

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS
COSUMIDORES: UN DESAFÍO PENDIENTE

Fabián Esteban Velasco Toro

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SANTIAGO, CHILE
2014

Índice

I. INTRODUCCIÓN

II. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN CHILE

1. Referencia histórica: un sistema regido por la ley
 - a. Decreto Ley 520 de 1932
 - b. Decreto Supremo N°1.262 de 1953
 - c. Decreto Ley 280 de 1974
 - d. Ley 18.223 de 1983
 - e. Ley 19.496 de 1997 y su intento de modificación actual
 - f. Conclusiones preliminares
2. Situación actual: la integración de otros principios constitucionales a falta de una regulación expresa
 - a. Decreto Supremo 153 del Ministerio de Economía
 - b. El inocuo requerimiento de inconstitucionalidad
 - i. Tramitación
 - ii. Requerimiento de ¿inconstitucionalidad?
 - A. La igualdad ante la ley
 - B. Libertad económica
 - C. La propiedad
 - iii. D. Una respuesta del todo cierta
 - c. Conclusiones preliminares

III. POR LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. Argumento que favorecen la constitucionalización
 - a. Desde el derecho público
 - A. Los criterios formales
 - B. La distinción entre reglas y principios
 - C. Argumentos constitucionales del derecho privado
 - i. Artículo 19 número 21 y 23
 - ii. Artículo 19 número 22
 - iii. Artículo 19 número 12

- b. Desde el derecho privado
 - A. La irrenunciabilidad de los derechos
 - B. catálogo del artículo 3° LPC y la irrupción del derecho privado en la Constitución
 - c. Conclusiones preliminares
2. Descripción de experiencias comparadas
- a. Argentina
 - b. Brasil
 - c. Colombia

IV. CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos de los consumidores ha tenido diversos tratamientos a lo largo de los últimos tres siglos. Comenzando como una rama del derecho mercantil del siglo XIX y XX, su evolución va aparejada al avance y desarrollo que han tenido tanto la industrialización como el derecho en términos generales, trayendo como consecuencia una modernización de la forma en cómo se aborda la materia en cuestión. En Chile y otros lugares del mundo, en paralelo, dichos procesos se encuentran acompañados de la creación de institucionalidades encargadas de resguardar dichos derechos.

El paradigma ha cambiado de forma notable; el derecho del consumidor ha sido desarraigado de lo que es el derecho comercial. Nociones como “empresario”, “consumidor”, “proveedor” o “responsabilidad social de la empresa” son conceptos erigidos en base al nuevo derecho de consumo, donde el consumidor es visto en tanto persona o ciudadano con derechos, y no tan sólo quién compra bienes o se presenta en el mercado como un usuario.

Junto con lo descrito, a lo largo del mundo, la historia más reciente nos indica que han existido procesos de *constitucionalización*, en virtud del cual muchas materias que, en principio, parecían irrelevantes para el derecho, en la actualidad no lo son. Y no sólo desde el punto de vista regulatorio, sino desde las aristas de la protección que merecen los ciudadanos por el simple hecho de ser personas y pertenecer a un Estado, el que debe velar por su bienestar y el de la comunidad. Así, una Constitución ya no se funda sólo en materias relativas a demarcar los límites en los que el poder estatal pueda tener injerencia (las clásicas garantías liberales), o a una simple descripción orgánica del funcionamiento del mismo, sino también a la protección y promoción de derechos fundamentales inalienables a la condición de ser humano¹.

En Chile, sea en materia de consumidor propiamente tal o desde el punto de vista constitucional, no existe disposición alguna que se refiera a ello, al menos de forma expresa. ¿Deviene esto en una problemática? Sin duda que conviene analizarlo con minuciosidad, y el objeto de estudio de esta tesis se encamina hacia ese horizonte. Así, la

¹ En este mismo sentido CORRAL (2004), *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*, p.5: “los derechos y principios constitucionales no son sólo oponibles a los órganos estatales sino

presente investigación tiene por objetivo estudiar lo siguiente: ¿podría ser una ventaja para el consumidor contar con una garantía explícita en materia constitucional? Así, se propone investigar en torno a esta interrogante con un análisis histórico del tratamiento que han tenido en nuestro país los derechos del consumidor, pasando por experiencias comparadas de otros países, como también con otras ramas dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico, para así vislumbrar alguna aproximación de la respuesta que resuelva esta interesante problemática, eso sí, con un enfoque desde el derecho civil hacia un tratamiento constitucional.

Creemos que es hora de confrontar la problemática jurídica que abordan las sociedades modernas (con diversas soluciones), donde la noción de *contratante débil* se vislumbra más nítida que antaño, requiriendo un tratamiento a nivel político que se haga cargo de una protección efectiva de los consumidores. En el caso concreto de nuestro país, será un interesante desafío analizar las posibles virtudes que pueda tener una protección constitucional expresa de los derechos del consumidor. Esto último, en razón de los acontecimientos ocurridos en la actualidad: en concreto, lo referido al –ya retirado– Decreto Supremo 153 de 2013 del Ministerio de Economía y del requerimiento constitucional efectuado por una parcialidad de congresistas, en aras a que el Tribunal Constitucional declarase que dicho Decreto Supremo contravenía a lo dispuesto por nuestra Carta Fundamental. Requerimiento, qué duda cabe, erigido en base a principios o garantías fundamentales implícitas y que no aludían de manera estricta o expresa al consumidor, sino a éste en tanto ciudadano, bajo el amparo de los numerales 2, 21, 23 y 24 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, ocupados también por parte de la doctrina² para subsumirlos a hipótesis de defensas de consumidor, no obstante, como sostuvimos, estas garantías no sean expresas en ello.

Por ello, la pregunta del *merecimiento* constitucional es importante, toda vez que plantea un desafío, y que dice relación con zanjar, luego de un intento analítico, si se necesita de un texto constitucional en este tenor. En suma, la interrogante deviene por sí sola: el derecho de consumidor ¿requiere ser elevado al nivel de principio constitucional? Y si es así, ¿en qué términos o categorías?

² SANDOVAL (2004), *Derecho del Consumidor* pp. 21-25.

II. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN CHILE

1. REFERENCIA HISTÓRICA: UN SISTEMA REGIDO POR LEY

En la introducción de esta investigación dimos cuenta de un proceso histórico que ha bañado a las relaciones de consumo, siendo éstas parte, en un principio y de manera exclusiva, del derecho comercial, desarraigándose de éste en los procesos modernos (y los actuales) que regulan las materias a este respecto. No obstante, existen algunos que pensaban que, las regulaciones de consumidor, son “(...) *un conjunto de normas que encuentran cabida en el contexto de un derecho mercantil amplio o totalizador*”³.

Chile ha vivido distintos procesos históricos que han hecho frente a regulaciones de las relaciones de consumo, las que pasamos a analizar a continuación.

a.) DECRETO LEY 520 DE 1932

Nuestro país no ha sido excepción de la discusión referida en el primer párrafo del acápite anterior, aunque con matices distintos. En un principio, fue el derecho penal, es decir, el Estado a través de su máxima potestad sancionatoria, el que tenía injerencia en las relaciones de comercio. En este sentido, el 30 de agosto de 1932, el Ministerio del Trabajo de la época, mediante el Decreto Ley N° 520 crea una institucionalidad pública llamada Comisariato General de Subsistencias y Precios. “*Este organismo se instauró para enfrentar los efectos de la crisis económica del 29. Tomaba medidas para evitar el monopolio, resolvía reclamos, fijaba normas de calidad, entre otras atribuciones*”⁴. Su nombre algo puede indicarnos: y es que el organismo, que imperó hasta 1953, estaba encargado de controlar no sólo la calidad de los productos que fluyeran en la economía (artículos de primera necesidad o de consumo habitual), sino también el precio, mediante su artículo 3. ¿Sanciones por contravenir a la ley? Ya las esbozamos: penales, materias en las

³ *Ibíd.* p. 17. En concordancia con este último, vid GUTIÉRREZ (1992), *El Código de Comercio del futuro y el futuro del Derecho Comercial*, p. 663, quien subsume los desafíos del siglo actual al derecho mercantil, el que debe hacerse cargo del tráfico de comercio en todos los sentidos, incluyendo a las relaciones de consumo y la necesaria protección del *contratante débil*, algo con lo que si bien concordamos que pertenece al derecho privado, no creemos que sea la rama mercantil la que deba velar por ello. Mucho menos de manera exclusiva.

⁴ SERNAC, *80 años Servicio Nacional del Consumidor*, abril de 2012 (fecha de consulta: 25 de abril de 2014). Disponible en: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/revista-80-anos-del-Servicio-Nacional-del-Consumidor-de-Chile.pdf>

que eran competentes los Tribunales en lo Criminal de la época, conforme estatúa el artículo 63 del Decreto referido.

b.) DECRETO SUPREMO N° 1.262 DE 1953

Luego de ello, a contar del 30 de diciembre de 1953, en virtud del Decreto Supremo N° 1.262, la Superintendencia de Abastecimientos y Precios vino a reemplazar a la anterior entidad. Sin embargo, además de ello, a este nuevo órgano se le dotó de mayores potestades, en virtud de la refundición del ya referido Decreto Ley N° 520 de 1932, tales como estudiar los costos de los bienes o la fijación de precios en situaciones puntuales. Siete años más tarde, la Superintendencia deja de existir, dando paso a la Dirección de Industria y Comercio (Dirinco), gracias al Decreto con Fuerza de Ley N° 242, del 30 de marzo de 1960, pasando –dicha nueva entidad– a depender del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y ya no del Ministerio del Trabajo. Parte de las facultades de este nuevo organismo versarán sobre la proposición de medidas que permitan el aseguramiento de la atención de las necesidades en materia de consumo (artículo 7 letra E) y controlar la legislación de la época en lo referido a industria, comercio y cooperativas (artículo 1), potestades bastante amplias y que dan cuenta que el marco regulatorio de aquella época era de una gran estrictez y muchas pretensiones.

c.) DECRETO LEY 280 DE 1974

Con todo, la imagen más potente de la regulación del aparato estatal se dará en 1974, pues, el 24 de enero del mismo, conforme al Decreto Ley N° 280, se dictó una normativa encaminada a sancionar con penas de privación de libertad los delitos económicos. El artículo 7 del Párrafo II de dicho Decreto no dejaba margen de duda alguno en cuanto a lo que se estaba buscando: *El que por cualquier medio induzca o trate de inducir a error, respecto de la sustancia, calidad, cantidad, peso, medida, procedencia o precio de los artículos o servicios que ofrezca, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio*⁵. El mensaje era claro: el baremo no sólo estaba puesto en el hecho objetivo “inducir”, sino en quien inclusive haya tenido la intención de hacerlo, con independencia del resultado. Si una regulación de esta índole obedeció o no al lamentable

⁵ Decreto Ley N° 280, del 24 de enero de 1974.

contexto ideológico de la época poco importa para este análisis; lo cierto es que todo el aparato estatal se volcó sobre las relaciones de consumo, al nivel incluso de sancionar con penas de presidio mayor, en cualquiera de sus grados, al que “*difundiere noticias falsas o tendenciosas, realizare operaciones ficticias, simulare actos o contratos, o utilizare cualquier otro medio fraudulento, para alterar la normalidad del abastecimiento o los precios de los artículos esenciales (...)*”⁶. Medidas como estas parecieran ser, *a prima facie*, excesivas o desproporcionadas, sin embargo, dan cuenta del nivel de injerencia al que se llegó desde la ley.

d.) LEY 18.223 DE 1983

El ordenamiento jurídico –en materia de consumo– tiene como penúltimo antecedente legal, previo a la dictación de la actual Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC), la Ley N° 18.223, de 10 de junio de 1983. En términos sencillos, nos referimos a las mismas disposiciones anteriores en lo que se regula, pero ya no se sanciona con penas privativas de libertad sino con multas (salvo excepciones), aminorando el castigo del que eran susceptibles quienes incumplieren. Además, se radica la competencia de las materias referidas en los Juzgados de Policía Local y ya no en sede penal. Esto último parece ser más razonable que el contexto anterior, en aras de construir una sociedad moderna armónica, la que llegue a la sanción más extrema –privación de libertad– sólo en casos excepcionales y que signifiquen graves atentados a lo que se ha construido en ella. En suma, no todo lo que se contravenga desde el punto de vista legal puede estar sujeto a las sanciones más perniciosas; debe existir una jerarquización de la gravedad de los actos regulados, lo que en esta ley sí sucede respecto de la anterior.

e.) LEY 19.496 DE 1997 Y SU INTENTO DE MODIFICACIÓN ACTUAL

Para finalizar, la Ley 19.496 vino a reemplazar la N°18.223, en virtud de la cual se crea el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC), que “*recibe, tramita y resuelve las denuncias hechas por los consumidores relativas al precio, calidad,*

⁶ *Ibíd.*

composición de bienes y servicios y cuando su uso originare perjuicios en el plano económico o para la integridad física o moral de éstos”⁷.

La discusión actual versa, aunque siempre en el rango legal, en torno a las nuevas potestades que tendría el SERNAC. En este sentido, acaba de ser firmado por la Presidenta de la República el proyecto que pasará al Congreso para que sea discutido, y que contempla, en síntesis, los siguientes puntos:

- Fortalece a dicho organismo para que pueda facultar, sancionar, dictar normas de carácter general e interpretar la ley;
- Se triplicarían los montos de las multas actuales, como, por ejemplo, las infracciones a los artículos 17B o 17J, a propósito de los contratos por adhesión financieros, donde de las 750 UTM actuales se propone aumentarlo a 1500 UTM;
- El aumento a 2 años de los plazos de prescripción extintiva para las respectivas denuncias, plazos que comenzarán a regir desde que la infracción “haya cesado” y no desde que “se haya incurrido en la infracción respectiva” como lo establece la ley vigente;
- Eliminación de la competencia en los Juzgados de Policía Local;
- La eliminación del párrafo del artículo 52 que limita los montos indemnizatorios, y que prohíbe, en la actualidad, que la víctima solicite el daño moral dentro del cálculo.

Una pregunta interesante que deviene en este caso es si con proyectos que ofrezcan cambios en estos términos es suficiente para dar plena satisfacción a los respectivos sujetos de derecho tutelados bajo esta ley, es decir, a los consumidores; o si aún no podemos tener la satisfacción jurídica de estar brindando todas las herramientas del derecho para su debida protección. Por de pronto, y para adelantar una posible respuesta, parece ser que no habrían buenos motivos para negar el tratamiento constitucional del resguardo de consumidores. A mayor abundamiento, en la medida que existan mayores aristas bajo las cuales un bien jurídico pueda ser tutelado (como, por ejemplo, desde un rango constitucional con

⁷ SANDOVAL (2004), *Derecho del Consumidor*, p. 20.

“principios” y uno legal con “reglas”), nos encontraremos con que se logran satisfacer desde distintos ángulos las premisas a las cuales nos hemos referido hasta ahora. No son tratamientos excluyentes entre sí.

f.) CONCLUSIONES PRELIMINARES

Con la LPDC termina por culminarse un proceso conforme al cual, como sostuvimos desde un principio, la regulación del aparato público comienza interceder desde el derecho penal, llegando a las más altas sanciones posibles en un determinado momento, para pasar, con posterioridad y hasta hoy, a la primacía del derecho administrativo por sobre el punitivo, junto con una escueta regulación civil (problema que subsiste hasta hoy en día). Con todo, vale mencionar que la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, le otorga nuevas potestades al SERNAC e incorpora una serie de interesantes aristas jurídicas, como la posibilidad de entablar acciones colectivas (tutelándose intereses colectivos).

Si esta investigación se propuso describir cómo se ha desarrollado el proceso de regulación y protección de los actos de comercio y el resguardo a consumidores tiene un sentido, y es el de confirmar lo que se sostiene en el numeral primero del apartado, a saber:

i. Que desde un principio y hasta la actualidad el legislador de consumo ha velado por la tutela, derechos u obligaciones en la materia, de manera única y exclusiva desde el rango legal, sea mediante disposiciones administrativas, donde los “Decretos” (Ley o con Fuerza de Ley) eran los encargados de resguardar lo pretendido por la autoridad, o, por otro lado, desde el nivel jerárquico “Ley”, pero jamás desde un rango suprallegal;

ii. Que no podría cuestionarse la voluntad de la autoridad para establecer marcos regulatorios claros a este respecto, no obstante queden las dudas en torno a si es suficiente con ello. El desarrollo moderno de las relaciones de consumo, quizás, nos indique que no.

iii. Ni el derecho penal o administrativo parecen ser las soluciones idóneas o únicas para la debida protección de las garantías que los consumidores requieren. Si bien la naturaleza de los contratos de que se trata en esta materia pueden versar sobre derecho civil o mercantil, los mecanismos de tutela del “contratante débil” no debieran seguirse ciñendo a estas áreas del derecho, o al menos no de manera exclusiva. El concepto de consumidor,

en la actualidad, trasciende el universo contractual, equiparándose con una noción de ciudadano con derechos que le son inalienables por el sólo hecho de ser tal.

iv. Cuando nos referimos a que el área del derecho aplicable no debiera ser de forma “exclusiva” alguna de las referidas, hablamos, en concreto, del área civil, mercantil o administrativa. *A contrario sensu*, creemos que el derecho penal es la vía menos idónea para regular las relaciones entre estas partes, pues el aparato punitivo debiere estar reservado para actos de mayor gravedad. Y es que estamos hablando del más importante derecho en juego: la libertad de los individuos. Contextos tan lamentables como el del Decreto Ley 280 de 1974 dan cuenta que el Estado no debiera tener la injerencia que tuvo en aquél entonces y por razones más que plausibles: la política criminal no puede perseguir relaciones de consumo, menos aún en el nivel en que se hacía. ¿Cómo puede acreditarse la intención de inducción a error en un producto, o la difusión de noticias falsas o tendenciosas para alterar la normalidad del abastecimiento? ¿Con qué estándar se emplea una valoración de prueba en estas tipificaciones? Existe una desproporción absoluta entre lo que se pretende tutelar y las medidas correctivas establecidas para ello.

En definitiva, la historia o tradición jurídica nacional nos indican que no hay razones suficientes para excluir de una jerarquía constitucional a la tutela efectiva de los derechos de consumidores. Ello nos lleva, por supuesto, a examinar la interrogante contraria, es decir, cuáles serían los argumentos que sí darían pie para justificar su inclusión en el más alto rango dentro del ordenamiento jurídico.

Es lo que intentaremos seguir respondiendo en los capítulos siguientes.

2. SITUACIÓN ACTUAL: LA INTEGRACIÓN DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES A FALTA DE UNA REGULACIÓN EXPRESA

Como el título lo indica, al existir ausencia constitucional de principios protectores de los consumidores, es difícil imaginarse un debate en dicho rango respecto de la materia referida. Con todo, en diciembre del año pasado comenzó una interesante discusión, la cual servirá de ilustración para fundar nuestro cuestionamiento al insuficiente marco regulatorio actual.

a. DECRETO SUPREMO 153 DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA

El 19 de diciembre de 2013 se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo 153 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (en adelante “Decreto”). La polémica que armó la normativa recién citada fue importante; destacados académicos hicieron ver que se trataba de un mal texto y que hacía retroceder aún más a la ya escueta regulación de consumo.

El Decreto, ya desde su descripción inicial, mostraba su camino a seguir: “Aprueba Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros”. La normativa, por un lado, buscaba poner término al contrato si el consumidor no aceptaba el cambio de sus comisiones, incluso pudiéndose suspender de inmediato la línea de crédito del mismo (Título III); y, por otro, consideraba la inclusión de medios tecnológicos o formas de comunicación a distancia como expresión o manifestación de consentimiento (Título II). Todo lo anterior en el ámbito los productos y servicios financieros.

El profesor Mauricio Tapia se refirió en términos bastante categóricos respecto del cuestionado Decreto, sobre todo en cuanto a que la regulación que el Gobierno de turno pretendía entablar mediante reglamento, a su juicio, era una materia de ley donde la competencia y la discusión, entonces, radica en el Parlamento: *“No se entiende cómo, en las postrimerías de su mandato, se pretende por vía reglamentaria abordar materias de ley, como la propia banca y el comercio lo han reconocido, vulnerando los principios básicos de protección al consumidor y desafiando a la Corte Suprema.*

*Nadie niega la necesidad de contar con reglas claras, pero ellas deben ser discutidas donde corresponde: en el Congreso, en un debate abierto, transparente y escuchando a todos los sectores.”*⁸

⁸ MAURICIO TAPIA, *Un grave retroceso*, 30 de octubre de 2013 (fecha de consulta: 9 de julio de 2014). Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2013/10/895-548465-9-un-grave-retroceso.shtml>

b. EL INOCUO REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

i. TRAMITACIÓN

El Decreto Supremo 153 generó discusión y rechazo no sólo en el mundo académico sino también en el político. Fue así como, el 20 de diciembre de 2013, se presenta ante el Tribunal Constitucional un requerimiento por parte de 31 Diputados de la República, a efectos que este órgano jurisdiccional, en sus facultades de control represivo de cualquier normativa publicada en nuestro ordenamiento, declare que ella contraviene algunas de las garantías existentes en el artículo 19 de nuestra Constitución.

Una semana después dicho Tribunal acogió a tramitación el requerimiento deducido, declarándolo admisible y evacuando, con posterioridad, los respectivos traslados. Dos semanas después de la presentación de aquél, la Cámara de Diputados aprobó, por mayoría simple (52 votos a favor y 43 en contra) la presentación de otro requerimiento al Tribunal referido, en razón del mismo Decreto contra el que se dedujo la acción anterior.

Al respecto, nos parece inoportuna e innecesaria una acción de esta naturaleza pues, como bien señaló el diputado Squella en la ocasión, *“no existe ninguna razón para presentar nuevamente este requerimiento”*, lo que se encuentra en sintonía con lo expresado por el diputado Edwards: *“no estamos agregando ninguna información nueva a lo que ya se presentó, y por lo tanto este requerimiento si lo envía la Cámara de Diputados, solamente va a acumularse dentro del Tribunal Constitucional y por lo tanto no hay ningún efecto jurídico, en derecho, a una acción como esta”*⁹.

Lo sostenido por este último fue lo que, en los hechos, ocurrió. El 21 de enero se decretó la acumulación de autos por parte del Tribunal Constitucional, y se evacúa traslado a la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Esta última no formuló observación alguna a lo requerido por el órgano jurisdiccional por no corresponderle; mientras que Contraloría defendió el Decreto, materia que será análisis del siguiente acápite.

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Cámara aprueba presentar requerimiento por inconstitucionalidad de decreto sobre contratos bancarios*, 15 de enero de 2014 (fecha de consulta: 9 de julio de 2014). Disponible en: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=88705

Con todo, apenas se inició el Gobierno de la Presidenta Bachelet, mediante el Decreto 79 del Ministerio de Economía fue derogado el Decreto Supremo 153, bajo el argumento de “*propender al perfeccionamiento de las normas reglamentarias que se dictan en ejecución de la ley N°19.496, atendido su carácter de instrumento complementario para garantizar la protección de los derechos de los consumidores*”¹⁰.

ii. REQUERIMIENTO DE ¿INCONSTITUCIONALIDAD?

Lo interesante de lo descrito en el punto anterior, y que nos sirve como ejemplo para examinar la tesis objeto de estudio, versa a propósito de las discusiones que se dieron en el proceso jurisdiccional ya señalado. El título de este acápite tensiona estas letras hacia un único horizonte: ¿fueron realmente constitucionales los requerimientos? ¿Es que realmente existía alguna garantía del artículo 19 de la Carta Fundamental que se viera vulnerada con el Decreto Supremo 153? Analizaremos los argumentos de fondo, a saber, la supuesta vulneración de algunos numerales del artículo 19 de la Constitución, numeral donde se tutelan una serie de derechos a las personas por el sólo hecho de ser tales. En concreto, hablamos de los números 2, 21 y 24 del artículo referido, es decir, igualdad ante la ley; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; y el derecho de propiedad.

Una de las tesis principales del requerimiento se funda en que el Decreto Supremo 153 tiene como propósito brindar certezas jurídicas, pero desconociendo las protecciones que requiere el consumidor financiero. Luego de ello, los requirentes aducen que el Tribunal Constitucional debiese admitir a tramitación la acción interpuesta pues cumpliría con los test para el control de reglamentos, con criterios tales como la innovación, la esencialidad, el carácter técnico o la proporcionalidad, entre otros. Materias de derecho administrativo que no son objeto de discusión en estas líneas.

Sin embargo, lo interesante se da desde el momento en que sostienen que “*la protección del contratante más débil es una finalidad constitucionalmente protegida*”¹¹. En

¹⁰ DECRETO 79 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Promulgado el 17 de marzo de 2014 y publicado el 26 del mismo mes.

¹¹ Tribunal Constitucional, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del Decreto Supremo N° 153, de 13 de septiembre de 2013, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre*

primer lugar, los requirentes hacen uso de jurisprudencia del Tribunal Constitucional para dar fe de lo aseverado. El problema que ello tiene, a nuestro parecer, es que lo emplean mediante analogías. Por ejemplo, se refieren a sentencias que dan cuenta de una protección al trabajador, lo que parece inoportuno por tratarse de materias completamente distintas. La protección del contratante débil en esta última materia es un principio que se recoge en una tradición laboral de antaño, el que no se encuentra de manera expresa señalado en el ordenamiento constitucional sino que se interpreta a la luz de las distintas normas que existen en el Código de la materia¹², y a lo más, podría deducirse del numeral 16 del artículo 19, en cuanto al derecho a no ser discriminado por criterios que no sean el de idoneidad o necesidad. Sin embargo, trasladar el criterio de contratante débil de ese numeral al consumidor parece en exceso forzado. Sin dudas, aplicar analogías a falta de una regulación –expresa o no, en clave de regla o de principio– fue el criterio empleado por los requirentes para poder seguir su curso argumental, algo que, como expusimos, excedería un análisis interpretativo razonable.

A. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

En relación a la primera garantía que los requirentes ven vulnerada, exponen un muy interesante análisis –y, a nuestro parecer, el que más peso tiene dentro del requerimiento– en torno a lo que el Tribunal Constitucional ha interpretado en materia de consumo. En efecto, en sentencia Rol 980-2008 dicho órgano jurisdiccional interpretó que la Ley de Protección al Consumidor contiene, de suyo, arraigado un principio constitucional de igualdad. En este sentido, el legislador de consumo no incurrió en arbitrariedades cuando dictó esta ley hace más de una década, pues trata de igual manera a los iguales e incorpora diferencias entre quienes están en condiciones desiguales (o superiores)¹³. Así, el Decreto Supremo 153 haría precisamente lo contrario, es decir, privilegiaría a las entidades financieras e iría en desmedro del contratante débil: los consumidores.

de 2013, que aprueba el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, ROL N°2565-13.

¹² Por ejemplo, aquella referida a la falta de escrituración de un contrato, en virtud de lo cual se entenderá que operan cláusulas a favor del trabajador, como señala el artículo 9° inciso 4° del Código del Trabajo.

¹³ Una réplica del tan conocido adagio aristotélico “Tan injusto es tratar desigual a los iguales como igual a los desiguales”.

El análisis empleado por los requirentes es agudo. Sin embargo, y como hemos hecho ver en distintos pasajes de esta investigación, creemos que no se sigue satisfaciendo la interrogante principal: ¿es suficiente? Es cierto que el principio de igualdad al que se alude podría satisfacer las pretensiones constitucionales que se tengan en la materia, pues guardan relación con la protección del contratante débil. Sin embargo, aún parece que el criterio interpretativo se fuerza, a falta de un texto expreso.

No nos caben dudas que el espíritu de la LPDC fue la protección que requiere una de las partes, respecto de la cual se entiende que se encuentra en una posición más indefensa que la otra; y que, por tanto, la que tiene una peor posición negociadora y de información deba tener ciertos resguardos de potenciales abusos. De ello también puede inferirse que existe una traducción constitucional de la igualdad ante la ley y del trato dispar que requieren los desiguales. Pero que sea una “traducción constitucional” no se sigue que sea un resguardo constitucional, un principio bajo el cual el consumidor tenga real protección en el rango más alto de la escala jerárquica-normativa. Lo primero es indirecto, lo segundo no.

B. LIBERTAD ECONÓMICA

El segundo bien jurídico constitucional que –a juicio de los requirentes– se ve vulnerado es el numeral 21 del artículo 19. Al respecto, aducen que nuestra Carta Fundamental garantiza el libre ejercicio de actividades económicas, siempre y cuando ellas no contravengan a la moral o al orden público. Sobre esto último, sostienen que existe una vulneración al consumidor pues el Decreto le contraviene, ya que éste introduce situaciones que irían en contra de derechos irrenunciables, las que también serían materias de orden público. En suma, “[l]a idea de orden público exige ciertos niveles mínimos de protección a los contratantes débiles en las relaciones contractuales de consumo masivo. Una expresión de ese mínimo regulatorio viene dado por la prohibición de regulaciones que, en lugar de ampliar o fortalecer los derechos de los consumidores, expresamente se dirijan a ampliar los derechos de los contratantes más fuertes”¹⁴.

¹⁴ Tribunal Constitucional, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del Decreto Supremo N° 153, de 13 de septiembre de 2013, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre*

Una vez más nos encontramos frente a interpretaciones forzosas. Es interesante cómo los autores del requerimiento de inconstitucionalidad se fundan en legislaciones comparadas para efectuar este último argumento, algo que analizaremos en profundidad en acápite posteriores. Sin embargo, y señalado de forma muy sucinta, el artículo 170 de la Constitución brasileña sostiene: “*El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por objeto garantizar una existencia digna a todos, de acuerdo con los dictados de la justicia social, sobre los siguientes principios: [...] V-Defensa del consumidor*”¹⁵. Como se ve, la Carta Fundamental de Brasil guía de manera inequívoca hacia dónde se dirigen sus principios, algo que nuestra Constitución no hace, pues sólo menciona lo que ya hemos citado con antelación y en un escueto inciso: el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Es más, en el inciso posterior, dentro del mismo numeral 21, se refiere a las actividades empresariales en las que pueda participar el Estado, mas nunca en los términos en los que lo hace su símil brasileño. Por lo mismo, trasladar hacia Chile una tradición extranjera, si bien occidental, no hace más que estirar de manera muy forzada una interpretación que se erige a falta de normas constitucionales que señalen con más precisión qué se resguarda.

C. EL DERECHO DE PROPIEDAD

Respecto de este numeral puede inferirse sin mayor esfuerzo cuál es la premisa que se está atacando: los consumidores son propietarios, como cualquier contratante, del contrato que suscriben. En este sentido, no puede venir la autoridad a intervenir en ellos, a menos que se tenga una justificación suficiente, como podría ser el hecho de estar ante un contratante poderoso y limitar las facultades que pueda tener, entendiendo que tiene una posición bastante mejorada en relación a los consumidores. Sin embargo, el Decreto Supremo 153 iría en el sentido contrario, limitando la propiedad que tienen los contratantes en desmedro del débil y a favor del fuerte, siendo que a éste es al que hay que controlar pues tiene una mejor posición económica y negociadora.

de 2013, que aprueba el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, ROL N°2565-13, 20 de diciembre de 2013, p. 19.

¹⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, 5 de octubre de 1988.

Una vez más nos enfrentamos a una interpretación en exceso forzada. Basta una simple lectura de la referida norma para entender que aquélla se refiere a bienes inmuebles y en relación al trato que el Estado debe tener hacia cualquier particular. Y es que es evidente: el inciso posterior regula la forma en cómo el aparato estatal puede expropiar bienes y los criterios que deben existir, como la utilidad pública o el interés nacional. Jamás se deja margen alguno para interpretar propiedades como a las que se refieren en el requerimiento de inconstitucionalidad, aunque no es menos cierto que nuestra jurisprudencia también ha hecho un uso demasiado extenso de la interpretación de dicha norma, entendiéndose que se tiene una propiedad respecto de muchísimas cosas más de las que se abarcan en el numeral 24 del artículo 19. Con todo, ello no es materia de esta tesis pero sí sirve de base para entender por qué se acude a esta norma para dar forma al argumento jurídico esbozado. Sin embargo, no por ello será correcto el razonamiento.

Es más, la idea que los requirentes esbozan encuentra asidero y se refuerza en el espectro legal, no en el constitucional. El fundamento de esto último tiene como fuente la LPDC en su artículo 16 letra a), algo que es reforzado incluso por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia en la ya paradigmática sentencia contra Cencosud y sus modificaciones arbitrarias, donde, en su considerando 3º, se señala: “(...) *para esta Corte constituye una alteración unilateral de los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. Existe por este solo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva*”¹⁶.

Una vez más, intentar darle rango constitucional a la protección del consumidor, con las normas que existen en la actualidad, es seguir intentando cuadrar un círculo.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, *SERNAC con Cencosud* (2011).

D. UNA RESPUESTA DEL TODO CIERTA

El Gobierno de turno de la época por un lado, y Contraloría por otro, respondieron al requerimiento de inconstitucionalidad.

El primer escrito, firmado por el Presidente de la República y los Ministros de la Secretaría General de la Presidencia y de Economía, sostiene que no existe una transgresión constitucional en el Decreto Supremo 153, aseveración con la que nos encontramos en absoluto acuerdo. Si bien la normativa es lamentable pues, en efecto, concede facultades que van en desmedro del contratante débil, no deja de ser cierto que ésta no atenta contra principios constitucionales. Al menos no contra los señalados por los requirentes.

Por otro lado, aducen que “[...] *el libelo promueve de forma improcedente en esta sede una cuestión de mérito, pues las alegaciones que vierten se dirigen verdaderamente a cuestionar el mérito o suficiencia de la regulación, no su conformidad con la Constitución y la ley, lo que no es admisible en estrados*¹⁷”. Esto es del todo cierto. El requerimiento, en realidad, lo que hace es cuestionar el fondo del Decreto y hace uso de preceptos constitucionales para intentar darle un sustento que no tiene, por lo menos a la luz de lo dispuesto en la regulación constitucional actual.

Contraloría termina por zanjar la discusión: “*En realidad no existe ni un solo precepto constitucional vulnerado por el decreto que se impugna. De allí que la invocación a la igualdad ante la ley sea retórica y no tenga más sustento que un intento de probar que una cierta especie de contratos la vulnera*”¹⁸. Así, “*no es posible identificar él o los preceptos constitucionales aplicables especialmente a los consumidores que se estarían afectando con el decreto objeto del requerimiento*”¹⁹. Poco más podría agregarse después

¹⁷ Tribunal Constitucional, *Formula indicaciones que indica a autos caratulado Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del Decreto Supremo N° 153, de 13 de septiembre de 2013, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 2013, que aprueba el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros*, ROL N°2565-13, 10 de enero de 2014, p. 2.

¹⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Sobre informe al Tribunal Constitucional del Requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto Supremo N°153 de 2013 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros*, 10 de enero de 2014. Disponible en <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=5A79EEB4916D4EA284257C60006C6DEE>

¹⁹ *Ibid.*

de la respuesta de dichos órganos. Ambos, qué duda cabe, solicitaron el rechazo del requerimiento.

c. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Cuando sostenemos que el requerimiento constitucional presentado por los parlamentarios es inocuo, se justifica en todos los acápites señalados con anterioridad. No existe un solo fundamento constitucional que sea plausible, razonable o categórico respecto de lo que se solicita, pues:

- i. La igualdad ante la ley y el trato desigual con los desiguales es un principio de aquellos que podrían subsumirse a la LPDC, pero como una interpretación a la luz de la intención legislativa que se tuvo para proteger al contratante débil, y no en virtud de algún precepto constitucional que nos indique de manera indistinta que hay un bien jurídico que debe resguardarse;
- ii. La libertad económica y el orden público no pueden verse atacados, pues no son como la legislación brasileña, la que hace principal hincapié en que el orden público “económico” debe tutelarse conforme a ciertas directrices que en Chile no existen, como el derecho de los consumidores;
- iii. El derecho de propiedad se aplica respecto de ciertos bienes, los que, por cierto, no aplican al caso de los derechos de los consumidores. Interpretar las normas en esa dirección es estirar en exceso un razonamiento que deviene en absurdo.
- iv. En suma, interpretar que una norma reglamentaria adolece de inconstitucionalidad no parece adecuado. El Gobierno de turno retiró dicha norma, a nuestro juicio, de forma oportuna, pues así evadimos sus graves consecuencias y, por otro lado, nos evitamos un debate en sede constitucional respecto de materias que no son constitucionales.

III. POR LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

No cabe ninguna duda que la Constitución Política de cualquier país ha tomado connotaciones importantísimas en el último tiempo. Hoy en día, nadie se atrevería a decir que una norma legal se interpreta con prescindencia del texto constitucional. Por lo mismo, considerar las implicancias de una expresión jurídica en este rango es una materia de análisis que debe tomarse en consideración.

En razón de esto último, y respecto de la materia principal que convoca a esta tesis, se hace necesario razonar en torno a la posibilidad de garantizar la protección al consumidor en un rango constitucional, sin desmerecer lo que hasta el día de hoy y, por cierto, a futuro, pueda realizarse en materia de consumo desde una escala legal.

Así, en este orden de ideas, las teorías que se formulan desde el derecho privado y el derecho público serán objeto de análisis en las líneas posteriores, con una aproximación desde el primero y con referencias al segundo. También en qué términos o qué garantías en materia de consumo podrían ser susceptibles de resguardarse es el debate que proponemos a continuación.

I. ARGUMENTOS QUE FAVORECEN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

a. DESDE EL DERECHO PÚBLICO

A. LOS CRITERIOS FORMALES

Existe una tradición jurídica consolidada en materia interpretativa, y que versa sobre los criterios en torno a los cuales puede interpretarse una norma.

En un sistema jurídico pueden existir lagunas, contradicciones y un sinnúmero de problemáticas que apuntan a problemas estructurales, los que son resueltos por los criterios formales ampliamente desarrollados, tales como analogías y aplicación de principios generales del derecho en casos de lagunas; criterios de temporalidad, donde una ley posterior puede derogar a la anterior; jerarquía de reglamento, ley o Constitución; y especialidad, sobre si la norma es más atingente al caso concreto en cuanto a género-

especie, en el caso de contradicciones o antinomias. Todo ello encaminado a brindarle la armonía necesaria al ordenamiento jurídico para un correcto funcionamiento.

Lo que nos convoca en este momento es el criterio jerárquico. Al respecto, “[...] cuando se trata de interpretar una regla, antes de examinarla a la luz de los elementos gramaticales, históricos, lógicos o sistemáticos, habrá que confrontarla con el texto constitucional, de modo de apartar de los posibles sentidos de la regla, aquel que pudiera infringir el texto constitucional”²⁰.

B. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Sin embargo, la irrupción de Robert Alexy²¹ (precedido por Ronald Dworkin²²) cambió el paradigma de la interpretación al respecto, sobre todo en materia de derechos fundamentales.

El primero de ellos sostiene que una norma puede estar escrita en clave de regla o de principio, siendo estos últimos “mandatos de optimización”, es decir, algo que pueda ser realizado en la mayor medida posible; mientras que las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.

Cuando se suscita un conflicto entre reglas las soluciones posibles son las esbozadas en párrafos anteriores: criterios como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. Sin embargo, a la hora de confrontarse principios, el criterio a seguir debe ser la ponderación aplicada al caso concreto; nunca un principio *per se* valdrá más que otro. En cuanto a lo que nos convoca debemos precisar, en consecuencia, que la protección del más débil en las relaciones de consumo es una cuestión de principios y no de reglas.

Por otro lado, sostiene el referido autor que en un ordenamiento constitucional existen normas de derechos fundamentales expresas y otras no explicitadas, pudiendo encontrarse éstas intrínsecamente adscritas a algunas de aquéllas. Lo anterior nos convoca a los razonamientos empleados por los parlamentarios que requirieron de inconstitucionalidad al Tribunal ad-hoc que conoce de esta materia, tensionando nuestro punto de vista en lo referente a la necesidad de una mejor explicitación de una norma

²⁰ DOMÍNGUEZ (2010), *Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, p. 111.

²¹ ALEXY (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 83 y ss.

²² DWORKIN (2012), *Los derechos en serio*, pp. 72 y ss.

constitucional protectora del contratante débil en las relaciones de consumo. Este razonamiento podría concederles la razón en el sentido que, en efecto, existen normas constitucionales actuales que pueden ser subsumidas para proteger al consumidor. Sin embargo, el mismo Alexy reconoce que esto genera consecuencias fatales: *“En muchos casos es discutible que para la adscripción de una norma sea posible ofrecer una fundamentación iusfundamental –lógicamente– correcta. Las reglas de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a uno y sólo un resultado; además, ellas mismas están en conflicto. Por lo tanto, esto significa que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles normas son normas de derecho fundamental”*²³.

Esto último reafirma nuestra posición. En efecto, es posible que mediante buenos argumentos puedan encontrarse razones suficientes para que el resguardo constitucional de los consumidores encuentre asidero en el texto actual, pero, aún así, no genera las certidumbres necesarias y relativiza una protección que sí podría verse tutelada en nomenclatura de “derecho fundamental expreso”.

C. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PRIVADO

Con anterioridad se analizaron normas de rango constitucional que podrían haber sido subsumibles al ámbito de las relaciones privadas, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo 153. En este acápite se abordarán discusiones doctrinarias que tienen concordancia con lo estudiado. Sobre el particular, es posible señalar que sólo Ricardo Sandoval²⁴ se ha hecho cargo de un aspecto constitucional del derecho del consumidor, desde una vertiente de derechos económicos y sociales y el orden público económico.

i. ARTÍCULO 19 NÚMERO 21 Y 23

En efecto, Sandoval (al igual que en el requerimiento ya citado, pero desde otra perspectiva), acude al numeral 21 del artículo 19 de la Constitución. En este sentido, sostiene que: *“[l]a elección libre de un bien o servicio, que constituye uno de los derechos*

²³ ALEXY (1993), op. cit., pp. 71-72.

²⁴ SANDOVAL (2004), *Derecho del Consumidor*, pp. 21 y ss.

*de los consumidores, tiene su fundamento constitucional en el artículo 19 N°21 de nuestra Carta Fundamental. En efecto, la libertad de realizar actividades económicas es comprensiva del derecho del consumidor de procurarse toda clase de bienes o requerir todo tipo de servicios de los que se ofrecen en la actividad económica. Esta libertad de elección se basa, asimismo, en la garantía constitucional del art. 19 N°23, que asegura a todos el derecho para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así*²⁵.

La distinción entre lo que describe Sandoval con el requerimiento de inconstitucionalidad ya analizado en acápites anteriores, es que aquél se refiere al derecho de adquirir de manera libre bienes y servicios. Sin embargo, ello pareciera ser sólo materia del numeral 23 del artículo 19 –que él también cita– y no del 21, referido sólo a quienes deseen desarrollar cualquier actividad económica. No sería razonable enraizar una protección al consumidor en el numeral último, sino más bien parece ser que es una garantía que va dirigida al otro contratante, al fuerte, al proveedor.

Por otro lado, y como ya sostuvimos de forma sucinta, el numeral 23 del artículo 19 apunta a la “libertad” de adquisición de toda clase de bienes, pero la misma norma no apunta a alguna protección efectiva que se resguarde en virtud de esa libertad. En suma, si bien dicha libertad es entendida como un derecho, no parece haber sido redactada por el legislador constitucional como una norma protectora del contratante débil, sino como una regla liberal de mercado, ya que no se establece ninguna tutela efectiva hacia un consumidor, contratante, ciudadano o individuo que se encuentre en condiciones asimétricas respecto del otro contratante.

ii. ARTÍCULO 19 NÚMERO 22

Además de lo anterior, el referido autor enlaza el numeral 22 del artículo 19 con el artículo 3° letra c) de la LPDC. Esta última norma se refiere al derecho que tienen los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente por los proveedores; mientras que la primera de ellas se refiere a la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus

²⁵ *Ibíd.*, p. 22.

órganos. La interpretación que realiza Sandoval carece de lógica, pues efectúa casi un paralelo lingüístico: ambas se refieren a no discriminar, es cierto, pero una de ellas, la constitucional, versa respecto de los derechos de las personas –no de los consumidores propiamente tal– frente al aparato estatal (un derecho liberal); mientras que la de rango legal alude de forma directa y explícita a la relación con los proveedores, es decir, entre privados. Por ello, no parece adecuado fundamentar la protección del consumidor en este numeral.

iii. ARTÍCULO 19 NÚMERO 12

Por otro lado, el autor analiza el artículo 19 número 12²⁶, en cuanto a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, trasladando dicho contenido al derecho que tiene el consumidor respecto de la información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que se ofrecen, lo que se encuentra regulado en el artículo 3 letra b) de la LPDC, garantía que se vería reforzada por la obligación del proveedor a entregar información comercial básica, según dispone el artículo 1 número 3 de la ley referida.

Si bien tampoco estamos de acuerdo con este razonamiento, esta garantía merece una especial atención y análisis.

Por un lado, la norma constitucional apunta a un lado muy distinto de la legal que se cita: la primera alude a la «emisión» de opinión e información; mientras que la segunda a la «recepción» de la misma. En este sentido, si nos ceñimos de forma estricta al tenor literal de la garantía del artículo 19 número 12, podemos deducir que ella, más bien, apunta a una tutela hacia los proveedores y no en favor los consumidores, pues la libertad de informar a otro, en una relación de consumo, no tiene ninguna relación con el derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre los bienes y servicios ofrecidos (como lo establece de manera inequívoca la LPDC en su artículo 3 letra b). La distinción puede desprenderse sin mayor interpretación.

Por otro, podría sostenerse que lo que realiza el autor, respecto del principio constitucional, es una interpretación *a contrario sensu*, pero Sandoval no hace mención a

²⁶ *Ibíd.*, p. 23.

ello²⁷ sino que sostiene una especie de reciprocidad de la norma; es decir, que el derecho de ser informado se encuentra integrado en la garantía que contempla la libertad de opinar e informar.

Sin embargo, si entramos al fondo del análisis del numeral 12 del artículo 19 (cuestión que hasta ahora no hemos hecho), podemos notar que el universo que ha abarcado la norma, desde su origen, no dice relación con las relaciones de consumo, sino que más bien la norma referida “*asegura la libertad para emitir opiniones, pensamientos y pareceres libres de toda censura –y se enarbola (o debería enarbolarse) como bandera de lucha del periodismo–*”²⁸. A modo de ilustración, han existido importantes conflictos jurídicos que se han suscitado en torno a dicha garantía y que versan sobre censuras de corte periodísticos, como lo ocurrido con los libros “Impunidad Diplomática”²⁹, “Cecilia, la vida en llamas”³⁰, el reportaje de “Donoso Arteaga”³¹, o también con informes en materia de Derechos Humanos que, a propósito de la libertad de expresión, cuestionan ciertas decisiones adoptadas en medios de difusión masivos o políticas gubernamentales en torno a ello³².

Como se ha intentado demostrar, la orientación (jamás única o excluyente, pero sí marcada) que ha tenido el derecho de libertad de expresión y de información, al menos hasta ahora, ha sido hacia la difusión en los medios masivos. Sin embargo, han habido otros casos igual de llamativos y que no versan sobre esta profesión, siendo el más conocido la sentencia contra el Estado de Chile por la censura de la película “La última tentación de

²⁷ *Ibid.*, p. 24.

²⁸ LOVERA (2006), *El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada* (en *Libertad de Expresión en Chile*), p. 55. Como el título del capítulo lo indica, el autor citado se dedica a analizar la constante pugna que existe entre esas dos garantías constitucionales, las que, de forma recurrente, se han visto enfrentadas en sede judicial, sobre todo en casos en los que han sido los medios de comunicación los que, en el ejercicio de su libertad de expresión, afectan a la vida privada de otros. En este sentido véase GONZÁLEZ (2006), *Censura judicial y libertad de expresión: Sistema interamericano y sistema chileno* (en op. cit.), p. 29 y ss., quien analiza la discusión sobre si cabe la censura previa respecto de potenciales daños que pudieran ser irreparables para los afectados, ejemplificando a través de casos periodísticos y las eventuales perniciosas consecuencias de ciertas publicaciones.

²⁹ *Corte Suprema, Sentencia Rol N°21053-93.*

³⁰ *Corte Suprema, Sentencia Rol N°5697-03*

³¹ *Corte Suprema, Sentencia Rol N°2524-98*

³² Vid FEDDERSEN (2007), *Libertad de Expresión* (en *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2007*), pp. 61 y ss., que describe, por ejemplo, las intervenciones del Gobierno de turno para los nombramientos de cargos directivos en Televisión Nacional de Chile.

Cristo”³³, el que no será materia de análisis de esta tesis pero se cita a efectos de dar cuenta que, el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución, no sólo se ciñe a medios de información. Sin embargo, hasta ahora, es difícil concebir esta garantía como una que pueda ser subsumible en aras de un resguardo efectivo de los consumidores en el marco de una relación privada. Al menos, por supuesto, en su redacción actual.

b. DESDE EL DERECHO PRIVADO

Una interrogante que no se ha planteado durante esta tesis pero que se ha desarrollado de manera intrínseca en ella gira en torno a lo siguiente: ¿se justifica un reconocimiento constitucional de la protección al consumidor, si ya existe protección legal? Lo analizado hasta ahora ha demostrado la insuficiencia que existe en el ámbito constitucional, mediante no sólo la evidente ausencia de texto expreso que tutele derechos de los consumidores, sino a través de interpretaciones forzadas que han intentado subsumir este ámbito dentro de algunas garantías que en la actualidad existen. Sin embargo ¿puede ser la LPDC suficiente y, en ese sentido, ignorarse la fundamentación de la necesidad de la constitucionalización? A nuestro parecer la respuesta es muy simple: no, no es suficiente.

En acápites anteriores dimos cuenta de argumentos que intentan favorecer la constitucionalización, tanto desde el derecho público como los aportes que la doctrina privatista ha hecho a la discusión constitucional. En las siguientes líneas se erigirán los motivos por los cuales deviene en necesaria la constitucionalización de la protección del consumidor a partir de argumentos del derecho privado propiamente tal.

A. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

El artículo 4 de la LPDC no contempla dobles interpretaciones ni abre algún margen de duda: los derechos de los consumidores son irrenunciables. Lo anterior refleja de una forma muy nítida la intención que el legislador de consumo tenía al redactar dicha norma: se debe entender que las partes contratantes se encuentran en posiciones asimétricas de negociación e información y, por tanto, todos los derechos que se les aseguren en la LPDC

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “La Última Tentación de Cristo vs. Chile”*, sentencia de fondo (2001).

no pueden ser susceptibles de algún pacto distinto de lo que se resguarda en la ley referida³⁴.

Las consecuencias de esta norma pueden ser muy interesantes. En primer lugar, reconocer como irrenunciable un catálogo de derechos supone otorgarles el máximo de los resguardos posibles dentro de un ordenamiento jurídico, lo que nos lleva de inmediato a la siguiente pregunta: ¿hay otros derechos que sean irrenunciables? Por supuesto, los laborales y todo el catálogo de derechos del artículo 19 de nuestra Constitución. Los legisladores de consumo y laboral tienen una fundada sospecha que las relaciones entre partes respecto de estas dos áreas del derecho no son iguales, mientras que en el caso del legislador constitucional hablamos de la irrenunciabilidad por tratarse –el catálogo del artículo 19– de ciudadanos por el mero hecho de ser personas, por tanto, al tener todos nosotros dicha categoría, nos encontramos bajo el resguardo de la Carta Fundamental (nadie podría discutir en la actualidad, por ejemplo, que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos).

El fenómeno que ocurre en el área laboral tiene muchas semejanzas con el universo del consumo. El profesor uruguayo Américo Plá definió, con precisión, qué debe entenderse por irrenunciabilidad en materia laboral:

“la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. (...)”

En efecto, al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de la renunciabilidad, el derecho del trabajo se rige por el principio opuesto, que es el de la irrenunciabilidad. [...] nadie puede privarse de las posibilidades o ventajas establecidas en su propio provecho”³⁵.

³⁴ Ahora bien, la legislación chilena sólo contempla la norma que se cita, sin embargo, ordenamientos como el español van más allá. Véase artículo 107 número 3º Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 y del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en este título, serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario”.

³⁵ PLÁ (1978), *Los Principios del Derecho del Trabajo*, pp. 67-69.

La época en que Plá escribe ayuda a entender por qué sólo se refería de manera tan categórica al derecho del trabajo. Como se señaló en *supra* 4, las relaciones de consumo en el siglo XXI son un paradigma muy distinto al de 1978. Si hiciéramos una supresión mental hipotética del sentido laboral de la cita recién empleada y la trasladáramos a las relaciones de consumo, tendría perfecta coherencia también. En efecto, en el derecho común existe la posibilidad de renunciabilidad de derechos o de negociar elementos que, en la legislación de consumo, sería impensado.

La Carta Fundamental no requiere mayor análisis. Nadie podría discutir el sentido y alcance que tienen los numerales del artículo 19, en tanto protegen bienes jurídicos que están allí porque todos y cada uno de nosotros somos susceptibles de ser resguardados por ellos, sea porque se tienen derechos a la privacidad, a la propiedad, a una protección a la salud, a la educación, a la libertad personal, etc. En definitiva, toda Constitución es una construcción jurídica en sociedad que, por un lado, estructura el ordenamiento jurídico de la comunidad respectiva y, por otro (lo más importante para este análisis), establece los derechos y deberes de los ciudadanos por ser tales. Las garantías constitucionales, en palabras de Domínguez, integran la noción de persona³⁶.

Por ello, sin mirar en menos la muy importante labor que cumplen las garantías del artículo 19, nuestro núcleo argumentativo se erige en torno a lo que sucede en el área laboral y por un motivo muy sencillo: en términos jerárquicos se encuentra en el mismo rango de la legislación de consumo (legal), pues tiene un Código del Trabajo y procedimientos claros dentro de dicho marco. Pero lo interesante de ello son tres situaciones particulares que hacen del derecho laboral un área a replicar desde la legislación de consumo:

- i. Independiente de contar con un Código que tenga un rango legal, los trabajadores tienen un expreso reconocimiento constitucional en el numeral 16 del artículo 19 (no obstante encontrarse sujeto a críticas por parte de la doctrina³⁷). Dicho reconocimiento asegura, como mínimo, la posibilidad de “[...] *incluir la aplicación del criterio de interpretación llamado “conforme a*

³⁶ DOMÍNGUEZ (2010), op. cit., p. 16.

³⁷ Vid UGARTE (2007), *La Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador: de erizo a zorro*, p. 52, quien cuestiona la intención del constituyente por haber dictado un numeral con “laboralismo de mínimos”, sin hacerse cargo de derechos laborales de corte más social.

la Constitución” y que consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales. Igualmente se aplica esta vía, cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de las normas. Son los llamados conceptos jurídicos indeterminados como buenas costumbres, orden público, moral, in comerciabilidad, buena fe, etc. Todas ellas pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales.”³⁸;

- ii. Decíamos como mínimo pues, con prescindencia del análisis en torno a si existe un mecanismo para hacer valer en sede judicial dicho numeral, ya teniéndose un texto constitucional expreso, como señala Corral en la cita reciente, se favorece de manera importante una interpretación en el correlato legal que tenga la norma referida (en este caso, el Código del Trabajo). Pero además de poder tener una clara mención constitucional, desde 2008 se contempla un procedimiento para hacer valer una serie de Derechos Fundamentales ¡en primera instancia! (y no en Cortes superiores jerárquicas), conocido como Tutela de Derechos Fundamentales, proceso que se regula entre los artículos 485 y 491 del Código de la materia, y que, por si fuera poco, no sólo se refiere a lo que señala el numeral 16 del artículo 19, sino que además resguarda otros derechos de carácter constitucional y no laborales propiamente tal: integridad física y psíquica (numeral 1), vida privada, honra e inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (4), libertad de conciencia (5), libertad de expresión (12), libertad de trabajo, derecho a la no discriminación y libertad sindical (16). El caso de la no discriminación es interesante, pues el procedimiento de Tutela de DD.FF. remite al artículo 2 del mismo Código –y no a la Constitución–, siendo la misma jurisprudencia (judicial y administrativa)³⁹ la que ha entendido que también el numeral 16 del artículo 19 se abarca en este procedimiento, es decir, en rango legal y constitucional.

³⁸ CORRAL (2004), op. cit., p. 7.

³⁹ Vid *Primer Juzgado Laboral de Rancagua, sentencia ROL N° 92.771-2007; Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia ROL N°66-2012 y Dirección del Trabajo, dictamen 3704/134 del 11 de agosto de 2004.*

iii. En consecuencia, a nuestro parecer la legislación de consumo tiene un interesante desafío en relación a los puntos citados y el tratamiento que están teniendo en la actualidad, pero lo más relevante, por cierto, es que como mencionamos en *supra* 30, la legislación laboral y de consumo tienen semejanzas o correspondencias entre sí. No tan sólo –como expusimos– en lo referido a que ambas áreas tienen un tratamiento legal (un argumento en su totalidad formalista), sino más bien a la lógica y fundamento que tienen detrás: la de la parte débil, siendo el trabajador y el consumidor, respectivamente, quienes merecen un tratamiento especial por la asimetría de la relación que hay entre privados (con empleador y proveedor), lo que se traduce, en definitiva, en que ambas contemplan la irrenunciabilidad de los derechos.

Es más, los derechos irrenunciables en la LPDC tienen un correlato expreso en el artículo 4, mientras que en el Código del Trabajo no, salvo en casos puntuales (como el pre y post-natal⁴⁰), y ha sido más bien a través de principios doctrinarios y jurisprudenciales que se ha llegado a dicho paradigma, como el ya citado Américo Plá.

En suma, hay una pregunta que nos generamos de forma automática a raíz de lo expuesto, y es la siguiente: ¿por qué el consumidor no puede tener también un resguardo constitucional?

B. EL CATÁLOGO DEL ARTÍCULO 3 LPDC Y LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN

La LPDC estableció en su artículo 3, 3 bis, 3 ter y 4 una enunciación precisa de derechos y deberes del consumidor. Haciendo una analogía, es lo que el artículo 19 es a nuestra Constitución. Además, las otras normas del Título II (donde se encuentran arraigados los artículos ya referidos) hacen mención a cómo debe estructurarse una organización que persiga la defensa de estos consumidores, regulando su orgánica y las materias o actividades que no pueden tratar.

⁴⁰ Código del Trabajo, Artículo 195.

Sin embargo, a raíz de lo analizado en el punto anterior, conviene preguntarse si es suficiente el catálogo de derechos del artículo 3. Suficiente no en cuanto a si debiesen agregarse otras disposiciones o numerales a esta norma (debate que excede a esta tesis), sino más bien en lo que se refiere a la idoneidad de seguir perteneciendo únicamente al hemisferio legal y si alguna de estas disposiciones pudiera elevarse a rango constitucional. Ello, sobre todo entendiendo que las relaciones de consumo, en la actualidad, exceden con creces el tratamiento que tuvieron en antaño.

Junto con lo anterior, es indiscutible que el derecho privado tiene un correlato constitucional en el artículo 19 número 21, 23 o 24, lo que nos hace concluir que aquél ya irrumpió en éste de manera importante.

Hernán Corral llamó a lo anterior la “civilización del derecho constitucional”, es decir, *“materias que eran y son propias de derecho privado ahora se las encuentra en la Constitución, al menos en sus elementos básicos”*⁴¹. Este último, junto con Ramón Domínguez generaron algunos valiosos aportes a la discusión⁴². El primero de ellos con una aseveración que pone de manifiesto lo que venimos tratando: *“La aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse”*⁴³.

Ambos autores sostienen que la norma constitucional obliga a interpretar de forma distinta su correlato legal. De hecho, Corral menciona expresamente seis materias distintas que debiesen ser reformuladas e interpretadas conforme a la Constitución, a saber: los derechos de la persona y su respeto a la dignidad; contratos, en lo referente a la autonomía privada y sus límites en cuanto al derecho a poder desarrollar iniciativas en materia económica; en cuanto a los bienes y derechos reales los *“modos de adquirir el dominio y la clasificación de los bienes en públicos y privados, el derecho contemplado en el art. 19 N° 23 de la Carta Magna”*; responsabilidad civil, respecto de la reparación integral e indemnización del daño moral a raíz de la integridad psíquica del numeral 1 del artículo 19; en sucesiones, respecto de la libertad que se tiene para testar y la justificación de sus limitaciones en lo referente a las asignaciones forzosas; y familia, por supuesto, en atención

⁴¹ CORRAL (2004), op. cit., p. 11.

⁴² Vid CORRAL (2004), op. cit., pp. 4 y ss.; DOMÍNGUEZ (2010), op. cit., p. 110 y ss.

⁴³ CORRAL (2004), op. cit., p. 5

a que nuestra Carta Fundamental menciona en forma expresa que es el núcleo de la sociedad en el numeral 1⁴⁴. “*De aquí que, cuando se trata de interpretar una regla, antes de examinarla a la luz de los elementos gramaticales, históricos, lógicos o sistemáticos, habrá que confrontarla con el texto constitucional, de modo de apartar de los posibles sentidos de la regla aquel que pudiera infringir el texto constitucional*”⁴⁵.

No nos cabe ninguna duda que este ejercicio, la interpretación conforme a la Constitución, fue lo que intentó realizar Ricardo Sandoval en los análisis ya realizados en *supra* 24 y ss., pero seguimos sosteniendo la misma problemática: no hay norma en que fundarse para realizar una interpretación en estos términos. El interesante ejercicio de Corral subsume materias de derecho privado en las que sí hay un correlato constitucional en las garantías del artículo 19. Las relaciones de consumo, suponemos que por tratarse de un ámbito moderno e innovador, no tienen cabida en la actual Constitución, lo cual nos hace concluir, desde ya, que las garantías del artículo 19 son insuficientes, con contenidos algo obsoletos para los desafíos de la actualidad, en este caso, en materia de consumo (por supuesto que existen otras áreas más, pero que no son objeto de estudio en esta tesis).

Pues bien, Corral, además de lo anterior, clasifica en tres las formas en que la Constitución puede operar, en este caso, en el Derecho Privado⁴⁶. Una de ellas es la vía reformadora, la que supone efectuar reformas o modificaciones formales a las leyes que puedan verse afectadas por la constitucional; la indirecta o hermenéutica, que, como hemos expuesto en apartados anteriores⁴⁷, supone realizar una nueva interpretación del respectivo hemisferio legal conforme a la norma constitucional⁴⁸; y la vía o aplicación directa, la que “*se produce cuando el juez es autorizado a resolver un caso de derecho privado invocando las disposiciones constitucionales sin esperar que ellas hayan sido desarrolladas por un texto legal*”⁴⁹. Esta última vía, sostiene, sería peligrosa, pues podría llegarse a una “autarquía” constitucional y que la norma de este rango pueda “expropiar” textos legales,

⁴⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ (2010), *op. cit.*, p. 111.

⁴⁶ CORRAL (2004), *op. cit.*, pp.7 y ss.

⁴⁷ *Supra* 30.

⁴⁸ Para otra parte de la doctrina (DOMÍNGUEZ (2010), *op. cit.*, p. 112) esta forma de interpretar produce una completa alteración de la forma en que se había hecho tradicionalmente en nuestro país, “*porque implica entregarle al juez la custodia, a través del procedimiento de hermenéutica, de los derechos fundamentales, de forma de no aceptar sentidos de las leyes que importen vulneración de los mismos*”.

⁴⁹ CORRAL (2004), *op. cit.*, p.9.

atendiendo al hecho que un juez puede descartar la competencia civil de alguna ley o artículo de corte privado y acudir a la legitimidad de un principio constitucional que actúe en ausencia de ley.

Para Corral la solución es clara: *“Las posibles contradicciones que puedan darse entre las previsiones de la ley civil y el texto constitucional pueden superarse por la vía interpretativa: si hay varias lecturas de un texto y alguna es inconstitucional y en otra no, hay que preferir mantener la vigencia del texto mediante la elección de su sentido constitucional. En los casos en los que ello no sea posible habrá que esperar que se activen los mecanismos que la misma Constitución estableció para eliminar las normas legales que la contraríen: el recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema (art. 80).”*⁵⁰

En nuestro caso, no vemos problema en que ello ocurra. Ya hay procedimientos donde la misma ley faculta al juez de instancia a resolver utilizando las garantías constitucionales, en concreto nos referimos a las sentencias laborales⁵¹ (incluso en procedimiento ordinario, no siendo necesario estar insertos en el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales ya analizado con antelación). El punto relevante en este asunto es que es un mandato de carácter copulativo, es decir, el juez debe utilizar preceptos constitucionales, legales o inclusive a Tratados Internacionales, además de una serie de otras indicaciones contenidas en dicho artículo. Por supuesto, esto atañe a universos procesales, donde la discusión de una reforma procesal civil ha llevado mucho tiempo de tramitación en el Congreso, mientras que existen una serie de áreas del derecho que ya innovaron en estas materias, como familia, tributario, laboral o penal. Entendemos la preocupación de Corral al respecto, pues grafica su argumento mediante la lógica del ciudadano frente al aparato estatal, pero creemos que es algo que puede perfeccionarse como el proceso ya citado.

En definitiva, la doctrina citada ha aportado interesantes aristas que pudieran abordarse desde la problemática del derecho de consumo planteada en esta tesis, una vez que las garantías de los consumidores pudieran tener un reflejo constitucional expreso. Así, con los aportes de Corral y Domínguez se podrán enfrentar de mejor forma las posibles

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 10.

⁵¹ *Código del Trabajo, artículo 459.*

problemáticas que pudieran suscitarse en torno a la interpretación de una garantía constitucional del consumidor.

c. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En lo que se refiere a los argumentos a favor de la constitucionalización desde el derecho público, podemos concluir lo siguiente:

i. En primer lugar, se describieron los criterios tradicionales de interpretación constitucional, a efectos de dar cuenta que lo relevante para esta investigación es el criterio jerárquico;

ii. En este mismo sentido, el aporte de Alexy sirve de base para entender que existe una distinción entre reglas y principios, siendo una primera propuesta para una hipotética norma constitucional de las relaciones de consumo que sea escrita en clave de principios y no de aquéllos, que sólo se refieren a lo puede o no cumplirse;

iii. Y lo más importante: la necesidad de un derecho fundamental expreso y no una regla de fundamentación iusfundamental, pues esta última no otorga las certezas suficientes que sí puede brindarnos la primera señalada.

iv. No parece óptimo seguir insistiendo en el numeral 21 del artículo 19 pues, en este análisis, estamos en presencia de derechos de proveedores y no de consumidores, mientras que el artículo 23 si bien cautela una libertad en cuanto a la adquisición de bienes, es una norma de carácter liberal y no resguarda los intereses de los consumidores, que es una de las materias en las que se ha profundizado en esta tesis;

v. El numeral 22 del artículo 19 no tiene concordancia alguna con la materia a la que se intenta subsumir en la LPDC: la discriminación tutelada en esta última es entre privados, mientras que la primera norma se refiere al resguardo del individuo frente al Estado;

vi. En consonancia con esto último, la libertad de emitir opinión e información sin censura *ex ante* es una norma aplicable a los proveedores, pues se refiere a la emisión y no recepción de aquéllas. En caso que de todas formas aceptásemos este argumento se nos presenta otra problemática: la norma, hasta el día de hoy, tiene más bien una aplicación

respecto de casos que tengan un impacto a la opinión pública, fundamentalmente en materia periodística pero en otras también (como “La Última Tentación de Cristo”), no habiendo una interpretación judicial, hasta ahora, como la que realiza Sandoval;

vii. Salvo este último argumento (que es muy discutible), creemos que no hay buenos fundamentos que se aporten desde el mundo privado en aras de buscar el correlato constitucional que tendrían los consumidores. Creemos que esto se debe, como hemos esbozado, a un síntoma anacrónico de la Constitución y sobre todo del legislador, que aún no hace frente a los tiempos actuales, en donde las relaciones de consumo bañan a diario a todas las personas y, qué duda cabe, requieren de un mejor tratamiento.

Respecto de las discusiones y aportes en el universo privatista propiamente tal, creemos que se debe considerar lo siguiente:

i. A propósito de la irrenunciabilidad de los derechos, el artículo 4 LPDC no deja margen de dudas en su tenor, encargándose de zanjar cualquier duda que pudiera existir en torno a ello. Por tanto, merece el máximo resguardo jurídico, al igual que las normas de orden laboral y constitucional. En estas tres áreas hablamos de irrenunciabilidad a las garantías que la legislación le brinda a los respectivos sujetos de derecho;

ii. La regulación en el hemisferio laboral tiene semejanzas muy nítidas con la regulación de consumo: ambas pertenecen a la jerarquía legal, ambas contienen principios irrenunciables pues, de nuevo, en ambas se entiende que existe una relación dispar entre las partes que participan del contrato. Lo llamativo de esta descripción es que, a pesar de estas concordancias, sus regulaciones distan mucho entre sí: la regulación de consumo sólo se subsume a la LPDC, mientras que la legislación laboral utiliza su Código, la Constitución como interpretación hermenéutica y también, por si fuera poco, como vía directa para el resguardo de garantías constitucionales, mediante el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales;

iii. El catálogo de derechos del artículo 3 puede ser materia “constitucionalizable”, entendiéndose que el resguardo que brinda la LPDC es insuficiente en la actualidad, pues las relaciones modernas de consumo sobrepasaron al derecho privado propiamente tal, entendiéndolas, en consecuencia, como un tratamiento que debiesen tener los consumidores en tanto ciudadanos;

iv. Los aportes de la doctrina en relación a cómo el derecho privado ha bañado a la Constitución y viceversa, son material de relevante interés a la hora de analizarse la constitucionalización del derecho del consumidor, a efectos de tener claridad sobre cómo enfrentar las consecuencias de que sea reconocida una garantía de este tenor en la Carta Fundamental, sobre todo en materia interpretativa;

v. Por todo lo descrito, nos parece que ya no hay dudas: la regulación de derecho privado en materia de consumo se encuentra en distinta sintonía con lo que debiesen ser los procesos jurídicos modernos, como los que se verán de forma sucinta a continuación en materia comparada y que servirán de base para las propuestas de nuestra parte a las materias que deberían abordarse en nuestra Constitución.

2. DESCRIPCIÓN DE EXPERIENCIAS COMPARADAS

En lo que respecta al análisis de ordenamientos comparados en materia de consumo, serán descritas las regulaciones constitucionales de tres países de la región que pudieran aportarnos cómo enfrentar, en Chile, un eventual reconocimiento constitucional del derecho del consumidor.

a. ARGENTINA

La Constitución Nacional de la República Argentina establece, en sus artículos 42 y 43, de forma expresa e inequívoca, un resguardo al derecho de consumidor. En nomenclatura de Corral⁵², hay no sólo una acción hermenéutica en la primera norma (que delimita los principios hacia los cuales deben interpretarse las normas de rango legal en la materia), sino que una acción directa en la segunda. Así, el artículo 42 señala que “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*”⁵³, mientras que el 43 brinda las herramientas jurídicas para que lo anterior no quede en simple poesía constitucional: una acción de amparo para que cualquiera que pudiese ver afectado su derecho, de parte de la autoridad o de un privado, recurra ante la sede judicial respectiva.

⁵² *Supra* pp. 34-35.

⁵³ *Constitución Política de la República Argentina*, 1994.

b. BRASIL

El artículo 5 de la Constitución Federal establece que todas las personas son iguales ante la ley. A su turno, existe una mención expresa respecto de todos los residentes en el país (brasileño o extranjero), entre ellas, garantías como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad bajo la siguiente premisa: “[...] XXXII – *El Estado promoverá, en la forma requerida por la ley, la defensa del consumidor*”⁵⁴. Además, el artículo 170 garantiza “*El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por objeto garantizar una existencia digna a todos, de acuerdo con los dictados de la justicia social, sobre los siguientes principios: [...] V–Defensa del consumidor*”⁵⁵.

c. COLOMBIA

“*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos*”⁵⁶, reza el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia. Lo llamativo de la descripción que acabamos de hacer, es que la Carta colombiana genera un mandato constitucional hacia la ley, la que deberá asegurar lo que aquélla ordena, como la información que deba suministrarse.

⁵⁴ Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Constitución Política de Colombia, de 1991.

IV. CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES DE *LEGE FERENDA*

A lo largo de esta tesis hemos dado cuenta del proceso histórico que ha vivido la legislación de consumo, con tratamientos en áreas mercantiles, civiles, administrativas y hasta penales. Esto último, sin duda, es un despropósito, pues el aparato punitivo debe estar reservado para hechos que revistan mayor relevancia, toda vez que las consecuencias son las más gravosas para cualquier ser humano: su pérdida de libertad.

Los argumentos desde el derecho público (que favorecían una constitucionalización de la protección del consumidor) aportaron una noción interesante, a saber, la idea de Alexy a propósito que en un ordenamiento constitucional existen normas de derechos fundamentales expresas y otras no explicitadas (*reglas de la fundamentación iusfundamental*)⁵⁷. Esta propuesta está en sintonía con el intento de autores como Ricardo Sandoval de encontrarle un sentido y alcance a las relaciones de consumo dentro del artículo 19, pero fue el mismo Alexy quien reconoció que tal postura, en definitiva, termina siendo caótica para la seguridad jurídica. Esto demuestra lo que hemos mantenido hasta ahora: la necesidad de explicitar las garantías y no forzarlas a partir de numerales que no tienen relación directa con la materia que se trata (en este caso, derechos de consumidor y garantías suficientes en las relaciones de éstos con los proveedores).

Con relación a esto último, hemos demostrado que el ejercicio de intentar enraizar alguna garantía del artículo 3 LPDC en alguno de los numerales de nuestra Constitución Política de la República ha sido inofensivo, con argumentos que fueron criticados de manera amplia y sin necesidad de profundizar en cada uno de ellos. El más interesante, a nuestro juicio, fue el argumento esbozado en torno al numeral 12 del artículo 19 (libertad de emitir información sin censura previa), pues aún no hay discusión doctrinaria que se refiera a ello, salvo el aporte de Sandoval. Sin embargo, mediante una Moción Parlamentaria presentada por los Senadores Espina, Chadwick, García, Tuma y Zaldívar en 2011, y que ha sido desarchivada el 15 de julio del mes pasado, se volverá a discutir en el Parlamento la integración de un derecho de consumidor que se indexe al numeral 21 del artículo 19: “*Es deber del Estado fomentar la protección de los derechos de los consumidores, la libre elección de los bienes y servicios, una información suficiente, veraz*

⁵⁷ *Supra*, p. 23.

*y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley*⁵⁸. A nuestro juicio es una propuesta interesante, que contemplaría las más básicas garantías del artículo 3 de la LPDC, salvo la referente a la seguridad y que no es menor.

La seguridad en el consumo de bienes, la protección de la salud y del medio ambiente son asuntos que también debiesen estar incorporadas en esta hipotética norma, tal cual lo hacen los ordenamientos comparados que revisamos (como el argentino). Podría existir una vertiente argumentativa que se incline a sostener que esto podría desprenderse del numeral 1 del artículo 19, es decir, del derecho a la integridad física y psíquica. Y es cierto, pero sólo en lo referente a la seguridad personal en el consumo de bienes. Satisfaría de mejor manera las pretensiones que sea incorporada la letra d) del artículo 3 LPDC tal cual y no se deba recurrir a técnicas interpretativas como la que acabamos de ejercitar.

De prosperar lo anterior, creemos que no supondría un cambio radical en el paradigma interpretativo de la LPDC, pues éste ya se interpreta conforme a las garantías del artículo 3. En caso que sí llegase a entrar en conflicto abierto con alguna norma de la ley ya citada, y si ésta es irreconciliable con la interpretación de acuerdo a la Constitución, debería derogarse, pues *“lo que se dice de lo igual (conflicto entre normas de igual jerarquía) ha de predicarse con mayor razón de lo que es superior (la Constitución)”*⁵⁹. En lo que sí podría suponer un cambio es en las posibles acciones procesales a seguir, pues, de partida, la Moción Parlamentaria no excluye a esta eventual norma constitucional de ser recurrible mediante una acción de protección, y el artículo 20 de la Constitución, que regula los numerales del 19 que son materia de dicho recurso, establece al numeral 21 sin distinción, por lo cual una norma constitucional de consumo de esta naturaleza, suponemos, debiese también tener como garantía o resguardo la acción de protección.

Con todo, los consumidores y su relación con los proveedores de bienes y servicios merecen, como hemos señalado hasta el cansancio, un tratamiento en rango constitucional.

⁵⁸ Senado de la República (2011), *Proyecto de reforma constitucional sobre protección de los derechos de los consumidores*. Boletín N° 7.563-07

⁵⁹ DOMÍNGUEZ (2010), *Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, p. 114. Los paréntesis son nuestros.

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

- ANGUITA, Pedro, CONTESSE, Jorge, LOVERA, Domingo, VIAL, Tomás, ZUÑIGA, Alejandro, GONZÁLEZ, Felipe (Ed.), *Libertad de Expresión en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), 2006, 519 pp.
- ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 607 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2010), *Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno* (RDJ, Tomo XCIII, Nro. 3), CL/DOC/1046/2010, pp. 107-137.
- DWORKIN, Ronald (2012), *Los Derechos en serio* (Barcelona, Editorial Ariel), 508 pp.
- FEDDERSEN, Mayra (2007), “Libertad de Expresión”, en: ESPEJO YAKSIC, Nicolás (Ed.), *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2007* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 61-95.
- GUTIÉRREZ FALLA, Laureano (1992), “El Código de Comercio del futuro y el futuro del Derecho Comercial”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, vol. 25, 663 pp.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011), “La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno”: en ELORRIAGA, Fabián (Ed.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez), pp. 377-391.
- PLÁ, Américo (1978), *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Ediciones Depalma), 881 pp.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004), *Derecho del Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 247 pp.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, *80 años Servicio Nacional del Consumidor*, abril de 2012 (fecha de consulta: 25 de abril de 2014). Disponible en: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/revista-80-anos-del-Servicio-Nacional-del-Consumidor-de-Chile.pdf>

- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, *Presidenta Michelle Bachelet firmó proyecto de ley que dará mayores facultades al SERNAC para proteger derechos de los consumidores*, 02 de junio de 2014 (fecha de consulta: 02 de junio de 2014). Disponible en: <http://www.sernac.cl/presidenta-michelle-bachelet-firmo-proyecto-de-ley-que-dara-mayores-facultades-al-sernac-para-proteg/>
- UGARTE, José Luis (2007), “La Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador: de erizo a zorro”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2), 49-67 (fecha de consulta: 19 de agosto de 2014).
Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200003&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-09502007000200003.

NORMATIVA EMPLEADA

- Código del Trabajo de Chile. 31 de julio de 2002
- Constitución Política de la República Argentina. 22 de agosto de 1994.
- Constitución de la República Federativa de Brasil. 5 de octubre de 1988.
- Constitución Política de Colombia. 6 de julio de 1991.
- Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, julio de 2009.
- Decreto Ley 520, que Crea el Comisariato General de Subsistencias y Precios, 30 de agosto de 1932
- Decreto Supremo N° 1.262, que fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Abastecimientos y precios, 18 de noviembre de 1953
- Decreto con Fuerza de Ley N° 242, que aprueba Ley Orgánica del Servicio Nacional del Consumidor, 6 de abril de 1960
- Decreto Ley N° 280 de 1974, Normas sobre Resguardo de la Actividad Económica Nacional, 24 enero de 1974
- Decreto Supremo N° 153 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor

en contratos de adhesión de productos y servicios financieros. 19 de diciembre de 2013

- Decreto 79 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que deroga Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros. 26 de marzo de 2014
- Ley 18.223, que establece normas de protección al consumidor y deroga el Decreto Ley 280 de 1974, 10 de junio de 1983
- Ley 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores 7 de marzo de 1997
- Senado de la República (2011), *Proyecto de reforma constitucional sobre protección de los derechos de los consumidores*, 5 de abril de 2011. Boletín N° 7.563-07

JURISPRUDENCIA EMPLEADA

- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia ROL N°66-2012
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SERNAC con Cencosud, 24 de marzo de 2013 Sentencia Rol 12.355-11
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Sobre informe al Tribunal Constitucional del Requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto Supremo N°153 de 2013 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros”, 10 de enero de 2014 (fecha de consulta: 11 de abril de 2014). Disponible en <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=5A79EEB4916D4EA284257C60006C6DEE>
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, dictamen 3704/134 del 11 de agosto de 2004.
- PRIMER JUZGADO LABORAL DE RANCAGUA, sentencia ROL N° 92.771-2007
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del Decreto Supremo N° 153, de 13 de septiembre de 2013, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 2013,

que aprueba el reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros. Autos ROL N°2565-13.