

LOS ESTÁNDARES DE HOMBRE EN EL DERECHO: ¿QUÉ TAN ALTO DEBEMOS PONER LA VALLA JURÍDICA?

José Francisco Meier* y Diego A. Harman**

El presente trabajo estudia los estándares de hombre como herramienta jurídica para normar las conductas de los individuos. Se limita a estudiar esta herramienta en abstracto, sin analizar una norma en particular, salvo que sea estrictamente necesario para dar algún ejemplo. Nos centraremos entonces en qué son, para qué sirven y cuáles son las características de los estándares de hombre. Es más, advertimos a los lectores que para distinguir totalmente el ámbito teórico del práctico algunos de nuestros ejemplos se basarán en normas ficticias, formuladas arbitrariamente según nuestro interés en sustentar un punto u otro del presente artículo.

1 Los múltiples conceptos de hombre en las diferentes ciencias sociales

En el mundo de la economía, la sociología, la filosofía y el derecho, por señalar algunas de las ciencias sociales, distintos conceptos de hombre se han formulado con el fin de respaldar postulados o nacientes teorías. En algunos casos, inclusive, los conceptos de hombre formulados

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 26 (otoño de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Asociado del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en la especialidad de Derecho Corporativo por la Universidad de Nueva York. Profesor del curso Planeamiento de Negocios de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

** Asociado del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Abogado por la Universidad de Lima. Asistente de los cursos Asignación de Derechos de Propiedad & Garantías y Planeamiento de Negocios de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

han servido como pilares de la misma ciencia y no solo como sustento de una teoría en particular. En el mundo de la economía, por señalar el ejemplo más resaltante, el desarrollo de esta podría no haberse dado sino se hubiese creado un particular concepto de hombre. En efecto, sin el concepto de hombre “maximizador”, sustentado a su vez en el de hombre racional, la economía tal vez no habría podido experimentar la explosión académica que experimentó en los últimos siglos. Inclusive se ha llegado a señalar, en nuestro entender con gran acierto, que el concepto de hombre racional ha servido de sustento de toda la economía neoclásica (cfr. Williams y Chapman 1981: 1).

Estos conceptos de hombre en las distintas ciencias sociales parecen imitar las distintas etapas del hombre natural. Nacen, se desarrollan y mueren. Inclusive los grandes héroes se ven sometidos a este penoso ciclo. El citado hombre racional, por ejemplo, que tanto ayudó a florecer la teoría económica y que era antes casi unánimemente aceptado, ahora es abiertamente cuestionado o negado (cfr. Rose 1957: 394). Así, se señala que el concepto de hombre racional es totalmente irreal, ya que en las decisiones humanas los análisis racionales no existen o por lo menos juegan un papel secundario, basándose el comportamiento de los hombres más en sentimientos y factores de dicha índole que en resultados de análisis lógicos (cfr. Williams y Chapman 1981: 1).

Lo anteriormente señalado, además de tener un evidente ánimo introductorio, nos sirve para adelantar algunos puntos importantes sobre los conceptos de hombre.

En primer lugar, nos permite apreciar su diversidad, ante lo cual el análisis de cada institución deberá realizarse con cautela con el fin de no confundirlas. En el Derecho debe tomarse en cuenta lo anterior con especial consideración, ya que los conceptos de hombre con fines normativos se han creado desde el Derecho Romano (si no antes), por lo que existe en la actualidad un sinnúmero de voces para designarlos¹. Por otro lado, esa cautela no debe cegarnos. Aun cuando se utilizan distintas voces para los estándares de hombre, estas pueden en realidad ser categorías artificiales e innecesarias para el Derecho². Adelantando en parte nuestras conclusiones, podemos afirmar que, al igual que en otras ciencias sociales, en el Derecho existen varias formas de denominar a los estándares de hombre, cuando en realidad algunos de estos responden al mismo concepto y no son más que categorías artificiales innecesarias³.

En segundo lugar, nos permite apreciar su “instrumentalidad”. Los conceptos de hombre no son creados por el puro deleite de sus ideólogos, sino con un determinado fin. En este punto también se deberá ser cauteloso, ya que ignorar dicho fin puede generar confusiones entre los distintos conceptos de hombre que existen.

2 Sobre los estándares y los estándares de hombre

En el Derecho, los conceptos de hombre se han dado en el ámbito de la filosofía jurídica i) como sustento del Derecho mismo o como medio para definirlo en su integridad o sus distintas partes y ii) con el fin de regular conductas. En el primer punto tenemos el clásico concepto de hombre malo (*bad man*), utilizado por Holmes con esos fines. No obstante, no es ese el objeto de análisis del presente artículo. Nuestro interés se centra en estudiar las conceptualizaciones del hombre con finalidades normativas, es decir, con el fin de regular conductas.

¿Cómo se regulan conductas utilizando conceptos de hombre? La respuesta es sencilla: a través de los denominados estándares de hombre⁴. Lo que no resulta sencillo es definir qué es un estándar o darle contenido. Para ello, será indispensable explicar por qué resulta necesario utilizar estándares en general y usar estándares de hombre en particular. Solo después de eso empezaremos a advertir las características de los estándares de hombre.

2.1 Sobre los estándares en general

La razón de la utilización de estándares obedece en parte a cuestiones de política legislativa y en parte a la necesidad de cubrir todos los posibles acontecimientos y conductas humanas relevantes en el sistema jurídico. Esto último derivado también de la necesidad de la modernidad, consistente en que el Derecho constituya “un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme” (cfr. De Trazegnies Granda 1993: 16)⁵.

Nos explicamos. Existen diversas formas a través de las cuales se pueden regular los posibles acontecimientos o conductas humanas que son lo suficientemente relevantes como para llamar la atención del legislador. Con ánimos puramente simplificadores, en lo que se refiere al grado de especificación de las normas, podemos decir que

esa regulación puede darse de dos maneras: a través de normas específicas o mediante la utilización de normas con estándares (cfr. Torres 2007: 262)⁶.

En el primer caso, a través de la promulgación de una norma específica, se establece una consecuencia para un acontecimiento o una conducta suficientemente determinada. El contenido de la norma es en términos generales identificable, ya que no utiliza conceptos imprecisos. En este caso, cuando una conducta se quiere incentivar o eliminar, se crea una norma cuyo supuesto de hecho consiste en la conducta misma que se busca incentivar o eliminar y cuya consecuencia sea un determinado beneficio o sanción. Es importante indicar que cuando señalamos que el contenido de la norma es identificable, no queremos decir que no será necesario interpretar la norma ni que el subsumir un determinado acontecimiento en el supuesto de hecho de la misma es, en este caso en particular, una tarea sencilla. Todas las normas requieren ser interpretadas para su aplicación, sin importar qué tan “concreto” sea su contenido e independientemente de los intentos jurisprudenciales de volver más objetivo su contenido (cfr. Green 1965: 241-243)⁷. Simplemente hacemos referencia a que la norma no utiliza conceptos generales e imprecisos cuyo contenido deberá darlo el aplicador del Derecho a través de un profundo análisis.

En el segundo caso, a través de una norma con estándares se establece una consecuencia para un hecho o conducta que no se encuentra específicamente determinada, sino que la norma utiliza conceptos de amplio contenido para su definición. Es una norma con un contenido abierto o flexible, debido a que esos conceptos son imprecisos. Estos conceptos son los denominados estándares y pueden adoptar la forma de principios, conceptos jurídicos o, lo que es objeto del presente trabajo, estándares de conducta⁸. Cuando señalamos que su contenido es impreciso, no debe entenderse que se puede definir de cualquier forma. Por el contrario, por lo general son conceptos de amplia “trascendencia jurídica” que se han utilizado por un periodo prolongado, han llamado la atención de la doctrina e inclusive han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. Su imprecisión no deviene en que no son pasibles de definición, sino que su definición es en sí misma amplia⁹.

Los estándares se pueden definir entonces como conceptos generales, de contenido impreciso y, por lo tanto, flexible, utilizados en el sistema jurídico con la finalidad de captar, en el ámbito de aplicación

de una norma, conductas o hechos que no son fácilmente determinables de antemano¹⁰. Al respecto, Marcial Rubio (2009: 100)¹¹ señala:

“Un tipo especial es lo que Du Pasquier llama *standard* [sic] y que es una norma cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para dictar las normas de que se trate, o para resolver los asuntos vinculados.

[...] Caso típico de *standard* [sic] es el artículo 70 de la Constitución:

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* [...] [las cursivas son nuestras].

La parte en cursivas contiene cuatro *standares* [sic] clásicos en el Derecho, pues apreciar el significado de su contenido es algo básicamente ligado a la conceptualización ideológica y política del gobernante. Analizando normas de expropiaciones concretas en distintos gobiernos, será frecuente encontrar criterios dispares y aun encontrados sobre el significado de estos términos”.

Ahora bien, señalábamos que la utilización de estándares obedece en parte a cuestiones de política legislativa y en parte a la necesidad de cubrir todos los posibles acontecimientos y conductas humanas relevantes en el sistema jurídico. En parte a política legislativa porque el legislador tendrá que decidir qué resulta más beneficioso normativamente: regular una conducta a través de una norma concreta, lo cual otorgará más certidumbre a los distintos agentes de la sociedad, pero también más rigidez, o a través de estándares de conducta, lo cual otorgará más flexibilidad al juzgador, pero a la vez cierta incertidumbre. No vamos a realizar un estudio de las consideraciones que se deben tomar en cuenta para decidir regular una conducta a través de una norma en particular o a través de un estándar, lo cual ya ha sido objeto de análisis por la doctrina (cfr. Schäfer 2002: 1-2)¹². No obstante, sí es necesario explicar una de las razones por la cual conviene socialmente regular una conducta a través de estándares, ya que la consideramos estrechamente ligada al concepto mismo de estándar.

En ciertos casos, cuando las conductas son excesivamente heterogéneas, solo queda regularlas a través de estándares. Por eso no todo depende de políticas legislativas.

Por ello, hasta cierto punto, siempre será necesario utilizar estándares. De lo contrario, posibles acontecimientos y conductas humanas relevantes podrían quedar fuera del sistema jurídico. Evidentemente el legislador, ante el vacío normativo, preferirá la imprecisión. Imagínense una norma que prohíba hacer publicidad que atente contra las buenas costumbres. Evidentemente la cantidad de avisos publicitarios que podrían ser considerados atentatorios de las buenas costumbres es infinita. Ahora imagínense intentar derogar esa norma por un listado de todas las posibles formas de publicidad que podrían atentar contra las buenas costumbres. En esos casos, crear normas específicas sería excesivamente costoso, por no decir imposible. Esta razón, considerada por algunos como fundamental para regular una conducta a través de estándares de conducta, está para nosotros intrínsecamente ligada al centro mismo del estándar. En ocasiones se pretende dar total contenido a un estándar, inclusive a través de la creación de “fórmulas”, como la propuesta por el juez Learned Hand (cfr. Green 1965: 241-243), pero ello es imposible¹³. Si una fórmula pudiera completar el concepto de estándar, normativamente se acogerían esas fórmulas y se eliminarían tantas referencias a hombres prudentes, razonables y sensatos. El estándar existe porque no es posible regular la infinidad de posibles conductas ante un determinado hecho o situación, dado que esas conductas pueden adoptar una infinidad de formas. Por ello, al estándar no podrá dársele un completo contenido, sobre todo en el ámbito de los estándares de conducta (en el sentido de cómo actuaría una persona razonable, prudente, diligente ante determinada circunstancia). A lo sumo pueden establecerse parámetros o guías para resolver una situación en particular.

2.2 Sobre los estándares de hombre en particular

Definidos ya los estándares en general, pasaremos a definir los estándares de hombre en particular¹⁴.

Los estándares de hombre son conceptualizaciones de hombre. Son la generalización de una serie de conductas que se esperan del hombre, sean generalizaciones de los hombres existentes (el *ser*) o de ideales de hombres (el *deber ser*). Es el hombre al cual el Derecho, ante una determinada circunstancia, beneficiará por cumplir dicho estándar o protegerá frente al que no lo cumple. Siempre se refiere a una conducta, a un hacer o no hacer.

Las principales características de los estándares de conducta son las siguientes:

a) Universalidad

Hemos señalado que en la modernidad existe un rechazo a los vacíos jurídicos. En la modernidad, el legislador quiere regularlo todo y como ello es imposible sin la utilización de estándares, los estándares de hombres se presentan como una herramienta universal de los derechos de la modernidad.

Los estándares se tenderán a utilizar en todo tipo de sociedades, inclusive en aquellas que tal vez no compartan las características de aquellas “pertenecientes” a la modernidad. Ya hemos dado el ejemplo del Derecho Romano.

En un interesante trabajo sobre la utilización del concepto de hombre razonable por los barotses, A. L. Epstein (1973), criticando un estudio de Max Gluckman sobre esta tribu africana, analiza los distintos contextos en los que dicho concepto es utilizado. No obstante, no cuestiona la efectiva utilización por los barotses del referido estándar de conducta como herramienta para la resolución de conflictos. Evidentemente no corresponde en este lugar analizar si dicho estándar es efectivamente utilizado por los barotses en sus procesos de resolución de conflictos. Sin embargo, queremos resaltar que, independientemente del estándar que utilicen, lo importante es que efectivamente usan un estándar de conducta. Ello se debe a que, ante la imposibilidad de cubrir concretamente todas las posibles conductas humanas, será necesario siempre recurrir a un estándar de hombre para resolver algunos conflictos sociales. Es decir, siempre será necesario utilizar estándares, sin importar que una sociedad tenga las características otorgadas a la modernidad. Por ello, se puede afirmar que los estándares de hombre, como herramienta de resolución de conflictos, tenderá a ser universal, por ser prácticamente consustancial a la creación de normas.

b) Amplitud

El estándar permite su aplicación a una variada gama de conductas. El ámbito de aplicación de una norma que contiene estándares de conducta será mucho mayor que el de una norma que regule una conducta en particular. Es un concepto flexible, que puede crecer o encogerse según las circunstancias.

La referida amplitud ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 5 de julio de 2004, recaída sobre el Expediente 0090-2004-AA/TC. En el texto de la resolución se denomina al estándar como concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión variable. A continuación reproducimos un fragmento del texto de la resolución:

“La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto este implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el Derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”.

c) Adaptabilidad

Derivado en parte de lo anterior, una norma con estándares de conducta será más adaptable y podrá sufrir una evolución más intensa que una norma concreta¹⁵. Una norma con estándares puede permanecer estática en el tiempo, mientras que, jurisprudencial y doctrinalmente, el entendimiento del estándar puede variar fundamentalmente. Evidentemente ello sucede con todas las normas. No obstante, el entendimiento de un estándar de conducta podrá variar significativamente, sin que legislativamente sea necesario modificar el estándar con el fin de recoger su nuevo contenido. Por el contrario, si el entendimiento de una norma ha variado sustancialmente, tanto que contradice en parte su contenido literal, legislativamente se empezará a plantear la posibilidad de modificarla.

d) Variedad

En un sistema jurídico pueden existir distintos estándares de hombre. Así, el estándar de buen padre de familia puede ser distinto al de consumidor razonable o al de inversionista sensato. No obstante, también puede suceder que un mismo estándar sea denominado de varias formas, lo que genera solo confusiones a los operadores jurídicos.

Aunque pueda parecer una afirmación sencilla, es algo que ha generado muchos problemas. El que, por ejemplo, las normas relativas a publicidad puedan denominar a su estándar como consumidor razonable, ordinario o prudente no significa que sus características sean distintas a las del inversionista sensato del mercado de valores. Es decir, la disímil denominación no los hace distintos.

e) Subsidiaridad

La vocación normativa de los estándares suele ser subsidiaria respecto de las normas específicas. En este punto en particular se suelen cometer numerosos errores en la aplicación de normas, debido a que se suele usar la norma concreta con el estándar.

Imaginemos que una norma obliga a los vendedores del producto X a informar a los consumidores que este tiene los ingredientes A, B y C; de lo contrario, se aplicará una multa. La misma norma señala que los consumidores deberán interpretar la información dada por vendedores como un consumidor razonable. Ahora bien, supongamos que un vendedor solo informa a los consumidores sobre los ingredientes A y B, no obstante, tal como está presentada la información, razonablemente se podría interpretar que también está incluido el ingrediente C. En este caso, no obstante esto último, la norma aplicable es la que sanciona con una multa al vendedor, sin importar lo que razonablemente era interpretable.

f) Abstracción

Pablo Beltrán (1984: 78-79) señala de forma acertada sobre el concepto de buen padre de familia:

“Legados [sic] a este punto y teniendo presente cuanto hasta ahora se ha expuesto, se puede afirmar que la diligencia del buen padre de familia puede ser configurada como un modelo abstracto. Y es esta una opinión muy generalizada.

Es innegable la singular fortuna que ha alcanzado la fórmula del buen padre de familia, entre otras razones porque se conecta con la

necesidad de fijar en un tipo abstracto las variadas posibilidades del comportamiento humano [...].

Aquella necesidad, de abstracción y generalización, a que nos venimos refiriendo, es evidente en el campo del Derecho en no menor medida que en otros campos de actividad práctica. La figura sirve pues admirablemente a la concreción de las normas abstractas de conducta mediante una adaptación elástica a los tiempos, a los supuestos y a la naturaleza de la actividad del deudor que únicamente un modelo abstracto puede alcanzar.

Ahora bien, como ya queda dicho, la conducta del buen padre de familia tiene hoy un sentido más deontológico o preceptivo que ontológico o estático. Por lo mismo, aquel modelo abstracto es completamente compatible con su estudio y aplicación, relativo, concreto, variable según las circunstancias y la naturaleza de la prestación”.

g) Determinación posterior

Cuando el legislador emite una norma concreta, intenta regular la totalidad de las posibles conductas en el ámbito de aplicación de la ley. El legislador intentará resolver todos los posibles conflictos de antemano. Evidentemente esa es solo su intención, ya que siempre se requerirá que un juez aplique la norma posteriormente. Sin embargo, la intención del legislador cuando emite normas con estándares de conducta es totalmente distinta. El legislador sabe que no podrá incluir en la norma en creación todas las posibles conductas de los individuos y por eso emite una norma con estándares de conducta.

3 Aclarando conceptos y categorías afines a los estándares de hombre

A continuación pasamos a desarrollar algunos de los conceptos y categorías afines a los de estándares de hombre con el fin de salvar ciertas confusiones:

a) Estándares de conducta especiales versus suposiciones o presunciones básicas sobre las personas

La legislación, jurisprudencia y doctrina reconocen diferentes estándares de hombre según las distintas ramas del Derecho. Se reconocen así el buen padre de familia, el consumidor razonable, el ordenado

empresario, el inversionista sensato, entre otros. Estos estándares, que podríamos denominar estándares especiales de hombre, han sido ampliamente estudiados por la doctrina nacional y extranjera.

Por otro lado, detrás de los estándares de hombre que hemos denominado especiales, el Derecho, a lo largo de normas dispersas, nos da un concepto de hombre, que si bien no se presenta como un estándar de conducta per se, sí lo define o, mejor dicho, lo da como supuesto. Este concepto siempre se da por entendido y no ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina. No debe confundirse este concepto de hombre con el de la capacidad regulada en el Código Civil y que tratamos en el punto siguiente.

Entonces, ¿cuál es este concepto de hombre al que nos referimos? Es el configurado por los “requisitos” mínimos y presupuesto que la legislación de un determinado país supone o exige de los sujetos de derecho. Por ejemplo, la legislación peruana supone el conocimiento de las leyes por parte de todos los hombres. Esto evidentemente no es cierto, ni siquiera tratándose de abogados. No obstante, la ley considera que todas las personas conocen el contenido de la legislación. Igualmente, la ley supone el conocimiento por parte de todos los peruanos del contenido de los registros públicos. No se define un estándar mínimo, pero la legislación asume esos conocimientos, por lo que podría decirse que se pone una valla que todos los sujetos de derecho deben superar. Ahora bien, no se trata de una exigencia directa. No hay sanción por no conocer la legislación o los registros públicos en general, pero, en ciertos casos, ello puede jugar un papel importante en la resolución de los conflictos que se puedan presentar.

b) Estándares de conducta especiales versus capacidad de goce y capacidad de ejercicio

La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio pueden entenderse como la capacidad de las personas de hacerse de sus respectivos derechos y ejercitarlos, respectivamente. Son, pues, conceptos distintos, por ejemplo, a los estándares de razonabilidad o prudencia, tanto en su contenido como en su finalidad (cfr. Blumenthal 2007: 1141)¹⁶.

c) Estándares de conductas profesionales versus no profesionales
Algunos estándares hacen referencia a un grado de profesionalidad y otros no. Esta dicotomía se presenta en la clásica distinción entre el ordenado comerciante y el buen padre de familia.

Isabel Ramos Herranz (2006: 197-198) señala lo siguiente sobre el buen padre de familia:

“Al tratarse de *un modelo no profesional*, se basará en la inexistencia de especiales conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desarrollo de la prestación. El buen padre de familia se contrapone al deudor profesional o empresario, que ha de tener una formación superior, que no posee el hombre normal. *Deberá contar con los conocimientos que pueden exigirse a un padre de familia para el desarrollo de sus actividades no profesionales; la diligencia que usan los hombres medios en sus propios asuntos, en los asuntos cotidianos de la vida corriente*. La ausencia de esos mínimos conocimientos o la falta de desarrollo de la actividad que habría de adoptar el hombre medio determina la inexcusabilidad, es decir, la culpa del deudor.

Así, el buen padre de familia es aquel que actúa en su ámbito particular, fuera del ámbito profesional y empresarial. Por lo tanto, no podrá exigirse una diligencia imposible para un hombre normal o medio, es decir, conocimientos profesionales o técnicos”.

A pesar de lo intuitivo de las afirmaciones anteriores, nos preguntamos si esa distinción entre conocimientos técnicos es válida o no, o, mejor dicho, si tiene algún sentido práctico o no.

Para responder lo anterior, no podemos olvidar que tal distinción se ha dado, primordialmente, con el fin de diferenciar la responsabilidad profesional de la que no reviste tal carácter.

No parece tener sentido regular la responsabilidad de los profesionales de una forma distinta. No parece necesario dar un carácter de profesionalidad al estándar de conducta. La exigencia se dará por el correcto uso de la ciencia de cada profesional, pero siempre es necesaria la diligencia debida.

En ese sentido, compartimos totalmente las siguientes palabras de De Trazegnies (1997: 81-82) sobre el particular:

“Resumiendo las preocupaciones [...] tengo la impresión de que el concepto de responsabilidad profesional no es correcto si quiere dársele el sentido de una institución independiente que se rige por principios de responsabilidad propios y comunes a todas las situaciones comprendidas en tal concepto hipotético.

No encuentro ningún criterio sólido que obedezca a la naturaleza de las cosas y no a las estructuraciones creadas por la historia ni a los

prejuicios sociales, que pueda servir para configurar una provincia conceptualmente autónoma de la responsabilidad profesional.

No tiene sentido inventar categorías artificiales como responsabilidad profesional, que a su vez se fundan en otras categorías igualmente artificiales como ‘acto profesional’ y como la idea misma de ‘profesional’, que no ayudan a aplicar el derecho ni a ordenar conceptualmente el tema sino a confundirlo, y dan lugar a múltiples y estériles controversias doctrinarias.

Y el concepto de responsabilidad profesional –entendido como campo autónomo– solo es innecesario racionalmente sino que, además, despierta inquietudes sobre la posibilidad de que detrás de la discusión teórica se esconda un afán de ciertos grupos funcionales de evadir sus responsabilidades [...].

Por ello, los daños causados con motivo de la actividad profesional –si este adjetivo tiene todavía algún sentido– deben ser tratados como cualquier otro daño, sometiéndolos a los principios generales de la responsabilidad contractual o extracontractual, según el caso”.

La anterior cita deja poco que decir. Una categoría de hombre profesional, sea para el ámbito de la responsabilidad u otros del derecho, parece innecesaria.

d) Estándares de conducta propios versus estándares de conducta impropios

Este punto es importante explicarlo, ya que cuando en la legislación se utilizan los vocablos prudente, razonable u otros ligados a los diferentes estándares de hombre, se les utiliza no solo para exigir una conducta determinada, sino también para otros factores u elementos.

Por ejemplo, es común la referencia a que determinado hecho debe suceder en plazo razonable. Es justamente la referencia a lo “razonable” lo que más complicaciones trae, dado que en el habla cotidiana se le utiliza como sinónimo de muchos otros conceptos, como justo, barato, eficaz, medio, etcétera. Así, por ejemplo, se suele escuchar que un producto está a un precio razonable o que el plazo de atención en tal consultorio médico es razonable. Es que, como otros autores han reconocido, el concepto de razonable es polisémico; con el peligro de que su contenido, al variar dependiendo del contexto, sea una palabra sábana que oscurece más que ayuda al análisis (cfr. Epstein 1973: 645). Por ello, utilizaremos como ejemplo el término “razonable”, para distinguirlo entre sus más comunes utilizaciones.

Ello con el fin de evidenciar cómo la utilización de la misma palabra en sus diferentes sentidos puede generar confusiones. Este ejercicio es aplicable a varias otras palabras polisémicas, como prudente, medio u ordinario.

Para ilustrar los conceptos antes señalados, tomaremos como ejemplo un caso analizado por Epstein (1973: 646-647), sobre los trabajos realizados por Gluckman sobre los barotses, modificando parcialmente para dichos efectos las conclusiones a las que llega el referido autor.

Se trata de una demanda por divorcio en la que el esposo señala que su esposa estaba embarazada al momento del matrimonio. Al momento del inicio del proceso, el niño tenía 15 meses de edad.

Cuando finaliza el proceso, se había determinado lo siguiente:

i) Que la madre dio a luz luego de los 8 meses de matrimonio, lo cual es razonable porque el periodo de gestación normal varía de 6 a 12 meses.

Aquí los jueces estaban realizando inferencias de naturaleza estadística. Aquí lo razonable no se refiere a un determinado tipo de conducta, sino a aquellos hechos que caen en ciertos límites. Es la referencia a lo que es probable en la práctica. No es una utilización de la palabra “razonable” referida a un estándar de comportamiento, ya que solo hace referencia a una cuestión estadística de la realidad.

ii) Que el padre debería haber notado el embarazo de su esposa, acercándose a las personas indicadas para que realicen las investigaciones correspondientes en su debido momento y no después de un año de nacido. El plazo resulta irrazonable.

Aquí se utiliza un estándar de conducta, pero de manera impropia. No se le compara con una persona razonable directamente, sino a través de la referencia a un plazo razonable. Lo que se quiere decir en verdad es que el demandante no actuó de manera debida porque no entabló su demanda en el plazo que la hubiese entablado un hombre razonable.

iii) Que era razonable desestimar la demanda, ya que, entre otras consideraciones, no se había entablado la demanda en un plazo razonable.

Aquí el término “razonable” se utiliza como medio argumentativo.

Lo anterior evidencia que también pueden establecerse estándares de conducta de manera indirecta, a través de la referencia, por ejemplo, a la realización de actos en un plazo razonable.

e) *Estándares de conducta objetivos y estándares de conducta subjetivos*

Un punto importante es si un estándar de conducta debe satisfacerse considerando conductas objetivamente observables o si bastan para ello intenciones subjetivas. Es decir, si basta que el sujeto en cuestión haya tenido la intención de ser diligente en determinada acción, independientemente del resultado o si es necesario que las acciones mismas cumplan con el estándar.

En la medida en que la vocación normativa del estándar es una conducta y que esta es una abstracción, sea que se utilicen estándares *ser* o estándares *deber ser*, podemos afirmar que solo se tendrán en cuenta consideraciones objetivas. Normalmente se mira la conducta y de ahí se analiza si cumple con un determinado estándar.

f) *Estándares de conducta según la fuente*

Los estándares de conducta pueden surgir de cualquier fuente del Derecho, ya sea a través de leyes, contratos o costumbres, entre otras.

g) *Estándares de conducta directos e indirectos*

Una norma con estándares de conducta puede establecer:

i) Una obligación directa de una persona o categoría de personas de actuar cumpliendo con los requisitos establecidos por el estándar.

ii) Que una persona o categoría de personas pueden actuar asumiendo que el agente “destinatario” de su conducta debe actuar (conforme con la ley) cumpliendo con los requisitos establecidos por el estándar.

En el primer caso, por ejemplo, la norma impondría a determinadas personas a actuar con prudencia y, en el segundo caso, a actuar asumiendo válidamente que la otra persona actuará con prudencia. Al primero lo podemos llamar “estándar de conducta directo” y al segundo, “estándar de conducta indirecto”.

h) *Estándares de conducta como obligaciones o cargas*

Los estándares de conducta se presentan generalmente como obligaciones. Sin embargo, también pueden presentarse como cargas, ante las cuales su incumplimiento no acarrea una sanción, pero sí la imposibilidad de solicitar un beneficio posteriormente.

i) Estándares *deber ser versus* estándares estadísticos

Esta es una de las principales preocupaciones de la doctrina y se ha

vertido en muy interesantes debates sobre las ventajas o desventajas de utilizar el estándar de consumidor razonable o el de consumidor medio u ordinario.

Básicamente, la discusión se centra en si el estándar de hombre que se debe utilizar al resolver un conflicto es uno ideal, que se puede crear sin tomar consideraciones del hombre realmente existente o uno resultado de conclusiones inductivas sobre hombres reales. El segundo tiene especial relevancia si consideramos que el Perú es una sociedad pluricultural.

Vayamos paso por paso.

En primer lugar, es importante resaltar que ambos son abstracciones y ambos, por ende, son irreales. El hombre ideal se construye en base a consideraciones normativas, económicas, valorativas, entre otras. El hombre medio, en cambio, se crea en base al hombre real. No obstante, es un concepto, una generalización. Cualquiera que piense que el hombre medio, derivado de razonamientos como “lo que el hombre ordinario haría” es un hombre real, cometerá graves errores al resolver. Tanto el hombre ideal como el hombre medio son abstracciones, conceptos y, por lo tanto, irreales. Ahora bien, al resolver un caso concreto, el aplicador del derecho que esté analizando el estándar de hombre ideal también recurrirá a sus experiencias diarias y sus conocimientos sobre los quehaceres de los hombres para dar contenido a ese concepto. En ese sentido, el hombre ideal, al igual que el hombre medio, es en parte mundano. Por ello, ambos conceptos tienen más semejanzas que diferencias.

En segundo lugar, el hombre ideal no es ideal¹⁷. El hombre ideal no es un hombre perfecto. Es un hombre cuyas metas los hombres reales pueden cumplir. El Derecho no puede poner metas que humanamente son imposibles.

Ahora bien, ¿qué distingue entonces al hombre medio del hombre ideal, si ambos son irreales, abstractos, en parte mundanos y de perfección media?

La respuesta es la variedad de las fuentes para su creación.

Para el hombre medio, solo importa qué hacen los hombres en la vida real y cómo se desenvuelven día a día. Por ponerlo de algún modo, y si ello fuera posible, sería como intentar sacar el hombre promedio de todas las personas de una sociedad. Si bien es una abstracción, intenta recoger lo que los hombres efectivamente hacen. El hombre ideal, en cambio, tiene fuentes adicionales a lo que efectivamente los hombres

reales hacen, como consideraciones normativas y económicas¹⁸.

Por ejemplo, imaginemos que se determine, como en realidad se ha hecho, que los consumidores de los servicios bancarios que constituyen consumidores razonables leen los contratos antes de firmarlos (cfr. Indecopi 2004: 9). Si nos basamos exclusivamente en fuentes estadísticas, podríamos llegar a la conclusión de que ello no es cierto. Por el contrario, podríamos afirmar que la mayoría de personas que adquieren tarjetas de crédito, por ejemplo, no leen los contratos que suscriben con los bancos. No obstante, se considera que el consumidor razonable efectivamente lo hace. En ese sentido, por cuestiones normativas y económicas, podría considerarse perjudicial para el sistema financiero si se protege a los consumidores que no leen los contratos. Sobre este punto volveremos más adelante.

Se puede afirmar entonces que el contenido hombre ideal o *deber ser* es llenado de forma deductiva, mientras que el hombre estadístico, *ser*, medio u ordinario es llenado de forma inductiva.

Ahora bien, la pregunta central es ¿cuándo corresponde entonces utilizar un estándar u otro?

Una primera respuesta es dada por la idea de utilizar estándares *deber ser* como medio para homogeneizar o “elevar” la cultura de un país a diferencia del estándar *ser*. Este parece ser la política del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) (2004: 9), que ha señalado: “si bien las políticas de defensa del consumidor apuntan a promover comportamientos ‘diligentes y responsables’ y valores que refuercen conductas de consumidores razonables, el ‘consumidor promedio’ de una economía determinada puede eventualmente actuar por debajo de dicho estándar por razones culturales, usos y costumbres, entre otras”. Igualmente, el Indecopi (2004: 9) ha resaltado que lo anterior “ocurre, por ejemplo, en países que se encuentran en transición hacia economías de mercado, en los que los hábitos y costumbres del consumidor pueden corresponder a realidades en las que predominen precios controlados, menor variedad de productos, etcétera. El rol de las políticas de protección al consumidor, en este contexto, consiste en fomentar actitudes y valores de consumidores diligentes y responsables”. En el mismo sentido, cuando el Indecopi (2001: 25) define al consumidor razonable, señala que las razones de su particular definición “radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de

consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad”.

También se ha señalado que resulta mejor utilizar estándares estadísticos en una sociedad pluricultural. En un país pluricultural, la utilización de estándares de conducta puede ser una labor complicada, pero, a pesar de lo que usualmente se piensa, esa complicación se da tanto para los estándares ideales como para los estadísticos. Usualmente se argumenta que utilizar un estándar ideal en una sociedad pluricultural equivale a imponer ese estándar a una serie de culturas que no lo comparten. No obstante, también se presenta cuando se intentan implementar estándares estadísticos, en que las actuaciones de la mayoría pueden terminar por imponerse sobre las demás como estándar de conducta.

Detrás de lo anterior, existe todo un bagaje histórico propio de la modernidad que nos lleva a esa tendencia generalizadora, que elimina particularidades y pretende imponer una conducta determinada sobre las demás, no necesariamente porque se considere que es la más adecuada, sino porque se considera la homogeneidad como un valor en sí mismo. Existe así la tendencia moderna a instaurar una perspectiva “universalizante” (cfr. De Trazegnies 1993: 14). De Trazegnies (1993: 14) señala:

“Frente a los particularismos tradicionales se pretende constituir una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios sean fácilmente intercambiables por los individuos movidos exclusivamente por sus propios intereses. Esto implica la desaparición de los grupos basados en aspectos estatutarios, tradicionales o religiosos debido a que crean particularismos: el hombre se encuentra solo frente a un paisaje social universal dentro del cual tendrá que encontrar su ubicación por sí mismo y ocuparse de la tarea de diseñar su propio entorno. Claro está que ello no significa que desaparezcan las agrupaciones: por el contrario, serán muy fuertes pero ya no estarán basadas en elementos ajenos al individuo sino que surgirán de la voluntad de los individuos mismos para sumar sus fuerzas en esa lucha universal por la ganancia”.

Así, sentimos un conflicto por la necesidad de tener normas generales que impongan conductas homogéneas y el ideal de proteger las libertades. Por un lado, la “razón moderna tiene horror a lo confuso, a lo irregular, a lo particular” (cfr. De Trazegnies 1993: 83)

que nos lleva a crear estándares de conducta ideales y, por otro lado, no queremos oprimir conductas disímiles propias de una sociedad pluricultural.

Una forma que trata de salvar lo anterior, aunque tal vez con otras razones de por medio, es la de establecer estándares que “protejan” a todos. En el ámbito de los consumidores, por ejemplo, se ha señalado que la valla de protección debe situarse lo más bajo posible, con el fin de defender inclusive al consumidor ignorante (cfr. Preston 1974: 132).

Esta propuesta evidentemente es contraria a la de utilizar los estándares de conducta como medio para “elear” la cultura de un determinado país. A pesar de que a primera mano puede resultar atractiva, trae serios problemas prácticos. Para empezar, en la práctica puede resultar imposible cumplirla. Ivan L. Preston (1974: 131-132) señala que la Federal Trade Commission (FTC), de Estados Unidos, ha protegido en ocasiones al consumidor razonable y en otras al consumidor ignorante. No obstante, señala que un argumento utilizado para sustentar que solo se debe proteger a los consumidores razonables, que en teoría pertenece a un universo más pequeño que el de los consumidores ignorantes, es que la FTC debería inmiscuirse solo a intereses públicos sustanciales. Agrega que, desde un punto de vista pragmático, no se contaría con recursos suficientes para perseguir todos los casos (1974: 133).

Igualmente puede tener efectos represores de ciertas conductas que pueden resultar ventajosas socialmente. En el mismo artículo, Preston (1974: 132-133) nos ofrece un ejemplo de una eventual demanda no interpuesta por aplicación del estándar de consumidor razonable. Señala que en su pueblo natal una empresa cervecera crea una botella de cerveza en tiempos navideños. Es la misma cerveza de siempre pero con una etiqueta distinta, especialmente diseñada con ánimos humorísticos, incluidas varias afirmaciones ridículas. Una de estas señala que es la única cerveza con la espuma por debajo. Una señora la compró para divertir a sus amigos en una fiesta y se dio con la tremenda desilusión de que era una absoluta mentira. La señora fue a reclamar y no le devolvieron el dinero. Fue adonde su abogado y este le recomendó no continuar con un proceso porque se le aplicaría el estándar de consumidor razonable, con lo cual perdería el caso. Sin embargo, si se le hubiese aplicado el estándar de consumidor ignorante, podría haber ganado. Ahora bien, los efectos nocivos de aplicar

el estándar de consumidor ignorante a este tipo de casos resultan evidentes. Los empresarios se verían imposibilitados de realizar anuncios similares, lo que restringiría ampliamente el ámbito en el cual estos pueden competir en cuestiones publicitarias

Expuesto lo anterior, corresponde ahora analizar si efectivamente es sensato que el legislador regule conductas a través de estándares de conducta tomando en cuenta al hombre *ser*, a ese hombre determinado de las estadísticas que tantas veces hemos referido anteriormente.

No cabe duda de que el legislador lo tomará en cuenta a la hora de dictar las normas. El legislador no puede regular sin tomar en cuenta la realidad. Sin embargo consideramos que cuando se establecen estándares de conducta no es definitivo como referencia aquel hombre de las estadísticas.

Si ocurre que la ley empalma con ese hombre de las estadísticas, es porque ello también coincide con el hombre deber ser. Si queremos proteger al hombre medio, no es porque él resulta de análisis inductivos, sino porque coincide con el hombre ideal.

Nos explicamos. Si el legislador determina que estadísticamente los consumidores no son cautelosos al momento de revisar los anuncios publicitarios y luego determina que el estándar de conducta aplicable a dichos casos en el Derecho peruano es el de un consumidor no cauteloso es porque considera que el deber ser, el ideal de consumidor que se quiere proteger, es el de un hombre no cauteloso. De reconocer lo contrario, caeríamos en el absurdo que el legislador piensa que el hombre que socialmente debemos proteger es al consumidor cauteloso, pero que no corresponde protegerlo porque estadísticamente los consumidores no lo son.

¿Pero, entonces, ese hombre de las estadísticas, el hombre *ser*, tiene cabida? Sí. Pero no para fijar estándares de conducta. Si el legislador determina que se están cometiendo muchos hurtos, puede aumentar las sanciones para las personas que los cometen, pero no fijará un estándar de conducta en torno a ello.

4 El contenido de los estándares de hombre

Ahora nos toca el tema principal. Intentar dilucidar cómo es que debe llenarse de contenido a los estándares de conducta para un caso concreto. Esto último es importante precisarlo, ya que ese contenido “des-

cubierto” será solo para efectos de un caso en concreto y no de aplicación general. Como hemos señalado, al estándar de conducta no se le puede dar un contenido total de antemano. En dicho caso, el estándar podría ser reemplazado por una fórmula legislativa.

En la medida en que existen numerosos estándares de conducta, nuestro análisis se centrará en el estándar de consumidor razonable, uno de los estándares más analizados por la doctrina nacional.

Con dichos fines, utilizaremos los conceptos antes explicados, independientemente de que en cada uno de los puntos correspondientes hayamos expresado nuestra opinión a favor o en contra de cada uno de ellos.

Supongamos entonces la Ley I que contiene las siguientes normas: “Artículo A.- Los anuncios no deben contener información falsa ni que conduzca a errores.

Artículo B.- La presente ley protege al consumidor razonable”.

Para empezar, es evidente que el artículo A impone una obligación al anunciante y que el estándar de conducta se encuentra en el artículo B.

Sobre el estándar contenido en el artículo B podemos decir que es un estándar de conducta propio, lo que facilita su identificación. Contiene un estándar *deber ser*, a diferencia de un estándar estadístico.

Lo central es ahora distinguir si es un estándar directo o uno indirecto. Recordando, los primeros son aquellos estándares de conducta que establecen ciertas obligaciones a una categoría de personas frente a la colectividad y los segundos aquellos que establecen que ciertas personas pueden actuar asumiendo que los demás cumplirán con ciertos estándares de conducta. La respuesta a este punto es central porque el análisis cambiará en un caso u otro.

Somos de la consideración que el referido estándar es uno de conducta indirecto, que tiene por finalidad proteger al anunciante y no al consumidor, como normalmente se piensa¹⁹. Ante el proyecto de un anuncio determinado, si el anunciante tiene dudas sobre si él puede ser interpretado de forma errónea y, por lo tanto, llevar a error, tendrá una protección al saber que el referido anuncio lo debe interpretar un consumidor razonable.

Entonces hay dos cosas que resaltar de lo anterior. En primer lugar, el legislador ha considerado conveniente proteger a un determinado grupo, como es el de los consumidores. Y, en segundo lugar, ha fijado límites a esa protección estableciendo que solo se protegerá a aquellos

que actúen razonablemente, con la intuición, creemos, que si no fija dichos límites, la colectividad y, por lo tanto, los mismos consumidores se verán perjudicados.

Ahora bien, cuando el legislador fija dicho límite, *ex ante*, en abstracto, ¿tendrá en mente proteger a un anunciante en particular en un caso concreto o a todo el sistema en general?

Creemos que lo que se quiere proteger es al sistema en general. Entonces tenemos a un grupo de personas, como los consumidores, que el legislador ha calificado como grupo que es necesario proteger, y ha impuesto obligaciones a los empresarios y anunciantes. Normativamente se ha creado todo un sistema de disposiciones para proteger a los consumidores. Pero al mismo tiempo el legislador fija límites a esa protección, en aras del funcionamiento adecuado del sistema. Quita y da a los empresarios y consumidores, con tal de que el sistema funcione eficientemente.

¿Cómo entonces reconciliar la necesidad de proteger a los consumidores, estableciendo ciertos límites a dicha protección con el fin de resguardar al sistema?

De lo que hemos investigado, esta pregunta la doctrina no ha respondido ni se han fijado parámetros para hacerlo. La respuesta a lo anterior, a su vez, responderá a la interrogante principal del presente artículo. A saber: ¿cómo fijar el contenido de los distintos estándares del hombre?

Consideramos que en vista de los intereses que el legislador busca proteger, para dar contenido a los estándares de conducta, debe buscarse la mayor protección que pueda otorgarse al consumidor, sin que esa protección vulnere el sistema. El estándar entonces es un limitante en pro del sistema, y esto se condice con su carácter de ideal. No es, por lo tanto, una protección al consumidor. Por el contrario, limita las protecciones que la ley le otorga.

Imaginemos que consideramos socialmente relevante la producción de anuncios publicitarios y las distintas formas como se pueden presentar, como anuncios con contenido humorístico. Imaginemos igualmente que las normas guardan silencio sobre el eventual contenido humorístico de los anuncios.

Si se presenta un conflicto entre un anunciante y un consumidor que no distinguió o no supo interpretar adecuadamente el contenido humorístico de un anuncio, ¿debe considerarse que el consumidor razonable es aquel que distingue el contenido humorístico de los anun-

cios? En vista de lo mencionado en el párrafo anterior, creemos que sí. Al dar contenido entonces al estándar de consumidor razonable, se considerará que él sí distingue y sabe interpretar el contenido humorístico del anuncio.

Ahora bien, se podría decir lo mismo de otros estándares con funciones limitativas. Vayamos ahora al ámbito del mercado de valores.

Supongamos entonces la Ley II que contiene las siguientes normas:

“Artículo X.- Los prospectos no deben contener información falsa ni que conduzca a errores.

Artículo Y.- La presente ley protege al inversionista sensato”.

Al igual que en el caso anterior, es evidente que el artículo X impone una obligación a la persona que elaborará el prospecto y que el estándar de conducta se encuentra en el artículo Y. El estándar contenido en el artículo Y es un estándar de conducta propio, *deber ser* e indirecto que tiene por finalidad dar cierta protección al que confeccionará el prospecto, siempre en el ámbito de normas que buscan proteger al inversionista (que en este caso reemplaza al consumidor).

De la misma forma, podemos concluir que para un caso concreto, determinar el estándar de conducta del inversionista sensato deberá conducir siempre a su mayor protección, siempre con el límite de no alterar el sistema en general.

Lo importante es darse cuenta de que este es un sistema distinto al sistema de protección al consumidor, con normas y principios particulares del mercado de valores.

Para utilizar el ejemplo anterior, aunque en este caso parezca ridículo, imaginemos un conflicto entre el creador de un prospecto y un inversionista que no distinguió o no supo interpretar adecuadamente el contenido humorístico de un prospecto. ¿Se debe considerar que el inversionista sensato es aquel que distingue el contenido humorístico de los prospectos?

Parece evidente que no, y es que no es consustancial al sistema ni forma parte del interés del regulador que los prospectos tengan contenido humorístico. El principio de la mayor protección posible al inversionista sensato tiene total cabida en la medida en que no se perjudica al sistema interpretando (o mejor dicho induciendo) que el inversionista sensato no distingue el contenido serio del humorístico de un prospecto. Por tanto, el contenido del consumidor razonable es distinto de aquel del inversionista sensato.

5 Conclusiones

Los estándares de conducta son una realidad inevitable, casi consustancial a los sistemas jurídicos de la modernidad.

Dar un contenido completo a un estándar de conducta es contradictorio con su existencia. Si ello fuera posible, el estándar de conducta sería reemplazado, legislativamente, por el referido contenido.

La regulación de los estándares de conducta siempre tienen (o deberían tener) en consideración un estándar *deber ser*. En ocasiones dicho estándar puede coincidir con el de hombre medio u ordinario, pero ello es una casualidad.

El contenido del estándar de conducta debe inducirse tomando en consideración sus funciones. Si es un estándar de conducta con funciones limitativas y protectoras de un sistema de normas, debe darse tomando en consideración ese sistema, como en los ejemplos dados de consumidor razonable y el de inversionista sensato.

En la medida en que el contenido de los estándares sea diverso, debe procurarse la utilización de distintas denominaciones con el fin de que la aplicación práctica sea más simple.

NOTAS

- 1 Los autores agradecen a las siguientes personas por los valiosos comentarios que proporcionaron respecto a un borrador del presente artículo: Luis Schrader, Miluska Gutierrez y Carlos Reynafarje. Evidentemente, cualquier error en el artículo es exclusivamente imputable a los autores.

Reproducimos a continuación unas palabras humorísticas de Randy T. Austin sobre el particular (1992: 480-481): “No one knows just exactly how the Reasonable Man first appeared in the law. **Some argue that he evolved. Others maintain that he was created.** A few suggest that he is a mythical creature that really doesn’t exist at all. Many honest observers have admitted that they could not care less. Most agree that he ought to be put to death regardless. [...] Most of his opponents have nothing against him personally, just the insensitivity to women’s issues that he personifies. Putting him to death is like performing a legal appendectomy. You are removing a very painful object that no longer serves, some would say never served, any purpose”.

- 2 De Trazegnies concluye el artículo “La evaporación de la responsabilidad profesional” (1997: 83) con las palabras que reproducimos a continuación y

que consideramos son sumamente aplicables a lo anterior: “Quisiera terminar recordando que ya Guillermo de Occam, con esa sabiduría antigua, advertía: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, no hay que crear categorías más allá de las necesidades reales. Y creo que esa advertencia no ha envejecido y sigue siendo útil en nuestros días”.

- 3 Inclusive se ha afirmado que conceptos de hombre de diferentes sistemas jurídicos son la misma institución con diferente terminología. Así, Isabel Ramos Herranz (2006: 1999) señala al respecto: “es preciso matizar que las disquisiciones entre el buen padre de familia y el hombre razonable se centrarían, en realidad, en problemas meramente terminológicos o de seguimiento de tradiciones en los distintos ordenamientos (*common law* y *civil law*), ya que el hombre razonable no es distinto del buen padre de familia, se trata del hombre medio que presta la diligencia propia de un hombre prudente”.
- 4 La vigésimo segunda edición del diccionario de la Real Academia (RAE: 2001) define la palabra “estándar” como: “(Del ingl. *standard*). 1. adj. Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. 2. m. Tipo, modelo, patrón, nivel. *Estándar de vida*”. La primera edición del *Diccionario panhispánico de dudas* (RAE: 2005) define la palabra “estándar” como: “Adaptación gráfica de la voz inglesa *standard*. Debe escribirse con tilde por ser palabra llana acabada en consonante distinta de -n o -s (→ TILDE², 1.1.2). Como adjetivo significa ‘que sirve como modelo, patrón o referencia’: «*Arnau va camino de convertirse en un héroe estándar*» (*Vanguardia* [Esp.] 25.1.94). Como sustantivo es masculino y se usa con los significados de ‘nivel’, referido a calidad, y ‘modelo o patrón’: «*El crecimiento económico ayuda a mejorar el estándar de vida de las familias peruanas*» (*Caretas* [Perú] 28.9.95); «*Tarjeta Sound-Blaster: es el estándar más extendido para manejo de sonido*» (*Teso Informática* [Esp. 1993]). En ambos casos, aunque como adjetivo no es infrecuente su uso con plural invariable, se recomienda el plural *estándares* (→ PLURAL, 1g): «*La cárcel de Chonchocoro tiene y conserva “todas las normas estándares internacionales”*» (*Tiempos* [Bol.] 23.1.97)); «*La paga puede ser reducida si la labor se desarrolla por debajo de los estándares previstos*» (*Observador* [Ur.] 22.1.97)”. Consideramos más técnico referir a normas de conducta, no obstante dada la frecuente utilización de vocablo “estándar” utilizaremos el mismo a lo largo del presente artículo.
- 5 El propio autor (1993: 16-17), citando a Max Weber, señala que en la modernidad, el Derecho debe responder a cinco postulados: i) deben haber reglas generales, ii) que permitan su aplicación concreta mediante procedimientos racionales, iii) no debe contener lagunas, iv) todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y v) toda acción debe ser evaluada en términos del

Derecho. Lo que no debe escapárseos es que la modernidad, como etapa histórica, ha dejado como huella imborrable esa necesidad de que toda conducta relevante social y económicamente se encuentre regulada. Existe en ese sentido un temor o aberración a las lagunas. En la medida en que más adelante volveremos sobre este tema, corresponde recordar un poco en qué consiste la modernidad. A continuación reproducimos unas palabras de De Trazegnies (1993: 5-6) sobre el particular: “*Modernización* es el cambio social que se supone que conduce hacia las nuevas formas sociales que imperarán permanentemente en el futuro, cualquiera que sea el contenido de estas formas, cualquiera que sea el diseño de la nueva sociedad. Este cambio puede producirse en todo momento de la historia: es así como podemos señalar una modernización del pueblo romano a lo largo de la evolución de la urbe Roma [...]. La *modernidad*, en cambio, es una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio, sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término ‘modernidad’ para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos como ‘moderna’ dentro del mundo occidental”.

- 6 También denominadas forma taxativa y la regulación por estándares o principios. El referido autor (2007: 262) señala: “Entre las formas de regular, la teoría o política regulatoria recoge de manera general dos: la taxativa y la regulación por estándares o principios. Mientras la taxativa regula o tipifica conductas o normas de comportamiento de manera expresa y detallada, la regulación por estándares o principios lo hace en base a enunciados generales en los que las circunstancias y el contexto de cada caso determina fundamentalmente el contenido y la forma como serán aplicados. De esta manera, la regulación por estándares o principios permite un margen de interpretación y aplicación mayor. Y ciertamente, requiere un mayor nivel de conocimiento y experiencia tanto de las actividades que pretender normar como de su regulación específica. El estándar del inversionista razonable es un ejemplo de ello”.
- 7 Las dos requerirán ser interpretadas. Inclusive en las normas concretas se tendrá que analizar si determinada conducta cae en su supuesto de hecho. No obstante, cuando una norma contiene estándares, dicha actividad es mayor, por ponerlo de algún modo. El “encontrar” el sentido en una norma con estándares requiere una labor interpretativa tan amplia que se podría discutir

si es efectivamente una labor interpretativa o integrativa. Green (1965: 242) señala que la vaguedad del término *reasonable man* llevó a algunos a intentar tornar más objetivo el término mediante ecuaciones que los jueces otorgarían a los jurados para resolver más objetivamente, valga la redundancia, señalando que uno de los más prominentes intentos ha sido el del renombrado juez Learned Hand. No obstante, el autor también indica (1965: 242) lo siguiente: “Despite the appearance of mathematical precision in the ‘calculus of risk’ equation, Hand’s pseudo-operational definition can serve no more than a heuristic function. [...] It should be noted, at the outset, that the judge’s charge to the jury, whether couched in terms of the ‘reasonable man’ criterion or the ‘calculus risk’ equation, does not constitute, in a psychological sense, a standard or a scale for the judgment of liability. Rather it is an invitation to forge an appropriate standard”.

- 8 Hasta este punto hemos hecho referencia a los “conceptos de hombre” o “estándares de hombre” y no a “estándares de conducta”, no obstante esta última forma de denominarla es más precisa. Cabe señalar que igual nos parece imprecisa de por sí la utilización de la palabra “estándares” para recoger conceptos como los “principios”.
- 9 Imaginemos que exista unanimidad en la forma de definir el estándar de conductor prudente y que este es definido, unánimemente por la doctrina, como el conductor con la pericia suficiente para conducir en cualquier terrero. Aquí podemos apreciar que, aunque el término pueda ser definido, su imprecisión viene por la amplitud de su definición. Resulta paradójico de la modernidad que la insistencia de regular todas las conductas, si bien nos llevan a eliminar las lagunas, nos dejan “charcos” en puntos centrales del Derecho.
- 10 A continuación pondremos unos ejemplos de cómo se podría regular una conducta utilizando ambos métodos: 1) Artículo A.- Serán sancionados con la retención de su brevete aquellos conductores que: a) excedan los límites de velocidad establecidos o b) conduzcan maniobrando como un imprudente conductor; 2) Artículo B.- Serán sancionados con una multa de 100 unidades de imposición tributaria aquellos medios de comunicación que: a) coloquen carteles publicitarios de cigarrillos a menos de 100 metros de una entidad educativa o b) coloquen carteles que atenten contra las buenas costumbres. En ambos artículos hipotéticos resulta evidente la distinta labor interpretativa que requerirá realizar el aplicador del Derecho. En el literal b) del artículo A deberá establecer qué es un imprudente conductor y en el caso del literal b) del artículo B deberá señalarse qué se entiende por buenas costumbres.
- 11 Más adelante (Rubio 2009: 101): también señala: “Los *standares* [sic] no son propiamente normas, sino contenidos de las normas, pero su particularidad

es que son determinantes para la significación del texto normativo en su conjunto, y que tienen esta característica de flexibilidad (y por lo tanto de imprecisión), que en general no se admite fácilmente en el Derecho”.

- 12 El autor (2002: 1-2) ha realizado un interesante análisis al respecto: “The principal choice between rules and standards has to do with the relative size of the various costs associated with the formulation and enforcement of legal norms. There are systematic factors which affect the relative cost of rules and standards. One of the first and most important contributions to the matter of rules versus standards is the work by Judge Posner, who has identified the central efficiency implications. [...] His main contention is that standards may have lower initial specification costs, but they have higher enforcement and compliance costs than rules. There are thus three different costs associated with a legal norm, (1) the costs of norm specification, (2) the costs of rule adjudication and (3) the costs of compliance with a legal norm, esp. the costs resulting from legal uncertainty. For instance, promulgating the standard, to take reasonable care in all matters” is extremely easy and does not generate any specification cost at all. However, applying this standard in practice would generate significant costs for both judges, who have to determine whether the defendants have complied with the standard (costs of adjudication), and for the defendants, who had to determine what level of precaution was necessary in their view in order to escape liability. In the case of precise rules, the relative size of costs is exactly vice versa. Judge Posner concludes that the desire to minimize total costs should be the dominant consideration in the choice between precision and generality that is between rules and standards. An important insight brought up by Kaplow may substantially help decide when to use rules and when to use standards and has to do with the extent to which the law should be given content before individuals act (rules) rather than waiting until afterwards (standards) (Kaplow). As a result, the central factor influencing the desirability of rules and standards is, to a great extent, the frequency with which a law will govern conduct. If a specific mode of conduct will be frequent, the additional costs of designing rules – which have to be borne only once – are likely to be exceeded by the savings of judges and individuals. [...] Another important aspect is that the degree of preciseness in legal statutes defines to a large extent the division of labor between parliaments on the one hand and the judiciary as well as the bureaucracy on the other. A law consisting of rules leaves little or no discretionary power to those who administer it. And a law consisting of imprecise standards delegates the refinement of the standard to the judiciary or the bureaucracy”.
- 13 Ver nota número 5.

- 14 Es importante señalar que la doctrina, en general, al estudiar el concepto de estándar lo identifica exclusivamente al de un estándar de conducta en particular. Así, se podría decir que, en un sentido lato, el concepto de estándar sería el anteriormente dado (principios, conceptos jurídicos y estándares de conducta) y en sentido estricto el concepto de estándar haría referencia exclusivamente al de estándar de conducta.
- 15 **Sobre el particular, Olivier Corten (1999: 615-616) señala:** “A first example of the technical functions played by the notion of “reasonable” is that of adaptability. Given its inherent flexibility, the notion of reasonable permits the application of a rule to very different situations. This function reflects a contradiction between the essentially static character of legal texts and the dynamic character of the reality to which they apply. [...] It is in this context that Perelman insisted on the flexibility of the notion of ‘reasonable’ ‘recognising that rigid rules are difficult to apply to evolving situations, law-makers can deliberately introduce into legal texts notions with a variable, indeterminate, vague content, such as ‘reasonable’”.
- 16 **En relación con el sistema estadounidense, la referida autora señala:** “First, the default legal person was not primarily intended to regulate conduct, as was the reasonable man. Instead, he stood at the borderlands of legal capacity, identifying those who were rightly excepted from the rules of law that were applicable to everyone else. Second, judges tended to treat deviations from each of these two norms in nearly opposite ways. The failure to behave like the reasonable man usually supplied grounds for imposing liability, while the inability to function like the default legal person tended to result in a suspension of liability. Still, there was a division of labor between these two norms, which points toward the third distinction to be drawn. The default legal person worked primarily at the descriptive level, defining the preconditions of liability. In doing so, he effectively delimited the universe of capable individuals who could be made subject to the prescriptive authority of the reasonable man. The rules that were formulated and applied by the reasonable man were derived by thinking from the objective standpoint he provided-by contemplating what this man of ordinary intelligence and prudence would have done had he been in the situation of the actor whose liability was in question. Herein lies the final and most subtle sense in which he differed from the default legal person, for this latter character had no particular point of view of his own. He was, in the end, but a bare-bones sketch of almost anyone, which enabled him to move in a chameleon-like fashion from case to case, assuming the perspective of the party whose competence was in question. In other words, the default legal person provided a heuristic device that

courts could use to determine whether an alleged incompetent was in his own right mind when he performed the act at issue”.

- 17 **Sobre el particular, Strahlendorf, citado por Bill Maurer (2005: 491), señala:** “He or she is neither the bloodless paragon of logic that is Spock on Star Trek, nor is he or she the emotional semi-hysterical Dr. McCoy (Damn it, Jim, I’m a doctor, not a magician.). Think of the well-integrated Captain Kirk who listens to the advice of both halves of human nature and by end of the show manages to do the right thing in the circumstances [...] The reasonable person is mature, sane, sober, well-informed, calm, well-intentioned, open-minded, wise in a practical way, and is not under the spell of some consuming ideology or bias”.
- 18 **Bill Maurer, basándose en Strahlendorf, indica:** “The reasonable person, too, it is important to note, is not the ‘average person’. **If that were the case, the reasonable persona would be a scientific concept.** All one would have to do is perform a statistically sound survey and adopt the practices of the average person’ (Strahlendorf 2003: 24). Reasonableness, accordingly, is not about probability or the statistics subtending governmental projects of the 19th and 20th centuries, but about foreseeability, which ‘depends on the knowledge and experience expected of the person in question’ (Strahlendorf 2003: 28”.
- 19 **Ello se da –creemos nosotros– por la ubicación de esos estándares, y es que ellos se encuentran rodeados de normas que protegen a los consumidores.**

BIBLIOGRAFÍA

- Austin, Randy T. (1992). “Better Off with the Reasonable Man Dead or The Reasonable Man Did the Darndest Things”, en *BYU L. REV.* 479, 485.
- Beltrán de Heredia de Onis, Pablo (1984). *El buen padre de familia. Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 69-84.
- Blumenthal, Susana L. (2007). “The Default Legal Person”, en *54 UCLA Law Review* 1135, pp. 1135-1275.
- Corten, Olivier (1999). “The Notion of ‘Reasonable’ in International Law: Legal Discourse, Reason and Contradictions”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, nro. 3, julio, pp. 613-625.
- Epstein, A. L. “The Reasonable Man Revisited: Some Problems in the Anthropology of Law”, en *Law & Society Review*, vol. 7, nro. 4, pp. 643-666.
- Green, Edward (1968). “The Reasonable Man. Legal Fiction or Psychosocial Reality?”, en *Law & Society Review*, vol. 2, nro. 2, pp. 241-257.

- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2001). Lineamientos sobre Protección al Consumidor de la Comisión de Protección al Consumidor, Resolución 001-2001-LIN-CPC/Indecopi.
- (2004). Informe 002-2004/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos sobre el Dictamen Recaído sobre el Proyecto de Ley que Modifica los Artículos 1390 y 1392 del Código Civil, y Proyecto de Ley que Propone la Promulgación de una Ley de Transparencia en los Contratos de Adhesión.
- Maurer, Bill (2005). “Due Diligence and ‘Reasonable Man’, Offshore”, en *Cultural Anthropology*, pp. 474-505.
- Morillas Jarillo, María José (2002). *Las normas de conducta de los administradores de sociedades de capital*. Madrid: La Ley.
- Preston, Ivan L. (1973). “Reasonable Consumer or Ignorant Consumer? How The FTC Decides”, en *Journal of Consumer Affairs*, vol. 8, nro. 2, pp. 131-143.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa.
- (2005). *Diccionario panhispánico de dudas*. Madrid: Santillana.
- Ramos Herranz, Isabel (2006). “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo LIX, fascículo I, pp. 195-226.
- Rose, Arnold M. (1957). “A Study of Irrational Judgments”, en *The Journal of Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press, vol. 65, nro. 5, pp. 394-402.
- Rubio, Marcial (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, novena edición.
- Schäfer, Hans-Bernd (2002). “Legal Rules and Standards”, en *German Working Papers in Law and Economics*, vol. 2, paper 2.
- Torres Pérez, Narghis (2007). “Regulando por estándares: el estándar del inversionista razonable en el mercado de valores”, en *Thémis*. Lima, nro. 54, pp. 261-272.
- Trazegnies Granda, Fernando de (1993). *Postmodernidad y Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.
- (1997). “La evaporación de la responsabilidad profesional”, en *Revista del Magister en Derecho Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 1, pp. 5-83.
- Williams, Edward E. y Findlay III, M. Chapman (1981). “A Reconsideration of the Rationality Postulate: ‘Right Hemisphere Thinking’ in Economics”, en *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 40, nro. 1, pp. 17-36.