como infracción por INDECOPI.

También es pertinente hacer mención que en el mismo Congreso hubieron Proyectos de Ley, como el 6132/2002-CR presentado el 25 de marzo de 2003 que buscaron su derogatoria alegando que la justicia social argumentada en su momento a favor de los deudores, no era tal, que lo que se había conseguido era dificultar la cobranza de los créditos, elevando las tasas de interés, perjudicando más a los buenos deudores. Además, dijeron, el hecho de que existan acreedores que abusan con sus métodos de cobranza no ameritaba una norma especial, puesto que siempre se pudo recurrir a la justicia ordinaria (y constitucional si se agraviaban derechos fundamentales). Por último, que lejos de promover la conducta responsable de los consumidores promueve la “cultura del no pago”, premiando al moroso.

Este proyecto mereció la opinión de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi⁽⁵⁴³⁾. Dicha Gerencia consideró que no debía derogarse la norma, entre las razones que argumenta están:

- (i) Si bien es cierto que en una relación de crédito, el contratante que cumple con su prestación está en posición de desventaja frente al su contraparte que cumplirá después, toda vez que podrían devenir una serie de factores propios o ajenos que determinen su incumplimiento. La existencia de mecanismos que eviten el incumplimiento evitaría la reducción de la oferta de crédito. Mecanismos de tutela que, sostienen, existen.

⁵⁴³. Informe 036-2003/GE, medio electrónico: <http://www.bvindecopi.gob.pe/inftec/2003/i03036.pdf>. Última consulta: 24.06.2009 1:55 PM.

- (ii) Que, corresponde al acreedor ser diligente, contratando con quien no suponga un alto riesgo de incumplimiento. Basando su decisión en la confianza o en garantías reales o personales.
- (iii) La finalidad de la Ley 27598 tiene por finalidad evitar que los acreedores recurran a métodos de cobranza basados en la presión moral y social. Los cuales reconoce potencialmente efectivos. De manera que aquellos medios que si esté autorizado a utilizar sean los que ordenamiento prevé, sin exceder del patrimonio del deudor para trasladarse al ámbito personal.
- (iv) No puede ignorarse que los medios legales significan más costos de transacción que remedios eficientes. Pudiendo resultar excesiva la prohibición establecida en el artículo 24-B, en tanto que el acreedor no pueda llamar o visitar al deudor sábados, domingos y feriados, debiendo esperar al primer día hábil para intimar en mora al deudor, lo cual sería excesivo

En principio, nada puede cuestionarse acerca de que corresponde a la acción protectoria del Estado fijar límites a los excesos en que pudieran incurrir los proveedores al momento de ejercer sus facultades coercitivas. Sobre todo, en los casos en que se atenta contra la dignidad de la persona, su buena reputación, la tranquilidad de su hogar, su imagen laboral o aquella que pudiera tener frente a terceros. Por más exigibilidad de una deuda, no son formas de cobranza atentar contra la persona, su familia o denigrarlo frente a sus demás compañeros de trabajo, además que dentro de una sociedad consumista deber no es necesariamente una mala imagen.

Lo planteado se ajusta al contenido constitucionalmente protegido de los Derechos de Consumidores y Usuarios, aunque bien puede discutirse algunos supuestos que se irán enriqueciendo con la casuística. Para nosotros, la muestra del exceso regulatorio está dada en el D.S. 011-2003-PCM, reglamento de la Ley 27598, con incidencia en su artículo 10°, el cual citamos textualmente:

Artículo 10°.- Obligación de citar base legal en requerimientos de pago que hagan mención a futuros embargos

En los requerimientos de pago dirigidos al deudor o a su garante en los que los proveedores hagan mención a la posibilidad futura de embargos o retiros de bienes a verificarse en el domicilio particular o laboral del deudor o su garante, se debe indicar expresamente la norma legal aplicable.

En buena cuenta dicha norma está ordenando al acreedor que se abstenga de mencionar las palabras “embargo” y “retiros de bienes”, si antes o después en el mismo documento da cuenta exacta de la base legal que le permitiría llevar a cabo tales acciones.

Opinamos que se trata de un absurdo, cuál es la necesidad practica de tal regla y en qué medida afecta los derechos de consumidores y usuarios. Que se sepa el contenido de las normas se presume es de alcance general, no siendo de dominio usual manejar el dato exacto del artículo, Ley, Reglamento, Texto Único, código, etc., en donde pudiere encontrarse. Muchas veces asumimos su existencia, otras tenemos una noción más o menos clara. Sin embargo, en asuntos de falta de pago de las deudas no habrá peruano que no haya escuchado que ante la omisión el peligro es el embargo, pero de ahí que al redactar la carta se tenga que citar (indicar) “expresamente la norma legal aplicable” es un exceso.

Probablemente, en la psiquis del reglamentador estaba la imagen del Departamento Legal de la empresa proveedora discutiendo el tenor de la carta a ser enviada masivamente a los clientes morosos.

Es un costo de transacción innecesario, pues si con ello se quería desterrar la absurda práctica de colocar en las cartas de requerimientos falsos sellos oficiales aparentando el probable origen judicial del documento; se han excedido. Bastaba con el texto del literal a) del artículo 24-B.

La única consecuencia posible de este exceso es que en el caso concreto todo quede enteramente librado a la discrecionalidad del Indecopi. Como podrá apreciarse de los dos casos que se citan a continuación.

- (i) El primero, fue el Expediente 2119-2006-CPC, resuelto por la Comisión conforme a la Resolución Final 615-2007-CPC, donde entre otras pretensiones se denuncia el uso de métodos abusivos de cobranza por parte de un banco. La comisión sometió a evaluación la carta enviada por la empresa de cobranzas contratada por el banco, la cual contenía el siguiente párrafo:

“(…)

Por medio de la presente, le comunicamos que usted registra un crédito hipotecario con Scotiabank Perú, cuyo saldo deudor en relación con sus cuotas vencidas asciende a US\$ 3 166.89.

Le agradeceremos se sirva regularizar su situación en un plazo máximo de 48 horas de recibida la presente. De lo contrario el Banco tomará las medidas que estime convenientes con la finalidad de recuperar la totalidad de su acreencia.

*Mucho agradeceremos se acerque a cualquiera de nuestras oficinas del Banco a fin de realizar el pago solicitado; en caso de refinanciamiento u otra alternativa de solución, lo invitamos a nuestra oficina (...), con el fin de encontrar la mejor alternativa para el pago de sus obligaciones.
(...)”*

En opinión de la Comisión “*el contenido de dicha carta no constituye un aviso intimidatorio ni amenazante sino más bien informativo respecto de las eventuales acciones posteriores a realizarse en caso que no se efectúe el pago adeudado o no se arribe a una alternativa de solución.*”

- (ii) El segundo, el Expediente 2071-2006/CPC sobre el cual recayó la Resolución final 640-2007/CPC, de manera similar se sometió a evaluación un documento de requerimiento de pago, cuyo texto era:

1. REQUERIMIENTO DE PAGO

(...) POR LO ANTERIOR, EN CASO DE NO RECIBIR UNA RESPUESTA FAVORABLE DE SU PARTE HOY MISMO (PAGO), NOS PRESENTAREMOS EL DÍA DE MAÑANA A RECOGER LAS GARANTÍAS PRENDARIAS.(...)

A diferencia del caso anterior, “la Comisión consideró que este requerimiento no cumplía con lo ordenado por el artículo 10 del Reglamento de la Ley 27598⁵⁴⁴), al no consignar la base legal que los autorizaría a retirar los bienes prendados. Ergo, la carta sería un método afectado de ilegalidad, siendo calificado de intimidatorio, esto es abusivo. Razón para declarar fundado este extremo de la denuncia.”

Tal parece que los comportamientos humanos y empresariales se darían en contexto de laboratorio, pues se ignora cual habrían sido las circunstancias dentro de las cuales fue remitido dicho requerimiento, que por lo demás, su propia denominación es indicativo del momento de la cobranza en la que se encontraban. Es imposible otorgar un plazo tan perentorio de un día a quien da muestra de interés en negociar o solucionar el problema, es muy probable que este requerimiento haya sido el último intento antes de ingresar en la penuria de los procedimientos legales.

No creemos que haya sido desproporcionado e irracional que el acreedor señale al deudor que “el día de mañana” el acreedor se presentará a recoger las garantías prendarias, cuando ello no sucedió en el caso concreto y que, por lo demás conforme a la Ley 28677 (Ley de Garantías Mobiliarias) no es un supuesto ilegal, pues la toma de posesión directa en la forma como accede a los bienes el acreedor garantizado, como lo establece el artículo 51 de la mencionada ley.

Si al enviar una carta de requerimiento el acreedor corre el riesgo de ser sancionados, el mensaje es claro. O se abstiene de expresar su indignación por la falta de cooperación de su deudor, quien no ratificó la confianza entregada; o invierte en una asesoría previa que le anticipe si del texto de la carta pudiere derivarse una calificación de “método”, además abusivo o amenazante. Tan amenazante es decir que “mañana pasaré a recoger la garantía” que “si no se acerca a pagar tomaremos las medidas que estimemos convenientes.”

Estamos ante una seria confusión. De un lado, se le da consistencia a la Ley 27598, puesto que si el propósito era desterrar prácticas lindantes con la difamación, injuria, etc., bienvenida; pero, a renglón seguido se le desconoce a la coerción su atributo más característico, cual es la contundencia del reclamo. Puede reclamarse agresivamente mientras se mantenga en los parámetros del respecto a la dignidad, el honor y buena reputación del sujeto. Aunque, es bien conocido que esto último en muchos casos deja de ser un valor para muchos deudores.

Nada nos salva de que, en algún momento de nuestro historial crediticio se nos constituya en mora, pero se nos ha entregado un arma poderosa para que se sancione a la empresa, nada más, pues de la deuda no nos salvamos por esta circunstancia.

Aquél es, en buena cuenta, el razonamiento tipo utilizado por el Indecopi como parte del despliegue de protección a los derechos del consumidor, lo cual, bien puede verse, es la consecuencia de un silogismo lógico, de una simpleza amparada por el texto legal.

⁵⁴⁴. “Artículo 10.- Obligación de citar base legal en requerimientos de pago que hagan mención a futuros embargos En los requerimientos de pagos dirigidos al deudor o a su garante en los que los proveedores hagan mención a la posibilidad futura de embargos o retiros de bienes a verificarse en el domicilio particular o laboral del deudor o su garante, se debe indicar expresamente la norma legal aplicable”.

Es así que, si el proveedor omite consignar la norma específica que ampara la medida coercitiva que planea utilizar, corre el riesgo –cierto- de ser sancionado. En lo particular, opinamos que se trata de un exceso en la regulación. Donde se ha pasado de una situación excesivamente liberal (caso de los “hombrecitos de amarillo”) al examen riguroso que más estaría del lado del “formalismo legalista”, que dista del rol interventor reconocido al Estado.

No se trata de avalar los excesos que sin duda se han cometido en la cobranza de las deudas, pero hasta que punto una regulación de esta naturaleza está cumpliendo o no con los principios del constitucionalismo económico que citamos anteriormente, además, que tanto estaríamos frente a un supuesto de conflicto o confrontación de derechos fundamentales económicos. Donde de una parte, se tiene los derechos a la libre contratación y empresa, del otro, los derechos de los consumidores y usuarios.

Si lo comparamos con los conceptos vertidos en este trabajo, apreciaremos que desde el plano del conflicto con el Derecho a la Libre empresa: Es cuestionable que se le pone freno a lo que es un derecho subjetivo del acreedor, que en su calidad de proveedor tiene derecho a participar libremente en el mercado, sujetándose al respeto de todos los demás derechos fundamentales. Pero, queda su derecho a cobro mediatizado por la acción del Indecopi, pues su método puede ser calificado fácilmente de indebido. Su garantía estará dada por incrementar sus costos, elaborando una serie de formatos que no solo contengan palabras totalmente asépticas, que eviten cualquier referencia al deudor, su familia o trabajo, sino que se le obliga a contratar algún especialista que luego de analizar las normas y sus implicancias le sugiera el texto final.

Nos parece que el contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos de los consumidores y usuarios no se ven afectados porque el acreedor remita comunicaciones exigiendo el cumplimiento, advirtiendo las posibles consecuencias ante la negativa del deudor. Siendo accesoria a la advertencia el que se establezca o no con precisión la norma que así lo autoriza. Equivoca la norma el sentido de la protección, pues esta si debe desplegarse frente a una amenaza cierta que ponga en peligro la integridad personal del sujeto deudor, o se extienda a su patrimonio bajo el pretexto de cobrar. Pero que, bajo el amparo del texto legal se extiendan los supuestos de métodos abusivos es peligroso, siendo un claro caso de restricción inconstitucional al derecho de libre empresa, con implicancias en la libre contratación puesto que quien contrata debe advertir que llegado el momento, debe preocuparse por agrega costos a la operación, debiendo trasladárselos al cliente al inicio del contrato cuando el clima de la negociación es de lo mejor.

Piénsese, entonces, qué sucede a nivel de proveedores de bienes y servicios a escala muy focalizada, como puede ser la “tienda de la esquina”, la vendedora multinivel de productos de belleza, que no cuentan con servicios legales, pues lo consideran un costo innecesario, elitista o que aporta más complicaciones que soluciones. Al respecto, traemos a colación las conclusiones de la reciente encuesta publicada por el Instituto de Opinión Pública de la PUCP, acerca de las “Percepciones sobre la Justicia”, donde es más que notorio que contra el esquema que se vino sosteniendo de la supuesta litigiosidad del peruano, son más los que buscan la solución directa de sus conflictos legales, de no ser posible, acuden a lo que tienen más a la policía y, en tercer lugar, a la conciliación extrajudicial, quizás ayudados (el “pequeño empujón” de THALER y SUNSTEIN) en este última caso, por su malvista obligatoriedad. Es decir, si tuvieran que

elegir, preferirían no tener que pasar por el Poder Judicial, lo cual, si bien no tiene porque identificar a los abogados, es claro que no las tienen todo consigo, pues según estos resultados, a la par que reconocen su utilidad, estarían dispuestos a “arreglárselas solos” antes de consultarles.

Entonces, cuales son las posibilidades reales que quien está en la situación jurídica de acreedor en la ideal relación jurídico-obligacional, disponga de la experiencia necesaria para redactar las cartas adecuadas. Con lo cual, no exponerse a ser calificada su método de cobranza de abusivo o exageradamente coercitivo.

No nos estamos refiriendo a quienes si dispongan de la asesoría adecuada, o que constituyan una empresa satélite de cobranzas, pues si bien pueden constituir costos de transacción para los proveedores, son externalidades que se asumen por el volumen de cobranza que manejan, cientos de expedientes en giro a la vez donde los métodos de cobro se encuentran al límite, de los cuales un mínimo porcentaje termina en reclamaciones ante Indecopi. Donde, en el supuesto de concluir todas desfavorablemente para ellos, tienen en “recurso” inmediato del contencioso-administrativo, asegurándose en lo inmediato que patrimonialmente no sufrirán daño alguno. Mientras tanto, aturden a sus clientes-deudores con cartas y más cartas de amenaza.

Contra esto, tendremos que los efectos para un pequeño comerciante de padecer los efectos de una multa por calificarse su método de cobranza como abuso, puede ser determinante. En principio, porque su acceso a una adecuada defensa es improbable, con ello su estrategia a lo largo de todo el proceso será lamentable, con grandes posibilidades de terminar si hacer uso del contencioso-administrativo, cuyo planteamiento exige conocimientos legales adicionales, a los que quizá no tenga acceso. En segundo lugar, porque a lo mejor, se vio en la urgencia de transmitir en sus cartas sus sensaciones o percepciones sobre la persona de su deudor, habiendo llegado a extremos de confundir la persona con la deuda. Probablemente, en todo momento estaba consciente de que nada iba a obtener de este deudor, pero, por lo menos sentía la necesidad de decir. Ello, por supuesto, debía ser materia de un fuero distinto no de una carta de cobranza. Si lo hizo y su deudor lo denuncia, no sólo no cobrará si no que puede ser multado.

Las normas sobre protección al consumidor adolecen del sesgo que supone la tutela estatal orienta a defenderlos frente a los abusos de posiciones de dominio, falta de información suficiente, asimetría, etc. Sin embargo, en casos como las cobranzas derivadas de las relaciones de consumo, termina otorgándoles una posición jurídica que puede prestarse a la coerción y, eventualmente, a mejorar una supuesta desventaja, presionando a su acreedor amenazándolo con denunciarlo sino mejora las condiciones de cobro de la deuda.

Queda claro que, el derecho objetivo al implementar los derechos subjetivos, estableciendo facultades, poderes; consecuentes deberes, sujeciones y demás. Asume una postura aséptica, idealizado sobre lo que debería ser una civilizada relación jurídico-obligacional, donde el uso del poder de coerción esté limitado al máximo. Es decir, se debe desterrar para siempre cualquier reminiscencia de la *manus iniectio* romana. Ahora se trata, no sólo de que todos los cobros se canalicen por la legalidad de la conciliación extrajudicial y de los procesos judiciales; si no que cualquier síntoma de

amenaza contenida en una carta es un ataque al núcleo duro de los derechos constitucionales. Por tanto, inadmisibles.

Sin embargo, para el derecho objetivo los excesos normativos que pueden derivar de este tipo de regulaciones, deja de lado la espontaneidad de los sujetos; que, si bien pueden dar origen a extremos como los “hombres de amarillo”, impide el manejo de la creatividad en el uso de la coerción. No puede apoyarse los abusos, bajo ningún concepto, pero de ahí a que no citar artículos de un código que no todos están en la obligación de conocer, lo que además se presume (pues no se admite la ignorancia de la Ley), es ciertamente excesivo.

Además, valdría preguntarse cuantas deudas dejan de ser cobradas por el horror al proceso judicial, donde se conoce cuando inicia el caso, no su fecha de término. Siguiéndose un camino lleno de referencias a la corrupción más vil. Con lo cual, estamos frente a una variable más. La muy probable situación de un acreedor que luego de agotado el recurso de las cartas (incluso, notarial) decide no judicializar su caso.

Hay un aspecto más en el orden de la eficacia. Pues el deudor que se siente afectado en sus derechos constitucionales por un método de cobranza a ser calificado de abusivo, no dejará de ser deudor y, por ende, obligado al pago. Tan solo conseguirá que su acreedor sea multado, pues, en sede administrativa no puede aspirar a ser indemnizado. De manera que, habría que preguntarse si ello fue lo realmente querido por el sujeto. Probablemente, detrás de esto subrepticamente se haya otorgado al sujeto un medio legal de vengarse.

Con ello no queremos sino decir que, al margen de los ingresos que sugieren las multas para Indecopi y las asociaciones de consumidores, debería contemplarse una mayor racionalidad a las normas sobre la materia, evitando, en lo posible, que la calificación de estos métodos sea excesivamente subjetiva. El sistema legal busca ser eficiente, lo cual implica no desalentar la cobranza de las deudas, sino todo lo contrario, que el mensaje final para el consumidor sea que, al margen de la subjetividad se parta del cumplimiento de los plazos, honrar las deudas, evitando el facilismo de calificar de abusivo el ejercicio regular de los derechos de acreedor.

Es derecho de los consumidores y usuarios atacar de ilegal una cobranza que no se hubiere limitado al respecto de los parámetros de la ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, no incluye la posibilidad de transigir acerca de sus efectos, toda vez que la coercibilidad es una cuestión legal, no dependiendo de la intensidad de la cobranza.

Veamos el asunto desde la perspectiva de la asignación de titularidades. Si partimos de la posibilidad de asignar a los consumidores y usuarios la titularidad sobre el ejercicio de la coerción no distribuye económicamente riqueza, puesto que no es posible negociar tal ejercicio. La coerción es necesaria para la existencia del derecho subjetivo de crédito, en tal sentido, corresponderá, más bien, al acreedor su titularidad (regla de propiedad), pero en su ejercicio viene impuesta una carga. Sin embargo, no estamos frente a una titularidad cuyo poseedor (a quien le fue otorgada inicialmente, en este caso el acreedor) pueda vender. Pero, si la asignación se diera en función de la regla de responsabilidad, en la medida que, en efecto, son los consumidores y usuarios quienes cuenta con la titularidad en cuanto al grado de coerción que podrá ser ejercitada por los acreedores, vía protección estatal, puede darse el caso que el acreedor no tendrá

inconveniente en trasgredirla, en la medida que asume los costos derivados de una eventual denuncia (es más asume que un porcentaje mínimo de sus deudores estaría dispuesto a asumir los costos de iniciar una denuncia).

Sin embargo, es más seguro invocar en estos casos la Regla de inalienabilidad de la que tratan CALABRESI y MELAMED, puesto que no se trata de bienes a negociar sino la intervención estatal en procura de eliminar abusos de derecho, vale decir, no hay una expresión cierta, monetaria, de los costos externos pues estos son más bien “costos morales” (⁵⁴⁵)

Es difícil que los proveedores no perciban como renuncia el que los deudores asuman la decisión sobre su coacción, pero esa es la disposición legal. Si se protege al consumidor o usuario frente al abuso del derecho a cobrar, no sería necesaria una disposición legal que así lo diga, pues de manera general está proscrito todo tipo de excesos que suponga conculcar derechos subjetivos constitucionales.

Sin embargo, al considerarse expresamente la casuística en la norma, es que se asume como un derecho subjetivo específico, por ende, convertida en, eventualmente, en situación jurídica, bajo la forma de derecho potestativo, cuyo titular es el consumidor o usuario.

¿Cuánto representa en costos el ejercicio excesivo de la coacción por medio de comunicaciones de cobranza amenazantes con embargos, sin citar la fuente legal? ¿Qué beneficio económico pueden negociar los consumidores o usuarios?

El Teorema de Coase plantea que ahí donde los costos de transacción sean iguales a 0, no importa las soluciones legales, pues las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente (⁵⁴⁶) ¿Cuál sería la solución del mercado si el ejercicio de la coacción fuera un valor negociable? ¿menos coacción? ¿”sensibilizar” la cobranza?

En definitivo es muy poco probable que pueda decirse que en estos supuestos el costo de transacción sea 0, pues el simple hecho de contestar una carta de cobranza que se estima agravante ya generó un costo, ¿cómo medir económicamente la indignación del deudor? Volvemos, entonces, a los costos morales.

En casos como estos el mercado determinará el camino a seguir, impondrá sus sanciones, por lo pronto, el efecto de la indignación sentida será dejar de ser cliente, pero no, dejar de pagar la deuda. Sería un contrasentido que el Derecho de Obligaciones se sustente en el ejercicio de la coacción y que, a la vez, por efecto del sistema ésta pueda terminar siendo de titularidad de la contraparte.

Por ello, no es que se negocie la coacción. El consumidor o usuario es titular del derecho subjetivo a que se le respete en su calidad de tal, donde el correcto ejercicio de la libertad de empresa, de contratación, como pilares del desarrollo del modelo económico, garantice que sus decisiones sean las correctas. Impidiendo que adopte

⁵⁴⁵. Ibid. p. 77.

⁵⁴⁶. Cfr: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ronald Coase y el sistema jurídico. En Derecho y Economía. Lima: Palestra, 2003. p. 102

decisiones de consumo potencialmente riesgosas, que le lleven, luego a incumplir su deber de prestación.

Como bien señala BULLARD, desde un punto de vista que tome en cuenta la eficiencia, pueden darse supuestos en los que el incumplimiento de las prestaciones sea lo apropiado, en lugar de insistir en ejecutarlas ⁽⁵⁴⁷⁾. Es decir, es posible que un consumidor o usuario luego de cerrado el contrato de consumo, pierda el interés en el objeto o servicio adquirido y, decida devolverlo o cesarlo.

Una situación de este tipo no tiene porque ser aceptada por el proveedor. Su posición inicial no sería otra que la de hacer efectiva su acreencia, más allá de estimar o no las razones alegadas por el consumidor o usuario. Sin embargo, la experiencia aconseja que antes de estimar una irreductible defensa de la santidad del contrato celebrado, el “negocio” pasa por analizar el caso concreto, lo cual implica que nos estemos refiriendo a proveedores medianamente organizados que cuenten con personal idóneo que no pierda de perspectiva que está tratando con personas y no sólo con cuentas. De seguro, si ello fuera así el porcentaje de soluciones sería alto.

Un mercado ideal, en el cual las personas tengan derecho a expresar sus intereses económicos, al margen de la existencia de una norma que así lo mande, tendrá asegurado el éxito en las transacciones, puesto que su eficiencia resulta no del cierre de la venta, sino de la satisfacción del cliente mientras dure el servicio, o el bien adquirido sea destinado a su uso natural. Para esto no se necesita una norma que organice el ejercicio de la coerción en la cobranza.

Más que sancionar asumiendo el exceso de coerción como una práctica ilícita habría que preguntar al sistema jurídico si las medidas legales han demostrado su eficiencia al momento de hacer efectivo el crédito. No olvidemos que el mercado exige a la par de libertades que están tengan la posibilidad de ser respetadas por todos. Puesto que, en la medida que la eficacia de los derechos fundamentales se irradia a públicos y privados, la preocupación, en los casos de derechos de crédito o personales es cuán efectivas son las acciones. Los romanos en esto también fueron sabios, pues tuvieron claro que los derechos subjetivos (en su equivalente de *ius* como aspiración de justicia) sólo podía tener asidero en la realidad si iban de la mano de una acción, para lo cual hubo de tener formado un sistema de justicia que, garantice su acceso; pasando de las rituales, mágico-religiosas y solemnes acciones de la ley, al procedimiento formulario, para terminar en la *cognitio extra ordinem*. En todas, salvando las características particulares que cada cual mantuvo, el propósito no era otro que posibilitar a la persona (ciudadano o peregrino) que encuentre la solución a un conflicto, sean estos por cuestiones sobre cosas (*in rem*) o problemas de ejecución de deudas (*in personam*). Además, bien sabían los romanos que el hombre siempre ha tenido la tendencia a la rebeldía, pues había que llegar a extremos para la ejecución, la cual, como se sabe, pasó de la aprehensión corporal a la responsabilidad con los bienes. Siendo, ésta última, clara muestra de una fase superior, donde la palabra dada y el resultado obtenido debían recibir la “pequeña” ayuda de la coerción organizada desde el Estado (o la organización política, cualquiera que fuera la denominación que reciba).

⁵⁴⁷. Cfr: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente. En: Derecho y Economía. Lima: Palestra, 2003. pp. 225 y s

Vistas las cosas así, cuánto hace el Estado para atenuar el padecimiento por el que debe pasar el proveedor promedio (no el que tiene organizado un departamento de cobranzas) si quiere ver efectivamente cobrado su crédito. Se modifican normas, se crean juzgados especializados cuya eficiencia dura muy poco, se incorporan nuevos magistrados, pero la percepción es exactamente la misma. Frente a esto, siendo lo extrajudicial la única salida viable, la ponderación en el manejo de los conflictos entre derechos fundamentales exige mayores precisiones.

Recurrir a métodos de cobranza deleznable es patológico, desesperado, hasta, diríamos, tinterillezco; completamente fuera del contexto del mercado; sin embargo, la norma no impide que haya proveedores que recurran a estos métodos. Es el mercado el que debe luchar por desterrarlos, siendo, igualmente, criticable que se les pretenda combatir apelando al fácil recurso del positivismo legalista.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El Derecho es dinámico, son razones para actuar, argumentos para la toma de las mejores decisiones posibles. El Derecho Objetivo (o sistema normativo) expresa orden y coacción, traduciéndose en el sacrificio que realiza el ser humano en pro de la convivencia pacífica. Los individuos son libres para elegir, debiendo evitarse el individualismo egoísta, que procura el beneficio de unos pocos, a costa del resto. La racionalidad muchas veces, termina siendo un criterio o juicio individualista, contradictorio, donde lo que cada uno asume como racional, debería ser impuesto al resto de la colectividad; no se admiten las diferencias, pues estas son consideradas irracionales.

SEGUNDO: Los supuestos fácticos del Derecho Objetivo están necesariamente referidos a situaciones jurídicas subjetivas, La realización de tales comportamientos debe ser viable; para ello el ordenamiento despliega una serie de mecanismos de tutela, que requieren, primordialmente, de la cooperación, producto del contacto intersubjetivo. Además del derecho subjetivo se encuentran una serie de posibles situaciones en las que puede ubicarse el sujeto, como son el deber, la sujeción, las cargas, los poderes y facultades.

TERCERO: Los deberes obligacionales se asumen como compromisos que necesariamente habrá que cumplir, pasando del original constreñimiento justiniano, de sometimiento del deudor al acreedor, transformado en la ligazón patrimonial no personal; que pasó a la más actual consideración de deberes de cooperación, para graficar el suceso que sustenta la relación jurídico-obligatoria, donde si bien no deja de ser autolimitativa de la voluntad del sujeto pasivo (pues el sujeto se fija límites en pro de los intereses del otro sujeto, colocado en una situación de ventaja) expresa la coincidencia de intereses económicos (fundamentalmente); el encuentro de las partes dentro del marco de un mercado propicio para la interrelación, las transacciones, el intercambio patrimonial.

CUARTO: La cooperación a la que sirven las obligaciones se sustenta en las carencias o necesidades del sujeto que requieren ser satisfechas; pues el sujeto consciente de lo limitado de los bienes con relación a las necesidades, termina por incorporarse en un entorno que debería ser propicio para el intercambio, el mercado; lugar donde tal cooperación encontraría su máxima expresión.

QUINTO: Pero, se trata de una cooperación obligacional que responde a sus antecedentes de fuerza y coerción, pues sin ella el derecho subjetivo no pasaría de ser una mera declaración de buenas intenciones. No queda duda del valor de las obligaciones en el mundo jurídico y económico, tanto en su rol de instrumento de análisis abstracto de diferentes situaciones que se presentan en el mundo, como de

explicación del fenómeno económico del intercambio dentro del mercado. A nivel general, entonces, al margen de una relación jurídica específica la obligación demuestra su funcionalidad como medio que permite realizar adecuadamente la cooperación.

SEXTO: La Constitución Económica admite por igual manifestaciones neoliberales como intervencionistas, puesto que lo que verdaderamente importante es el resultado, el cual no podría ser otro que el logro del bienestar general. El Constitucionalismo Económico exige el respeto de una serie de principios considerados necesarios; como son el ejercicio de la libre iniciativa (y su expresión de libre empresa como Derecho Fundamental) o el de la intervención subsidiaria, solidaria y reguladora de los comportamientos empresariales privados, que realice el Estado.

SEPTIMO: El que algunos Derechos Subjetivos alcancen la calidad de fundamentales no excluye las colisiones o confrontaciones que puede darse entre ellos. Para salvarlas el procedimiento previsto es la ponderación, mecanismo que determina la final validez del intervencionismo estatal en materia de Derechos Fundamentales. Las colisiones pueden darse también en las relaciones jurídicas autónomicamente privadas. El derecho fundamental que primará siempre es de la dignidad del ser humano, de manera que cualquier ejercicio que implique faltar a su respeto debe ser dejado de lado. Ello implica que, en las relaciones jurídico-obligacionales cualquier situación que afecte la dignidad lleva implícita un atentado a la cooperación que le es propia.

OCTAVO: El contenido esencial de los Derechos Fundamentales de los Consumidores y Usuarios está formado por el deber especial de protección impuesto al Estado, el cual tiene como base la situación de vulnerabilidad o desventaja que acompaña la actuación de estos sujetos en el mercado. Tal desventaja no necesariamente implica debilidad; consideramos que ello está más relacionado con la racionalidad limitada del sujeto para deliberar adecuadamente en sus elecciones.

NOVENO: El Estado tiene un rol complejo que cumplir, pues de una parte deben protegerlo de sus propias decisiones potencialmente erradas y desinformadas; del otro, generar en ellos las mejores decisiones, a través de posibilitarle espacios de reflexión previos a la toma de decisión; como la imposición a los proveedores de obligaciones frente a los consumidores y usuarios, las cuales son limitantes de la libertad de empresa; sancionándose las prácticas que no respondan al respeto de la corrección del mercado, por no favorecer la libertad de decisión reconocida a los consumidores y usuarios.

DÉCIMO: La definición del consumidor o usuario, en función a su diligencia es confusa. La diligencia es una categoría del derecho de obligaciones que sirve de parámetro al cumplimiento de las prestaciones, vale decir, la medida que permitirá descartar en los supuestos de inejecución de obligaciones, la responsabilidad del deudor. A éste, sería imputable tal incumplimiento en tanto no ha desplegado los comportamientos debidos, de manera que, finalmente la conducta de cooperación no llega a realizarse.

UNDÉCIMO: La función que se le otorga a la diligencia en la definición termina por

servir de mecanismo de exclusión de la protección especial, pues únicamente accederá a ella cuando el sujeto (de la relación jurídica de consumo) haya tenido el cuidado de observar todas o la gran parte de las implicancias posibles de su actuación, lo cual lleva a decir que solo será considerado consumidor el sujeto que al adquirir bienes o servicios, ha actuado con plena racionalidad. Ello implica que la función de cooperación encuentra una especie de barrera de acceso o entrada, asumiéndose que solo habrá cooperación cuando se opere explorando todas las posibilidades. Ello es irreal, puesto que tratándose de múltiples posibles estados de necesidad e interés en los que se encuentre el consumidor o usuario, puede darse el caso en que sea absurdo llevar adelante un exhaustivo análisis, por el solo hecho de que no lo amerite el costo y el beneficio final resultante de dicho cálculo.

DÉCIMO SEGUNDO: Se trata de una definición falaz, desde el punto de vista de su planteamiento, al margen de sus problemas prácticos, pues si lo pretendido por el legislador es asimilar diligencia con racionalidad, ello debió plantearse directamente, y así adscribirse a la corriente que asume que el sujeto es lo suficientemente capaz para informarse debidamente acerca de todo lo que concierne al bien o servicio adquirido.

DÉCIMO TERCERO: Contra tal afirmación, pensamos que lo más probable es que existan muy pocos sujetos que puedan asumirse como plenamente racionales y, por ende, subsuman sus conductas en la categoría de consumidor. La realidad determina que lo que usualmente ocurre es que las decisiones se adopten en base a conductas aprendidas, valores, prejuicios y demás situaciones que limitan la racionalidad entendiéndose por tal, lógica carente de emociones; otras veces, el consumo se produce compulsivamente o son evidencia de la aversión al riesgo, que moviliza al ser humano. Además de que nuestros comportamientos de consumo son motivados exógenamente a través de la publicidad masiva, que más tiene que ver con conductas condicionadas que con decisiones meditadas, debidamente informadas, que es el patrón usado en la definición del consumidor como racional. Lo manifestado no atenta contra la función cooperadora reconocida a las obligaciones. Al contrario, la cooperación facilitaría el hecho de que en el mercado se encuentren sujetos con habilidades, conocimiento y experiencias diferentes, todos los cuales deberían concurrir si pretender aprovecharse de tales diferencias, colaborando en procura de que las transacciones resulten provechosas para todos los participantes.

DÉCIMO CUARTO: La relación de consumo es compleja. En su interior se gestan junto con los deberes principales de prestación, una serie de deberes accesorios, como los de seguridad y protección, los cuales están vinculados a preservar la integridad personal y de los bienes de los sujetos participantes. Así, desde el punto de vista obligacional se dan los deberes de protección conocidos en doctrina. Con ello, a pesar de la probable confusión terminológica, hay coincidencia de fines entre estos deberes, puesto que aquellos que competen al Estado se despliegan en el marco de las relaciones jurídicas intersubjetivas y terminan siendo similares a los deberes de protección obligacionales.

DÉCIMO QUINTO: En la medida que los deberes de protección correspondan al desarrollo del contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido de los derechos de consumidores y usuarios, no habría posibilidad de excesos

intervencionistas del Estado en las relaciones privadas; por tanto, si el Estado decide que conviene a los intereses protegidos del correcto desenvolvimiento de las relaciones de consumo que los métodos de cobranza se ciñan a pautas determinadas, a través de las cuales se evite el abuso del derecho a la coerción, no habría mayores complicaciones, al contrario, estaríamos frente al cumplimiento por el Estado de su deber especial de protección a favor de consumidores y usuarios.

DÉCIMO SEXTO: En última instancia los deberes de protección desplegados por el Estado en el marco de una relación específica como es la de consumidor/usuario – proveedor tienen expresión concreta en los casos de posible colisión, sea por los abusos que pudieran derivar de una posición de dominio, el manejo de información privilegiada y otros; incluso cuando los métodos de cobranza resultan abusivos, atentando contra el fin colaborador que tiene toda obligación

DÉCIMO SEPTIMO: Sucede en nuestro ordenamiento jurídico que a nivel de una norma reglamentaria vinculada a la protección a consumidores y usuarios frente a los métodos de cobranza calificados de abusivos, pueden verse afectados otros derechos constitucionales, básicamente el de libre empresa, puesto que, si como está ordenado en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 011-2003-PCM, (que reglamenta la Ley 27598), se considera abusivo no consignar la norma expresa que apoya la intimación al pago que puede realizar el acreedor, equiparándose tal omisión a supuestos de amenaza o coerción indebida. Sostenemos que ello es excesivo y claramente intervencionista, puesto que desnaturaliza la protección, ya que si se da tal omisión en nada afecta derechos de los consumidores y usuarios.

DÉCIMO NOVENO: Una norma como la mencionada afecta la eficacia del sistema jurídico al imponer costos de transacción absurdos e innecesarios en contra de los proveedores, quienes o deben abstenerse de enviar cartas y proceder a la cobranza, con las implicancias de costo-beneficio que ello supone; o, contratar asesores que supervisen el contenido de cada carta que sería remitida a los clientes; o, invertir más tiempo en la elaboración de propuestas de cartas, comprobando cuan efectivas son vía ensayo-error.

VIGÉSIMO: En contra de lo sostenido por la norma y replicado por el Indecopi consideramos que no debería ser sancionado, el que se omita mencionar la norma legal que sustenta la intimación al pago, sobre todo cuando ella está referida a las posibles medidas cautelares que eventualmente pueden ser utilizadas de persistir la falta de pago. Hay aquí un exceso legalista del Estado que desvirtúa los objetivos esenciales del sistema de protección.

VIGÉSIMO PRIMERO: El tema exige diferenciar la posible ingerencia que se le atribuya a consumidores y usuarios en el ejercicio de la situación jurídica subjetiva que corresponde a los acreedores, puesto que, teniendo la naturaleza jurídica de deudores, se encuentran sujetos a las consecuencias de su incumplimiento; el envío de estas comunicaciones responde a una situación de incumplimiento con el consiguiente ejercicio regular de un derecho por parte de los acreedores, lo cual no se altera por el hecho de denunciar los excesos cometidos en la cobranza. Sin embargo, de admitir en

forma absoluta una prohibición, el mensaje de la administración pública puede ser errado, en la medida que suponga un aparente empoderamiento de los consumidores y usuarios en cuanto a que ellos decidirían el grado de coerción ejercitable por los acreedores.

VIGÉSIMO SEGUNDO: La coerción no es negociable; a pesar de los límites que puedan darse en pro de la protección a valores superiores que, no son sólo la posición de consumidor y usuario dentro del mercado lo que se busca proteger sino el respeto a la dignidad de la persona; la coerción no cede en lo absoluto como mecanismo de efectividad de los derechos subjetivos, en general, de las diferentes situaciones jurídicas subjetivas. El sistema debe procurar avanzar hacia el respeto a los Derechos Fundamentales, pues estos expresan valores que se asumen como mínimos para que una comunidad se asuma como sociedad de seres humanos.

VIGÉSIMO TERCERO: La existencia de una norma como la aludida, a pesar de sus posibles excesos, no resta el mérito de cooperación que la obligación debe realizar, a cuyo propósito el Estado despliega sus deberes especiales de protección. Una norma como la mencionada debería ser materia de análisis a nivel constitucional, a efectos de que ante la instancia respectiva se evalúe la manera como viene siendo aplicada. Es preciso indicar que normas de este tipo exigen que la administración, ejerza discrecionalidad evaluando proporcionalidad de los efectos de una sanción. Se necesita en sí ponderación, pues son muchas las razones que sustentan su salida del ordenamiento. La principal es que no se contribuye al desarrollo del contenido esencial del derecho del consumidor/usuario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B.. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Las acciones en el Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. Contratos en General*. Tomo I. Lima: Librería Studium, 1986.
- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación (Concepciones de la Argumentación)*. Barcelona: Ariel, 2006.
- AVELLANEDA ROJAS, Julio y SUMAR ALBUJAR, Oscar. *Paradojas en la Regulación: Análisis Económico del Derecho Publicitario*. Tesis para optar la Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho PUCP, Lima 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida de Consumo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BARCHI VELAUCHAGA, Luciano Juan Luis. *La cesión de créditos en el sistema de la transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas*. TESIS para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- BLACKWELL, Roger D., MINIARD, Paul W., ENGEL, James F., *Comportamiento del Consumidor*. México: Thomson Learning, 2002.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¡Firme primero. Lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor.” En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996.

- “Ronald Coase y el Sistema Jurídico”, en Bullard González, Alfredo. Derecho y Sociedad. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2003.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Madrid: Civitas, 2000.
-
- CÁCERES ZAPATA, Rubén. *Instituciones, Derecho y costos de transacción. El análisis económico del derecho en una sociedad no estructurada*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2005.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral*. En Themis 21, 1992.
- CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del Neoconstitucionalismo (Ensayos escogidos)*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Lima: Grijley, 2008.
- CASTRO, Augusto. *El desafío de las diferencias. Reflexiones sobre el Estado moderno en el Perú*. Lima: CEP, UARM, IBC, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Lima: Ara Editores, 2006.
- *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- DABIN, J. *El Derecho Subjetivo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Nociones Preliminares de Derecho Civil*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2006.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección al Consumidor*. En Themis Revista de Derecho, Segunda Época, N° 31, 1995.

- *El contrato en general. Comentarios a la Sección primera del Libro VII del Código Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- DE LEON ARCE, Alicia. “*Derecho de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios).*” Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Pensando Insolentemente: Tres perspectivas académicas sobre el Derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas.* Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.
- DE ZAN, Julio: “*La Ética, los Derechos y la Justicia*”. Uruguay: Konrad Adenauer, 2004.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho.* Barcelona: Editorial Ariel, 1999, primera reimposición.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. Primero.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- DI PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.
- Gayo. *Institutas.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar. *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú.* Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2007
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio.* Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones. Volumen Primero.* Barcelona: Librería Bosch, 1933,
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación).* En: Ius La Revista (Ius et Veritas) Edición N° 35, diciembre 2007
- *Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico.* En Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, Lima, 2000.
- *Teoría General del Derecho Civil (5 ensayos).* Lima: Ara Editores, 2002.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy, LEÓN. Leysser, MORALES HERVIAS, Rómulo, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Grijley, 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Sobre el ámbito de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y los alcances de la*

relación de consumo (o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios). En: Revista del Magíster en Derecho Civil, Vol. 6-7, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

----- *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas, 2006

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*. Lima: Grijley, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37 y ss.

----- *Garantismo Debate sobre el Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

----- *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GAGO PRIALÉ, Horacio. *Sociedad Espontánea y Derecho. Cómo la Teoría Jurídica de Joaquín Costa puede explicar la nueva sociedad urbana y mestiza de Lima*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2000.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *La Constitución y su Dinámica*. Lima: Palestra Editores, 2006.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores, 2008.

HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2009

HAYEK, Friedrich: *Derecho, Legislación y Libertad (Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política)*". Madrid: Unión Editoria, 1985.

HERNANDO NIETO, Eduardo. *Deconstruyendo la legalidad (Ensayos de teoría legal y teoría política)*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2000

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1982

IHERING, Rudolph Von. *La Lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. Perú: *Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. En: Pensamiento Constitucional, año XII, N° 12, 2007.

- *La Libertad de Empresa: Fundamento del Sistema Económico Constitucionalizado*. En: Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004.
- KRONMAN, Anthony T., *Error, Deber de Revelar Información y Derecho de Contratos*. En: Themis Revista de Derecho 49, Lima, 2004.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introducción a la Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado*. TESIS para optar el Grado Académico de DOCTOR EN DERECHO. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *“Tutela específica de los derechos. Necesidades del Derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal.”* Lima: Palestra Editores, 2008
- MARTÍNEZ ZORILLA, David. *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre Derechos Fundamentales, Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores, 2007
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. *La Configuración Jurisprudencia del Constitucionalismo Económico*. En LANDA, César (Coordinador). *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia – Pacífico APEC)*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- MONTOYA CHAVEZ, Victorhugo. *Perfilando el Constitucionalismo Económico*. En *Revista Economía y Derecho, UPC*, Vol. 4, N° 14 (Otoño 2007).
- MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006
- NICOLÒ, Rosario. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. En *Lecture di Diritto Civile raccolte da Guido Lapa e Paolo Zatti*. Cedam – Casa editrice Dottore Antonio Milano, Padova, 1990, en *Tratto da: Istituzioni di Diritto Privato*, Dott. A. Giuffrè Editores, Milano, 1962, pp. 129-148 (Traducción de Carlos

Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias). Materiales del VI PROFA (Programa de Formación de Aspirantes) dictado por la Academia de la Magistratura.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

NÚÑEZ RAMOS, Carlos. *Codificación, Tecnología y Postmodernidad (La muerte de un paradigma)*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho (una concepción de la experiencia jurídica)*. Madrid: Tecnos, 1997.

OKUMURA SUZUKI, Pablo Arturo. *Breves apuntes en torno a las fallas del mercado y del monopolio natural*. En: *Advocatus* 18, 2008.

REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1993.

ROJAS, Ricardo. *El orden jurídico espontáneo* en *Revista Libertas* N° 13, Octubre de 1990, versión electrónica: http://eseade.edu.ar/servicios/Libertas/32_5_Rojas.pdf (revisada el 8.07.2008).

ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, 1998.

RORTY, Richard. *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

Rubio Correa, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

----- *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

TUBAU SALA, Elisabet. Juicio de probabilidad y toma de decisiones. En: *Psicología del Pensamiento*. GABUCIO CEREZO, Fernando (coordinador). Cataluña: Editorial UOC, 2005, pp 195 – 196. Acceso disponible en: http://books.google.com.pe/books?id=oEtpcfqnQ_4C&pg=PA199&dq=kahneman&lr=#PPA195,M1

SAVIANO, Roberto. *Gomorra*. México: Random House Mondadori S.A., 2007

SEUMEREN, Jacco A. van. *El Orden Espontáneo y la Teoría de la Evolución Cultural en Hayek*, versión electrónica:

<http://fce.ufm.edu/Publicaciones/LaissezFaire/15/orden%20espontaneo.pdf>.

- SCHIFFMAN, Leon G. y KANUK, Leslie Lazar. *Comportamiento del Consumidor*. México: Pearson Educación, 2005
- SOLOMON, Michael R., *Comportamiento del Consumidor. Comprar, tener y ser*. México: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1997
- SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana. *La responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Perú: Ara Editores, 2007
- SUNSTEIN, Cass. Análisis Conductual del Derecho. En *Advocatus* N° 9, pp 57-74. Artículo publicado originalmente en *The University of Chicago Law Review*: Fall 1997; pp. 1175-1195. Materiales de Enseñanza del curso Fundamentos del Análisis Económico del Derecho, Semestre 2007-I, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Las funciones de las normas regulativas. En *Isonomia* 17, Octubre 2002, p 43. Artículo publicado con el título “The Functions of Regulatory Statutes” en Sunstein, Cass R-. *Alter the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge MA., 1990. Se ha consultado la versión electrónica siguiente:
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372764235795943200024/isonomia17/isonomia17_03.pdf
- SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. *El Paternalismo Libertario no es un Oximorón*. En *Derecho & Sociedad* N° 27.
- STIGLITZ, Joseph E.. *El malestar en la globalización*. Madrid: Punto de Lectura, 2007
- STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992
- THALER, Richard H., SUNSTEIN Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin Books, 2009
- VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, contrato y sociedad postindustrial*. Lima: Universidad de Lima, 1998
- WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma, 2004
- ZATTI, Paolo. *Las situaciones jurídicas* en Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI, *Lineamenti di Diritto privato*, Nona edizione, CEDAM, Padúa, 2003, pp.71-95. Traducción, con autorización del autor, de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. Disponemos de la versión electrónica entregada como parte de los materiales de

enseñanza del Curso Responsabilidad Civil del profesor Gastón Fernández Cruz dictado durante el Semestre 2005-2.

ZELA VILLEGAS, Aldo. *“La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)”*. Lima: Palestra, 2008

