



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES COMO DERECHOS
CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FRANCISCO JAVIER APPELGREN DECK
JAVIER IGNACIO PÉREZ MARCHANT

PROFESOR GUÍA:
SR. PAULINO VARAS ALFONSO

Santiago, Chile
2014

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: FUNDAMENTOS, EXPERIENCIA CHILENA Y REGULACIÓN COMPARADA	
1. Antecedentes generales sobre la protección al consumidor	12
1.1. Fundamentos de la protección al consumidor.....	12
1.2. Necesidad de protección al consumidor	13
1.3. Orígenes del Derecho del Consumidor.....	15
2. Marco legal de protección al consumidor en Chile.....	17
2.1. Antecedentes históricos de la protección al consumidor en Chile.....	17
2.2. Marco actual para la protección de los consumidores	19
2.3. Otras normativas de apoyo.....	21
3. Naturaleza jurídica del derecho del consumidor	23
3.1. Derecho del consumidor como Derecho Privado especial.....	24
3.2. Derecho del consumidor como derecho infraccional (Derecho Penal Económico)	26
3.3. Derecho del consumidor como Derecho Público (Orden Público Económico)	28
4. Función del Estado en la protección del consumidor: Servicio Nacional del Consumidor	31
5. Experiencia comparada en la Protección de los Derechos de los Consumidores	32
5.1. Antecedentes generales de la experiencia internacional para la protección del consumidor.....	32
5.2. Experiencias destacadas a nivel sudamericano	34

5.2.1 Argentina.....	34
5.2.2 Brasil.....	36
5.2.3 México.....	37
5.3. Protección al consumidor en los Estados Unidos	39
5.4. Protección del consumidor en Europa	41
5.4.1. Derecho comunitario	41
5.4.2. Legislación española.....	44
5.4.3. Sistema británico de protección al consumidor: Common Law....	45

CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A NIVEL CONSTITUCIONAL: CASO CHILENO Y EXPERIENCIA COMPARADA

1. Desde la protección interna a la internacionalización y constitucionalización de la protección del consumidor.....	48
2. Caso chileno.....	54
2.1. Boletín N°2536-03 del año 2000.....	55
2.2. Boletín N°2963-07 del año 2002.....	57
2.3. Boletín N°7563-07 del año 2011.....	59
2.4. Boletín N°9463-03 del año 2014.....	62
2.5. Comentarios sobre los intentos de reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor en Chile	68
3. Experiencia comparada en la recepción de los derechos constitucionales de los consumidores.....	71
3.1. Argentina.....	71
3.2. Brasil	75
3.3. México.....	78
3.4. España y otras legislaciones europeas.....	80
3.5. Países del <i>Commonwealth</i> y los Estados Unidos	84

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAS

1. Preámbulo: los actos de consumo como actividad básica para la supervivencia y desarrollo del ser humano	86
1.1. Desde el acto de consumo a la situación de consumo	86
1.2. Importancia práctica de los actos de consumo	90
2. Los derechos básicos del consumidor	91
2.1. Generalidades	91
2.2. Los derechos básicos del consumidor: enumeración, clasificación e importancia.....	92
2.2.1. <i>Derechos básicos del consumidor en la Ley N°19.496</i>	93
2.2.2. <i>Clasificación de los derechos de los consumidores</i>	97
2.2.3. <i>Importancia de los derechos básicos de los consumidores</i>	99
2.3. Naturaleza jurídica de los derechos básicos del consumidor	100
2.3.1. <i>Concepción clásica: derechos subjetivos o potestativo</i>	100
2.3.2. <i>Como derechos personalísimos</i>	103
2.3.3. <i>Como una especie de Derechos Humanos</i>	107
2.3.4. <i>Como “Ius Fundamental”</i>	109
2.4. Comparación de derechos básicos o catálogo de derechos del consumidor en legislación nacional, extranjera e internacional	111
3. Los derechos básicos del consumidor como derechos fundamentales....	120
3.1 Los derechos humanos, fundamentales y constitucionales	120
3.1.1. <i>Los derechos humanos</i>	120
3.1.2. <i>Derechos fundamentales</i>	122
3.1.3. <i>Derechos constitucionales</i>	124
3.2. El “bloque constitucional”	125
3.3 Características comunes entre los derechos humanos, fundamentales y constitucionales	129

3.4. ¿Cuáles de estas características son compartidas por los derechos básicos del consumidor?	131
3.5. Fundamento de los derechos fundamentales: la dignidad humana ..	132
3.5.1. <i>La concepción del Derecho Natural: el “Iusnaturalismo”</i>	133
3.5.2. <i>Fundamentación marxista de los derechos sociales</i>	135
3.5.3. <i>El positivismo jurídico</i>	136
3.5.4. <i>Concepción utilitarista</i>	138
3.5.5. <i>Pragmatismo consensual</i>	140
3.5.6. <i>Modelo dualista</i>	140
3.5.7. <i>La tesis de los derechos morales</i>	142
3.5.8. <i>Algunas conclusiones sobre el fundamento de los derechos del hombre</i>	143
3.6. Fundamento de los derechos básicos del consumidor: la dignidad humana	144
3.7. Los derechos de los consumidores como los “nuevos derechos económicos”	146
4. Derechos del consumidor como derechos constitucionales implícitos	149
4.1. ¿Por qué resulta conveniente proteger constitucionalmente a los consumidores?	149
4.2. De los derechos constitucionales implícitos en general y del derecho a la propia imagen como derecho implícito	151
4.3. Los derechos del consumidor como derechos constitucionales implícitos	154
4.3.1. <i>Derechos del consumidor como derecho constitucional implícito pero autónomo</i>	157
4.3.2. <i>Derechos del consumidor como derechos constitucionales implícito derivado de otros derechos fundamentales reconocidos</i>	167

CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDOR COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS

1. Necesaria adecuación de actividad estatal, judicial y legislativa a los principios constitucionales que inspiran y protejan los derechos de los consumidores	184
2. Solución a los problemas de jerarquía de normas	189
3. Unificación de la jurisprudencia respecto de la interpretación de todos los estatutos legales relacionados con la protección del consumidor: principios de especialidad y supletoriedad.....	191
4. Uso de acciones de tutela especiales: eventual rendimiento del recurso de protección, amparo economía y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	193
4.1. Recurso de protección.....	194
4.2. Amparo económico.....	206
4.3. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad.....	207
5. Consecuencias económicas	209
CONCLUSIONES	211
BIBLIOGRAFÍA.....	226
ANEXOS	230

RESUMEN

Desde una premisa práctica y considerando el requerimiento de las personas de acudir al mercado para la satisfacción de sus necesidades, se observa una insuficiencia de los modelos de protección al consumidor. En general, estos sistemas obedecen a estructuras estatales, sustentadas en un catálogo de derechos básicos de rango legal. Sin embargo, durante las últimas décadas, se ha identificado una tendencia en consagrar estos derechos a nivel constitucional, al punto que, en América Latina, sólo Chile y Uruguay no han incluido a los consumidores en sus textos fundamentales. El objetivo del presente trabajo es analizar los modelos comparados de protección al consumidor y las técnicas empleadas para la recepción constitucional del usuario, comparando con el actual marco legal chileno. Se logró identificar que el catálogo de derechos del consumidor comparte, en esencia, los mismos fundamentos que los derechos humanos o, como se prefiere denominar, fundamentales, de modo que, aun sin una recepción expresa en el texto constitucional, pueden recibir protección en ese nivel y surgen ciertas obligaciones para los Estados. Por consiguiente, se postula que estos derechos constituyen derechos constitucionales implícitos, de forma autónoma o derivada, lo que genera importantes consecuencias jurídicas y prácticas dentro del ordenamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Consumidor se configura, en Chile, como una normativa especial, de rango legal y con un predominante, pero no excluyente, carácter infraccional de Orden Público Económico, cuyo ámbito de aplicación exige la existencia de una figura particular: un acto o contrato de consumo, de carácter oneroso, entre un consumidor y un proveedor.

Esta figura jurídica suele darse con cierta naturalidad en aquellas materias que han sido el foco de la actividad académica, judicial y de la actividad estatal para la protección de los consumidores, tales como la sanción de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, el control de las prácticas publicitarias, el abuso en los mecanismos judiciales y extrajudiciales de cobranza, la defensa de los intereses de los clientes bancarios ante defraudaciones, entre otras.

Sin embargo, desde una perspectiva eminentemente práctica, las relaciones o actos de consumo suelen abarcar en verdad la totalidad de las operaciones que los sujetos realizan en su vida diaria destinada a su supervivencia, entretención u otros. Así, un consumidor debe comprar alimentos, pagar por el transporte público o privado, contratar un servicio de Internet, televisión o telefonía celular, asistir a un servicio de urgencia en una clínica u hospital, matricularse en una

institución educativa, adquirir productos tecnológicos, comprar un automóvil, obtener una cuenta corriente, de ahorro o inversiones, y así sucesivamente. Es decir, en lo cotidiano, los actos o contratos de consumo se confunden con las transacciones habituales y necesarias para la supervivencia y desarrollo básico de todo ser humano en el marco de la sociedad moderna.

Bajo esta premisa, se puede inferir que los derechos básicos que la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores contempla en favor de éstos últimos, son en realidad un conjunto de reglas básicas para la subsistencia básica de los individuos. Dicho de otro modo, los derechos de los consumidores constituyen un catálogo básico que permite la supervivencia y desenvolvimiento del ser humano en la sociedad, fundamento que también comparten los denominados derechos fundamentales, humanos o constitucionales.

Por lo tanto, éste conjunto de principios básicos se constituye como una manifestación implícita de los derechos constitucionales relativos a la vida, a la libertad (en un sentido amplio), a la igualdad y al desarrollo social y económico de las personas. Dicho de otro modo, los derechos básicos de los consumidores pueden ser considerados manifestaciones particulares de los derechos fundamentales aplicados al ámbito del consumo, aun cuando nuestra Carta Magna no los contemple expresamente.

Lo anterior, no obsta a la utilidad práctica y legal que pueda representar la regulación expresa de los derechos de los consumidores como una garantía constitucional dentro del catálogo que contempla el artículo 19 de nuestra Constitución Política, lo que será analizado en el presente trabajo, tomando en cuenta la experiencia comparada y considerando los factores jurídico-económicos que puedan derivar de su consagración a nivel constitucional.

Se pretende entonces, mediante una metodología de investigación y análisis de textos legales internacionales, normas nacionales y doctrina especializada, generar un examen general sobre la lógica que debemos aplicar para considerar a éste catálogo de derechos básicos como derechos fundamentales y, no obstante, indicar cuales serían los alcances de esta consideración, en materia de protección, potenciales conflictos respecto a su rango legal, aspectos jurídico-económicos, importancia práctica y relevancia para las agencias estatales de protección al consumidor o para el legislador.

De este modo, para comenzar, se explicará el origen y fundamentos del derecho del consumidor en general, para luego explicar las bases y funcionamiento del sistema legal chileno de protección del consumidor, evaluando esta experiencia con las principales legislaciones comparadas, con énfasis en Latinoamérica, Europa y Estados Unidos.

A continuación, se hará una exposición de las experiencias más exitosas a nivel internacionales en el proceso de consagración constitucional de los derechos del consumidor, indicando las técnicas que se han empleado para estos efectos y explicando la realidad del caso chileno.

Entonces, se desarrollará el planteamiento principal de éste trabajo, esto es, los derechos básicos del consumidor pueden ser considerados, aún sin una consagración expresa en la constitución, como derechos fundamentales, al menos de forma implícita (como derechos constitucionales implícitos). De este modo, se analizará el concepto y fundamento de los derechos fundamentales, para determinar las características comunes en abstracto de estos en relación a los derechos de los consumidores y cómo esta conexión ha sido justificada en otras experiencias para incluirlos en forma expresa en la constitución. Con todo, la obra se inclinará, para el caso chileno, por un reconocimiento implícito de los derechos de los consumidores en la Constitución Política, a partir de ciertos criterios universales de dignidad humana que comparte el ordenamiento y que deriva, además, de otros derechos fundamentales clásicos, como la vida e integridad física, propiedad, actividad económica, entre otros.

Finalmente, se analizarán las consecuencias de este planteamiento, desde el aspecto jurídico.

CAPÍTULO I. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: FUNDAMENTOS, EXPERIENCIA CHILENA Y REGULACIÓN COMPARADA

1. Antecedentes generales sobre la protección al consumidor

1.1. Fundamentos de la protección al consumidor

La protección al consumidor se fundamenta principalmente en las distorsiones del mercado presentes en el contexto de la economía moderna¹. Las características principales del mercado actual son (i) la sustentación en un principio de globalización que procura el intercambio de bienes y servicios lo menos trabado posible; (ii) la excesiva tercerización y especialización de los servicios; (iii) la creación de complejas e innominadas figuras de contratación tales como el *leasing*, *factoring*, *franchising*, entre otros; y probablemente la más relevante para estos efectos, (iv) la masificación de las transacciones².

En este marco es que se ha producido una insalvable desigualdad o asimetría entre el comprador y el vendedor. En efecto, la información ha sido distribuida

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina (2003), Pág. 17.

² Sobre la contratación masiva como característica del mercado post-industrial ver en SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del Consumidor, Protección del Consumidor en la ley N° 19.496, de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (2004), Pág. 15.

de forma absolutamente desigual, concentrándose excesivamente en el proveedor³. Dicho de otro modo, las relaciones de consumo han devenido en un contexto peligroso: un proveedor, que dispone de la información del producto, se relaciona con un consumidor con un aislado y exiguo conocimiento sobre las características relevantes de los bienes y servicios⁴. A ello se suman las dificultades propias del acceso a la justicia y la racionalidad limitada en las decisiones de consumo de los compradores, que se contraponen a la existencia de un proveedor fuerte y profesional que conoce o debe conocer los detalles y características del bien o servicio que ofrece⁵, y que suele contar con asistencia jurídica especializada.

1.2. Necesidad de protección al consumidor

En este contexto es que el Derecho Común ha sido incapaz de entregar herramientas especiales y efectivas para el amparo del consumidor. El Derecho Privado clásico se inspira en dos presupuestos básicos y universales: el predominio incondicional de la autonomía de la voluntad y, en la consecuente libertad absoluta de contratación. Sin embargo, en la práctica, la relación de consumo se expresa en un vínculo desigual en donde el consumidor se ve

³ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*, Lexis Nexis, Santiago, Chile (2003), Pág. 4.

⁴ KRAUSZ BITRÁN, Alan, *Tarjetas de crédito no bancarias y su nueva regulación*, Legis Chile, Santiago, Chile (2006), Pág. 2.

⁵ SLOTOLOW SZAFIR, Dora, *Consumidores*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay (2009), Pág. 96.

obligado a aceptar los términos y condiciones impuestos por el proveedor, de lo contrario simplemente no puede satisfacer sus necesidades.

Bajo este escenario, el Derecho Civil ha sido incapaz de subsanar estas diferencias y proteger a la “parte débil”, toda vez que las características de la contratación y consumo masivos no son subsumibles en una regulación que presupone una relación igualitaria⁶.

Por su parte, el Derecho Comercial o Mercantil tampoco ha podido adecuarse a los cambios en las relaciones entre comerciantes y compradores, tradicionalmente regulados por códigos decimonónicos de inspiración romano-bizantina en donde el consumidor no era sino el comprador de un bien, el arrendatario de un servicio, el adherente, el destinatario de la publicidad o el titular del pagaré⁷.

De lo anterior, surgió la necesidad de generar reglas especialísimas que modificaran, en algunas partes, y reforzaran, en otras, los mismos pilares del Derecho Privado tradicional.

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos*, en *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor, Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, Chile (1999), Pág. 163.

⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 15.

En definitiva, la existencia de una normativa dirigida a la protección del consumidor supone la presencia de un mercado imperfecto, en que proveedores y consumidores no pueden negociar en igualdad de condiciones⁸.

1.3. Orígenes del Derecho del Consumidor

En general, se puede identificar el nacimiento del Derecho del Consumidor a través de las primeras normas que buscaron interferir en el desarrollo del mercado. En este sentido, podemos destacar la *Sherman Anti-trust Act* (1890), que configura la primera iniciativa estadounidense destinada a sancionar prácticas contrarias a la libre competencia que pudieran afectar al público. Por otro lado, en Alemania surgió el antecedente Europeo más primitivo de una regulación comercial especialísima: la *Abzahlungsgesetz* (1894) estableció que las partes tenían que devolverse el dinero o los bienes recibidos en caso de nulidad de un contrato (prestaciones mutuas entre comerciante y comprador)⁹.

Ahora bien, para algunos autores¹⁰ el nacimiento del Derecho del Consumo no fue autónomo sino que supuso un proceso de especialización de ciertas ramas del Derecho. Así, se ha sostenido que esta disciplina nació de forma similar al

⁸ JARA AMIGO, Rony, *Ámbito de Aplicación de la Ley chilena de Protección al Consumidor: Inclusiones y Exclusiones*, en *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor, Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, Chile (1999), Pág. 47.

⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 13.

¹⁰ En este sentido, STIGLITZ, Gabriel A., y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.

Derecho Laboral o del Trabajo en cuanto su sentido ha sido proteger a la parte de más “débil” de una relación¹¹, destacando, entonces, su función protectora. En parte, podemos reconocer efectivamente una certeza en esta afirmación puesto que, en el fondo, el Derecho del Consumidor busca proteger al más “débil” de una relación jurídica. Además, los derechos que confiere esta normativa son irrenunciables, de igual modo que las prerrogativas con las que cuentan los trabajadores¹². Sin embargo, existe una serie de diferencias que la constituyen como una realidad distinta, más similar al Derecho Civil. Ante todo, no existe en la relación de consumo una especie de subordinación, por muy desigual que sea la situación, como si la exige el Derecho del Trabajo. Luego, en el Derecho del Consumidor sigue rigiendo la autonomía de la voluntad para la generalidad de las transacciones, aun cuando la oferta venga predispuesta. Sin embargo, el Derecho Laboral las situaciones se encuentran reguladas de forma completa por la Ley, como por ejemplo, el contenido del contrato de trabajo.

Por esto, parece más indicado afirmar que el Derecho del Consumidor deriva del Derecho Privado y Comercial, ordenamientos que históricamente han regulado las teorías de la formación del consentimiento, la publicidad, la contratación, el incumplimiento u otras materias similares que hoy se subsumen

¹¹ KRAUSZ BITRÁN, Alan, *Op. Cit.*, Pág. 5.

¹² Así por ejemplo, el artículo 5 del Código del Trabajo consagra que “*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables (...)*”.

dentro del Derecho del Consumidor. Adicionalmente, casi todos los canales de acceso al consumo de bienes y servicios tienen una naturaleza de carácter contractual¹³, de lo que han derivado una serie de obligaciones y consecuencias específicas no perdiendo, por ello, su carácter de Derecho Privado.

En todo caso, no fue sino hasta el año 1962 cuando podemos encontrar la primera manifestación autónoma de un conjunto de principios orientados a la protección al consumidor¹⁴, la cual tuvo lugar cuando el presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, pronunció un discurso histórico ante el Congreso en que introdujo la necesidad de reconocer y promover los derechos básicos de los consumidores, al constituir *“la dimensión social más amplia y universal que nos involucra a todos”*¹⁵.

2. Marco legal de protección al consumidor en Chile

2.1. Antecedentes históricos de la protección al consumidor en Chile

El primer texto legal chileno en que se incorporó una lógica de protección al consumidor fue el Decreto Ley N°520 de 1932, que dio origen al Comisariato de

¹³ STIGLITZ, Gabriel A., *Derechos y Defensa del Consumidor*, Editoriales La Roca, Buenos Aires, Argentina (1994), Pág. 25.

¹⁴ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Op. Cit.*, Pág. 7.

¹⁵ Washington D.C., Estados Unidos, 15 de Marzo de 1962.

Subsistencia y Precios, cuya labor fue la implementación de mecanismos para el control de precios y calidad de los bienes de primera necesidad y de consumo habitual¹⁶. Esta norma, sin embargo, fue refundida en el Decreto Supremo N°1262 de 1953, que entregó mayor poder de intervención al Estado en el mercado a través de la Superintendencia de Abastecimientos y Precios, la que, no obstante, tenía los mismos fundamentos que su antecesora.

Luego, el Decreto Ley N°242 de 1960, procuró mantener un control sobre las necesidades básicas de la población, esta vez a través del establecimiento de la Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO), entidad que permitió la intervención excesiva en los precios de los bienes que terminó, en menos de una década, con una superinflación y un desabastecimiento general del comercio¹⁷.

Por su parte, el Decreto Ley N°280 de 1974, constituyó la primera norma legal en contemplar ciertos delitos económicos contra los consumidores tales como la negación de venta o el cobro de precio superior al informado, que reprimió mediante la definición de penas restrictivas de libertad¹⁸.

¹⁶ Véase artículos 1 y 2 de Decreto N°520 de 30 de agosto de 1932.

¹⁷ WISECARVER, Daniel, *Regulación y desregulación en Chile: septiembre 1973 a septiembre 1983*, en Revista de Estudios Públicos, N°22, Santiago, Chile (1986), Pág. 124.

¹⁸ Véase artículos 1 al 12 de Decreto Ley N°280 de 22 de enero de 1974.

En todo caso, la primera norma de rango legal que buscó proteger directamente al consumidor fue la Ley N°18.223 de 1983, que, si bien no constituyó un texto completo y sistemático para lograr este objetivo, fue un avance relevante en la materia porque estableció algunos tipos infraccionales similares al Decreto que la precede pero sustituyó las penas personales privativas de libertad por multas a beneficio fiscal, conocidas por los Juzgados de Policía Local, dando a la norma una naturaleza penal económica.

2.2. Marco actual para la protección de los consumidores

Ahora bien, considerando el inadecuado e insuficiente marco legal que existía para la protección de los consumidores en Chile¹⁹, se dictó la Ley N°19.497 en el año 1997. La Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC) buscó proteger efectivamente los derechos de las personas en su condición de consumidores, regulando la relación entre éstos y los proveedores.

El texto original se inspiró en algunas legislaciones extranjeras avanzadas en materia de protección al consumidor²⁰ y, especialmente, en las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección al Consumidor, texto generado por la organización internacional con el propósito de establecer un marco mínimo para

¹⁹ Historia de la Ley N° 19.496, Biblioteca del Congreso Nacional.

²⁰ Teniendo especialmente presente la legislación española y mexicana.

los países miembros sobre la implementación o perfeccionamiento de sus normativas de protección al consumidor²¹.

En términos generales, la LPC establece un catálogo de derechos básicos e irrenunciables para el consumidor que modelan, en gran parte, las obligaciones correlativas que se exigen al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, la norma regula una serie de obligaciones específicas, así por ejemplo, se contemplan obligaciones informativas, normas reguladoras de la publicidad, un régimen de garantía legal obligatorio, un sistema de responsabilidad por productos defectuosos, entre otros, todos los cuales son de carácter contravencional cuya sanción deriva, salvo norma especial, en una multa genérica a beneficio fiscal.

Además, se contempla una serie de disposiciones que establecen requisitos de forma y fondo de los denominados “contratos de adhesión”, manifestación jurídica de la contratación masiva (formularios, contratos pre-impresos, condiciones generales de contratación u otros) cuya sanción es la nulidad absoluta de la cláusula²².

²¹ Véase en Resolución 39/248 de 16 de abril de 1985, Asamblea General de las Naciones Unidas.

²² LORENZINI BARRÍA, Jaime y POLIT CORVALÁN, Joaquín, *El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno*, en *Estudios de Derecho Civil VII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago, Chile (2012), Pág. 476.

Desde una perspectiva orgánica, bajo esta norma se mantuvo el conocimiento de las infracciones en los Juzgados de Policía Local y se creó el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), que se posicionó como el órgano estatal encargado de la protección del interés general de los consumidores²³.

No obstante, desde su creación la LPC ha sido modificada en ciertos aspectos. Los cambios más relevantes son establecidos por la Ley N°19.955, que buscó ampliar su ámbito de aplicación dando mayor protección frente a las cláusulas abusivas incluyendo una cláusula abusiva genérica e incorporando un procedimiento colectivo para la defensa de los intereses difusos y colectivos. También destaca la Ley N° 20.555, llamada “Ley del Sernac Financiero”, que consagró una serie de derechos y obligaciones específicos en materia de contratos y servicios de carácter financiero.

2.3. Otras normativas de apoyo

Si bien la LPC constituye el marco legal fundamental para la defensa del consumidor, existen, sin embargo, otras normas que comparten, directa o indirectamente, los mismos objetivos.

²³ Las funciones del SERNAC están detalladas en el artículo 58 de la LPC.

De este modo, las leyes reguladoras del mercado buscan proteger de igual modo al usuario, procurando proveer un mercado libre de interferencia y en donde predomine, del modo más puro posible, la regla de la oferta y la demanda. En este sentido, destaca la Ley N°20.169 que regula la competencia desleal, porque busca específicamente “(...) *proteger a competidores, consumidores y, en general, cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal (...)*”²⁴. De hecho, la misma norma contempla que los hechos podrán ser calificados como un acto de competencia desleal y, al mismo tiempo, como una infracción a la Ley de Libre Competencia, Ley de Protección al Consumidor o Leyes de Propiedad Intelectual e Industrial.

Por otra parte, podemos reconocer el Decreto Ley N°211 que promueve y defiende la Libre Competencia. Esta norma no busca la protección directa del consumidor sino en verdad la defensa de un mercado libre y ajeno a prácticas abusivas, pero, desde un punto de vista económico y práctico, logra una maximización del bienestar del consumidor mediante la mantención de un mercado en que predomine la libre competencia²⁵. Por lo tanto, las leyes antimonopolios tienen también por objeto de proteger a los consumidores. En

²⁴ Artículo 1 de la Ley N° 20.169.

²⁵ LÜDERS SCHWARZENBERG, Rolf, *Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la Libre Competencia: Chile 1810-2010*, en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Centro de Libre Competencia UC – Thomson Reuters, Santiago (2011), Pág. 3.

este sentido, incluso se ha señalado que la libre competencia en el mercado es la manera más eficiente para alcanzar el bienestar del consumidor²⁶.

Finalmente, el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), organismo de carácter privado y cuyo objetivo principal es regular la actividad publicitaria nacional, ha creado un Código de Ética Publicitaria que puede ser invocado por particulares, la autoridad o empresas con el objeto de dictaminar si, en determinada emisión publicitaria, se han infringido ciertos principios a través de la publicidad engañosa, comparativa, plagio, entre otras. En todo caso, este cuerpo legal obedece a una iniciativa de carácter autorregulatorio, por lo tanto, los dictámenes éticos de CONAR no poseen fuerza legal vinculante; sin embargo, en la práctica, los requeridos cumplen de forma voluntaria las sanciones, que pueden llegar a la corrección o suspensión de determinada publicidad.

3. Naturaleza jurídica del Derecho del Consumo

Las normas que protegen al consumidor, independientemente de la técnica empleada por el legislador, responden en definitiva a alguna especie de control,

²⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal, *Interrelación propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor y libre competencia en La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Centro de Libre Competencia UC – Thomson Reuters, Santiago (2011), Pág. 78.

cuya naturaleza decidirá su alcance. Analizaremos ahora dentro de cuál tipo de regulación recaen las normas del Derecho del Consumo.

3.1. Derecho del Consumidor como Derecho Privado especial

La relación entre un comprador y un vendedor ha sido regulada históricamente por el Derecho Civil y, en forma complementaria, por el Derecho Comercial. Estas coinciden en ser ramas del denominado Derecho Privado, es decir, aquella rama del Derecho que regula las relaciones entre particulares²⁷.

En este contexto, y considerando la calidad de las partes que forman la relación de consumo -que no es sino una relación entre particulares- podríamos determinar que el Derecho del Consumidor se configura como una rama especialísima del Derecho Privado, que establece algunas obligaciones adicionales al proveedor pero que no alteran la naturaleza de la relación de consumo, esencialmente privada y contractual.

Por lo tanto, si consideramos los remedios contractuales que existen en nuestro ordenamiento (Código Civil) podemos determinar con claridad que el comprador

²⁷ Distinción que viene desde el Derecho Romano. En efecto, ya Ulpiano definía en el Digesto al Derecho Privado como "*Aquello que se refiere o concierne a la utilidad de los individuos*". El mismo Código Civil reconoce la diferencia entre lo público y lo privado. Así por ejemplo, el artículo 547 enumera los sujetos que se consideran públicos, tales como el Estado, Iglesias o fundaciones, entre otros.

no está desprotegido en esta calidad sino que cuenta con un sistema de protección en su calidad de acreedor de una obligación pendiente. Así por ejemplo, en una compraventa típica, si el comprador (consumidor) paga el precio del bien o servicio y el vendedor (proveedor) no lo entrega o ejecuta, el sistema le otorga al comprador el derecho a pedir la resolución del contrato, acompañado de una acción compensatoria y de un sistema de derechos auxiliares, que tienen por objeto mantener la integridad del patrimonio del sujeto que está en mora²⁸, para poder contar con un patrimonio más sólido que atacar, conforme el Derecho General de Prenda. Asimismo, si la compraventa incluyó la venta de un bien con un defecto de calidad oculto, el ordenamiento faculta al comprador para anular la transacción como consecuencia del ejercicio de una acción especial de vicios redhibitorios, obligación de la naturaleza en estos contratos²⁹. Incluso, si un producto ha sido vendido a un precio que excedía en más del doble del “justo precio” el afectado puede utilizar el mecanismo de la lesión para rebajar dicho precio, sin necesidad de anular la transacción³⁰.

²⁸ Véase el panorama general de remedios frente a incumplimiento en BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las Acciones y Remedios Contractuales*, Jornadas de Derecho Civil, Valparaíso, Chile (2007); PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en derecho chileno*, Legis, Bogotá, Colombia (2007) y *Hacia la construcción de un sistema de remedios por incumplimiento contractual en el Código Civil*, FONDECYT (2010); RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Acción Resolutoria y Excepción de Contrato no cumplido*, Revista de Actualidad Jurídica., Santiago, Chile (2003); entre otros.

²⁹ Ver artículo 1858 del Código Civil.

³⁰ Así lo indican los artículos 1890 y 1900 del Código Civil para la compraventa y la permuta respectivamente.

En síntesis, todo parece indicar que el Derecho del Consumidor regula de forma excepcional ciertas situaciones que ya están previstas por las reglas del Derecho Civil. Sin embargo, el punto de inflexión lo podemos encontrar en el costo de acceso que tendría para el sujeto afectado -usualmente el comprador/consumidor- el ejercicio de estas herramientas. Es allí donde radica la debilidad del sistema, por lo tanto, el Derecho del Consumo busca precisamente sustraer al consumidor de esta clase de normas y lo ubica en un sistema en que predomina una función protectora y facilitadora³¹, es decir, una función pública expresada a través del fortalecimiento de los débiles y de una mejora sustancial del acceso de este sujeto a la justicia.

3.2. Derecho del Consumidor como derecho infraccional (Derecho Penal Económico)

Desde otra perspectiva, atendido el tenor del régimen sancionatorio ordinario de la LPC, la naturaleza del Derecho del Consumidor puede ser identificada como un verdadero régimen infraccional, basado en una sanción genérica y residual de carácter económico (multa a beneficio fiscal).

En otras palabras, la LPC contempla un sistema de sanciones pecuniarias que tiene por objeto reprimir determinados delitos económicos. En efecto, la

³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 7.

normativa que precede a la LPC (especialmente la Ley N°18.223) había sido diseñada como un mecanismo de control directo sobre el mercado mediante la represión de delitos de carácter económico.

En general, el Derecho Penal Económico busca sancionar *“los comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y que por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico”*³². En el fondo, el derecho penal económico está destinado *“a tutelar la actividad interventora del Estado en la economía”*³³. Desde esta perspectiva, reconocemos que aspectos tales como la regulación de las prácticas publicitarias, la definición del contenido de los contratos (de adhesión), las obligaciones de información del proveedor, entre otras, son propias de la actividad económica que, sin la LPC, estarían entregadas al mercado. Dicho de otro modo, el Estado interviene determinadas actividades económicas en favor de un principio “pro consumidor”, que sería el equivalente al bien común dentro del orden público económico. Por lo tanto, bajo estas consideraciones, la LPC efectivamente es una norma que tutela bienes jurídicos patrimoniales colectivos (bien común en materia económica), por lo que debería entenderse como una regulación de carácter penal económico.

³² GERSCOVICH, Carlos A., *Derecho Económico, Cambiario y Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina (2006), Pág. 290.

³³ RIGHI, Esteban, *Los Delitos Económicos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina (2000), Pág. 41.

Dentro de esta postura, algunos autores consideran que el Derecho del Consumidor es un verdadero sistema de delitos económicos que se castigan con su sola tentativa, cuyo fundamento es el deber del Estado de defender el interés de los consumidores³⁴. Por otro lado, se ha planteado considerar a los derechos de los consumidores como bienes exclusivamente patrimoniales que trascienden a un espectro supraindividual³⁵, similar a los intereses que resguarda el sistema de defensa de la libre competencia a través del funcionamiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Sin embargo, la LPC contempla otras acciones como la nulidad ante la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, el cumplimiento forzado frente a prestaciones no cumplidas por el proveedor, la cesación de actos contrarios a los derechos de los consumidores y la indemnización por perjuicios frente a daños al consumidor, todas sanciones más bien civiles alejadas de las “penas económicas”. Por consiguiente, el carácter puramente contravencional de esta norma no parece ser tan categórico.

3.3. Derecho del Consumidor como Derecho Público (Orden Público Económico)

³⁴ En este sentido, AVILÉS HERNANDEZ, Víctor, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Editorial Conosur, Santiago, Chile (1998), Pág. 309.

³⁵ *Ibíd.*, Pág. 310.

El Derecho del Consumidor tiene un fuerte carácter protector fundado en el “principio en favor del consumidor”, surgido durante el final del siglo XX y que busca abandonar los parámetros tradicionales de la relación deudor-acreedor integrando al mercado una lógica diferente al predominio de la autonomía de la voluntad, fundada en la protección de un grupo poco cohesionado y vulnerable, como lo son los consumidores. Este sería el elemento diferenciador y esencial de esta normativa.

Bajo esta lógica, la protección al consumidor parece subsumirse dentro del Orden Público Económico, definido como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores formulados en la Constitución Política de la República³⁶. Ahora bien, en lo específico, el Derecho del Consumidor del Orden Público de Coordinación (OPC), que corresponde a un conjunto de normas imperativas especiales que controlan la ilicitud de lo pactado por las partes, adecuando la actividad a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el OPC procura reparar el individualismo de la autonomía privada, sujetando ciertas actividades al control previo del Estado³⁷.

³⁶ CEA E., José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (1998), Pág. 158.

³⁷ AVILES HERNANDEZ, Víctor, *Op. Cit.*, Pág. 313.

Bajo estos presupuestos, el Derecho del Consumo, que se asomó como una corrección a las normas de derecho privado y penal económico, parece consolidarse como un ordenamiento especial de carácter público, que permite al Estado regular y corregir aquellas situaciones en donde se intensifican las asimetrías propias del mercado. De este modo, la regulación de la forma y ciertos aspectos de fondo de los contratos de adhesión representa una forma de intervención a la contratación privada en pro del respeto de la igualdad ante la ley, del principio de igual acceso a la justicia y, por sobre todo, de la protección del consumidor en sus derechos económicos.

Esta es la interpretación que domina en el contexto internacional. A modo de ejemplo, destaca la Ley argentina de Defensa del Consumidor que se reconoce como una norma de orden público especial, cuyo fin específico es proteger los intereses de los consumidores³⁸.

Esta postura permitirá sustentar el presupuesto de fondo del presente trabajo: los derechos de los consumidores responden en verdad a una lógica de Derecho Público.

³⁸ SCHVARTZ, Liliana, *Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, García Alonso, Buenos Aires, Argentina (2005), Pág. 21.

4. Función del Estado en la protección del consumidor: Servicio Nacional del Consumidor

El Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) es un servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado en todas las regiones del país, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción³⁹.

La función básica del SERNAC es velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LPC, normas reglamentarias y demás que digan relación con los consumidores⁴⁰, debiendo proteger, informar, educar y promover la participación ciudadana. Para cumplir estos objetivos, la LPC dota a este servicio de una serie de facultades entre las cuales están las de realizar programas de información y educación a los consumidores; sistematizar la información existente a fin de facilitar las decisiones de los consumidores; promover investigaciones en el área del consumo, recibir reclamos de los consumidores instando al entendimiento voluntario entre las partes, entre otros.

Sin embargo, el SERNAC carece de facultades fiscalizadoras y sancionatorias respecto de los proveedores que incumplan la normativa que los rige, a diferencia de las Superintendencias y otros órganos sectoriales que cuentan

³⁹ Artículo 57 PLC.

⁴⁰ Artículo 58 LPC.

con esta capacidad⁴¹. Asimismo, carece de facultades que le permitan realizar investigaciones de las infracciones o delitos que se cometan en perjuicio de los consumidores, como si lo puede ordenar la Fiscalía Nacional Económica⁴². Además, la LPC tampoco entrega al Servicio atribuciones que le permitan dictar normas generales en las materias de su competencia así como tampoco interpretar las existentes en pro de su objeto institucional⁴³.

El área en que más ha destacado la función del SERNAC ha sido respecto a las denuncias infraccionales individuales y las demandas colectivas que éste interpone contra los proveedores, éstas últimas de gran impacto mediático⁴⁴.

5. Experiencia comparada en la Protección de los Derechos de los Consumidores

5.1. Antecedentes generales de la experiencia internacional para la protección del consumidor

⁴¹ Así por ejemplo, la Superintendencia de Telecomunicaciones que, en virtud del Decreto N°194 de 2012, puede sancionar administrativamente a las empresas fiscalizadas. Asimismo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios puede cursar cuantiosas multas a las empresas que infrinjan la Ley N°18.902 de 1992.

⁴² El Decreto N°211 en su artículo 39 letras a), g) y h) permite a la Fiscalía Nacional Económica requerir información e iniciar investigaciones para formular acusaciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁴³ En todo caso, el Mensaje N° 9360-03 del año 2014, Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 19.946, contempla una reforma estructural que incorpora al SERNAC nuevas facultades investigativas, sancionadoras, normativas e incluso de ordenar restituciones.

⁴⁴ Véase casos La Polar (2012), Cencosud (2013) y Banco Estado (2013).

Las normas relativas al consumidor suelen tener un alcance interno, es decir, responden usualmente a modelos normativos individuales en que cada país determina sus propios sistemas jurídicos y lineamientos gubernamentales para la definición de una política de protección a los usuarios.

Sin embargo, desde fines del siglo XX se ha ido generado un modelo internacional uniformado para la protección de los consumidores. De este modo, como se señaló anteriormente, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publicó las Directrices para la Protección al Consumidor del año 1985, ampliadas el año 1999, texto fruto de un largo desarrollo teórico y que tiene por objeto sugerir una base común de principios que sirven como guía para el desarrollo de legislaciones nacionales e internacionales que digan relación con el consumidor.

Además, se han elaborado una serie de Leyes Modelo⁴⁵, que constituyen lineamientos generales para la elaboración de leyes en determinadas materias relevantes, que han presentado gran utilidad práctica, aunque siguen siendo meras sugerencias o indicaciones para los Estados. En este mismo sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha generado algunas declaraciones de principios para la adecuada protección al

⁴⁵ A modo de ejemplo: Ley Modelo de insolvencia familiar para América Latina y el Caribe, Consumer International (2011); Ley modelo para la protección del consumidor en América Latina y el Caribe, Consumers International (1994); Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, Naciones Unidas (1996), entre otras.

consumidor⁴⁶, que han contribuido con eficiencia al proceso de estandarización de las normas en los Estados miembros, y a los que Chile está adscrito.

A continuación, se analizarán las principales experiencias comparadas en materia de protección al consumidor.

5.2. Experiencias destacadas a nivel sudamericano

A nivel sudamericano, podemos recalcar los modelos de México y Brasil, pioneros en la creación de normas de protección al consumidor y cuyos modelos federales representan los sistemas de mayor complejidad en la región, considerando el volumen de sus mercados internos. Asimismo, la experiencia de Argentina ha contribuido enormemente a nuestro propio desarrollo, destacando la riqueza de los aportes de la doctrina transandina al Derecho del Consumidor.

5.2.1. Argentina

La República Argentina posee uno de los ordenamientos más avanzados de la región en materia de protección al consumidor, incluyendo un conjunto de

⁴⁶ Recomendaciones del Consejo OCDE relativa a lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico (1999) y Directrices OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas (2003).

normas, decretos y regulaciones que regulan y organizan, directa e indirectamente, la actividad económica de los mercados, las obligaciones de los proveedores y los derechos de los usuarios y consumidores argentinos.

Este sistema se apoya en la Ley N°24.240 de Defensa del Consumidor, que rige desde el año 1993, y que consagró una nueva categoría jurídica para el consumidor y un estatuto protector de sus derechos⁴⁷. Esta norma fue modificada sustantivamente a partir de la Ley N° 26.361 del año 2008, la que introdujo figuras como el daño punitivo, la protección de conductas indignas o abusivas en perjuicio del consumidor y la posibilidad de fijar reparación de daños a favor del consumidor en la esfera administrativa.

Además, existe una autoridad administrativa nacional llamada Secretaría de Comercio Interior que, a través de su Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, está facultada para imponer sanciones administrativas ante infracciones a la normativa, realizar audiencias de conciliación entre proveedores y consumidores, dictar medidas de cese de conductas contrarias a la normativa, controlar la presencia de cláusulas abusivas en contratos de consumo y autorizar el funcionamiento de las asociaciones de consumidores⁴⁸.

⁴⁷ SCHVARTZ, Liliana, *Op. Cit.*, Pág. 17.

⁴⁸ Ver facultades de Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo en Decreto N°170/2014 de Argentina.

5.2.2. Brasil

Brasil sustenta la protección del consumidor en la Ley N°8078 de 1990, que además de ser la primera norma legal sudamericana sobre protección al consumidor, es una de las pocas regulaciones en esta materia organizada en forma sistemática a través de un código.

Este ordenamiento garantiza el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor mediante el establecimiento de la buena fe como un principio esencial de las relaciones de consumo⁴⁹. Además, establece determinados principios básicos como la protección de la vida, la salud y la seguridad, la educación para el consumo, el derecho a la información clara, precisa y adecuada, la protección contra la publicidad engañosa y abusiva a través del equilibrio de las relaciones de consumo⁵⁰.

Estos derechos son supervigilados por la Secretaría Nacional del Consumidor (SENACON) que centra su actuación en la planificación, preparación,

⁴⁹ El artículo 4 III de la Ley N°8.087 de Brasil indica *“La Política Nacional de Relaciones de Consumo tiene por objetivo atender a las necesidades de los consumidores, el respeto a su dignidad, salud y seguridad, la protección de sus intereses económicos, el mejoramiento de la calidad de vida, así como la transparencia y armonía de las relaciones de consumo, atendidos los siguientes principios:*

III. Armonización de los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible la protección del consumidor con la necesidad de desarrollo económico y tecnológico de manera que pueda viabilizar los principios en los cuales se basa el orden económico siempre fundamentado en la buena fe y equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores)”.

⁵⁰ Traducción libre de NUNES, Luis Antonio, *Comentários ao Código de defesa do consumidor*, Editora Saraiva, Sao Paulo, Brasil (2011), Pág. 25.

coordinación y ejecución de la política nacional de protección al consumidor. Específicamente, la SENACON cumple con los siguientes objetivos: (i) garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de los consumidores, (ii) promover la armonización en las relaciones de consumo; y (iii) fomentar la integración y la acción conjunta de los miembros del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor⁵¹.

5.2.3. México

México se convirtió en el primer país latinoamericano en contar con un órgano estatal para la defensa del consumidor, llamado Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Además, fue el segundo en promulgar una Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), vigente desde el año 1992, que regula aspectos generales como la información y publicidad, promociones u ofertas, ventas a distancia, las operaciones a crédito y servicios financieros, el régimen de garantía legal, los contratos de adhesión, entre otros. Su ordenamiento contempla la regulación de materias específicas, como por ejemplo las transacciones con bienes inmuebles.

Para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones, la legislación contempla enérgicas sanciones y procedimientos administrativos de

⁵¹ Véase facultades de SENACON en Decreto N°7.738 de 28 de marzo de 2012 de Brasil.

fiscalización, que la convierten en una de las normas más completas que existen en la materia de protección al consumidor⁵².

Adicionalmente, PROFECO ha impulsado avances en aspectos claves como la seguridad en consumo, la coordinación entre consumidor-proveedor-gobierno y la adopción de políticas públicas de protección al consumidor⁵³. La Procuraduría tiene un papel importante en la promoción de mejores prácticas comerciales a favor del consumidor que permitan que sus derechos sean más exigibles y eficaces, sobre todo considerando los estándares que incluyó la adhesión de México a la *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), acuerdo transnacional de carácter comercial con Estados Unidos y Canadá.

Finalmente, las recientes reformas en materia de acciones colectivas⁵⁴ permiten empoderar directamente a los consumidores, para que sean ellos mismos quienes cuenten con herramientas directas para proteger sus derechos, así como para generar relaciones de consumo más equitativas.

⁵² JIMENEZ CODINACH, María de Lourdes, *Protección al Consumidor*, Universidad Iberoamericana, México D.F., México (2002), Pág. 324.

⁵³ Véase en ARELLANO TREJO, Efrén y CARDENAS SANCHES, Guadalupe, *Acciones colectivas en México: la construcción del marco jurídico*, Centro de estudios sociales y de opinión pública N°120, Cámara de Diputados, México D.F., México (2011); y en noticias <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/07/29/mexico-publica-la-reforma-que-crea-la-figura-de-las-acciones-colectivas> y http://economia.terra.cl/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201004151645_TRM_78897805

⁵⁴ La inclusión de acciones colectivas en México es recién del año 2012, y se concretó a través de una reforma constitucional. El nuevo artículo 17 inciso tercero de la Constitución Federal Mexicana contempla específicamente un mandato para la creación de leyes que regulen las acciones colectivas, lo que se verificará mediante la creación de un párrafo especial de juicios colectivos en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

5.3. Protección al consumidor en los Estados Unidos

El sistema norteamericano de protección al consumidor se alimenta de dos grandes mecanismos. Primero, mediante protección estatal del consumidor y, por otro lado, a través la litigación privada.

La *Federal Trade Commission* (FTC) es el órgano estatal que se encarga de exigir el cumplimiento de las normas que digan relación con los consumidores⁵⁵. También regula las prácticas que puedan afectar la competencia y otros asuntos económicos que puedan alterar el mercado. Para estos efectos, el órgano, que opera desde 1903, tiene amplias facultades orientadas a vigilar e instar la observancia de las leyes, así como sancionar las conductas ilícitas.

En primer lugar, la FTC puede investigar actos que puedan ser constitutivos de infracción⁵⁶. Si se forma la convicción que existe una infracción, la entidad puede comenzar un procedimiento de sanción administrativa⁵⁷, presentar una acción judicial ante los Tribunales u optar por negociar directamente con el proveedor un acuerdo. El resultado de éstos últimos será obligatorio para la

⁵⁵ Para mayores referencias visitar la página Web www.ftc.gov.

⁵⁶ Facultad denominada *Precompliant Investigation* regulada en la *Federal Trade Commission Act Sec. 3* y en el *US Code (U.S.C.) Sec. 43*.

⁵⁷ Llamados *Administratives Trials*, que operan sólo cuando la FTC actúa de oficio, es decir, sin un sustrato de reclamos de consumidores, equivalente a la actuación de oficio del SERNAC.

empresa involucrada y puede incluir penas civiles, multas, reparaciones y otras medidas correctivas.

Además, la agencia puede regular y fiscalizar el cumplimiento de otras normas relacionadas, tales como la *Credit-Related Laws, Warranty Act (Magnunson-Moss), Packing and Labeling Act*, entre otras, mediante diversos mecanismos, como investigaciones, informes técnicos o la generación de actividades intrusivas en coordinación con los organismos sectoriales.

Por otro lado, la FTC puede generar normas concretas y especiales, llamadas *FTC Trade Regulation Rules*, que constituyen instrucciones específicas para determinados mercados o empresas.

Por otro lado, el sistema de protección al usuario estadounidense contempla acciones de derecho privado, contempladas en la *Lanham Act (1920)*, la primera y más desarrollada regulación sobre el comercio entre particulares. Esta norma sienta las bases de los derechos que poseen las partes de una relación comercial y contempla tipos básicos de infracciones contrarias a la legislación. Las acciones civiles interpuestas bajo esta regulación buscan la aplicación de sanciones que van desde la dictación de medidas precautorias que eviten o atenúen los daños (*injunctive relief*), compensaciones (*monetary*

damages) hasta la aplicación de una figura de sanción correctiva similar a la cláusula penal, pero determinada por el juez (*punitive damages*).

Finalmente, en el sistema de protección norteamericano juegan un papel fundamental las Asociaciones de Consumidores. Estas organizaciones no sólo tienen una participación activa en las tareas de educación de los usuarios, sino que generan y modelan de forma autónoma importantes estudios técnicos sobre ciertos mercados. A modo de ejemplo, el informe anual de *Consumer Report* sobre los vehículos se ha convertido en el medidor internacional más importante respecto a la calidad de los automóviles⁵⁸.

5.4. Protección del consumidor en Europa

Europa siempre ha estado a la vanguardia de la protección al consumidor. Como ya se indicó, una de las primeras manifestaciones del moderno Derecho del Consumidor surgió en Alemania y, en general, esta disciplina jurídica proviene de algunas consecuencias producidas a partir de la revolución industrial impulsada por Inglaterra.

5.4.1. Derecho Comunitario

⁵⁸ Véase en Consumer Report Magazine disponible en <http://consumerreports.org/cro/magazine/2013/04/index.htm>.

En lo que respecta al Derecho Comunitario, podemos identificar que la Constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE) ya se refería indirectamente a los consumidores, asumiendo que este grupo se vería particularmente beneficiado de la integración continental⁵⁹. Luego, la misma CEE pronunció una resolución específica relativa a la política de la Comunidad para la protección e información de los consumidores⁶⁰, que se convirtió en la primera norma de carácter unitario en referirse a la protección del consumidor, previa a las Directrices de la ONU, y que estableció cinco derechos básicos: la protección de (i) la salud y seguridad, (ii) los intereses económicos, y los derechos a (iii) la reparación, (iv) la información y educación y (v) la representación.

Durante el año 1985, se reguló la responsabilidad por productos defectuosos y la venta puerta-a-puerta⁶¹, las que se constituyen como las primeras regulaciones comunitarias en materias específicas de consumo.

⁵⁹ Véase en artículos 39, 40, 85(3), 86 y 92(2) del Tratado de Roma del año 1957.

⁶⁰ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

⁶¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de Diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Finalmente, con la creación de la Unión Europea (UE) en el año 1993, que sucede a la CEE, se entrega al Parlamento Europeo competencias específicas para la protección del consumidor⁶².

En la actualidad, el Consejo de la UE contempla una comisión permanente de protección al consumidor que busca armonizar la normativa, creando una serie de estándares y regulaciones específicas en temas sensibles a nivel comunitario, como la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos⁶³, la protección en la contratación a distancia⁶⁴ y el respeto de las garantías⁶⁵, entre otros.

La ventaja de este sistema es que los Estados miembros deben implementar en forma obligatoria estos estándares, sin perjuicio de sus sistemas internos de protección al consumidor. De hecho, ante el incumplimiento de las Directivas, los Estados se arriesgan a sanciones⁶⁶, que pueden llegar hasta la reparación pecuniaria obligatoria de los daños que se producen en un sujeto como consecuencia de la no implementación de la Directiva⁶⁷.

⁶² Ver Tratado de Maastricht en sus artículos 129 y 153.

⁶³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁶⁴ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

⁶⁵ Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁶⁶ Véase en el artículo 228 del Tratado de Ámsterdam.

⁶⁷ Ver caso *Francovich v Italy* (1990), Caso C-6/90, Corte Europea de Justicia.

Ahora bien, resulta relevante destacar algunas experiencias particulares de ciertos países de la UE en materia de protección al consumidor, que han influido de alguna u otra forma en nuestra regulación.

5.4.2. Legislación española

El ejemplo más influyente en nuestro sistema es el español, que contempla un conjunto integrado de normas y la activa participación del agente estatal llamando Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), sucesora del Instituto Nacional del Consumo y cuya función principal es proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁶⁸.

El modelo español se sustenta en el Real Decreto 1/2007 que contiene la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaras, que regula materias tales como las garantías legales, sanciones administrativas para los proveedores, posibilidad de constituir Asociaciones de Consumidores, un órgano de representación judicial y extrajudicial de los consumidores llamado Consejo de Consumidores y Usuarios, un sistema arbitral de resolución de conflictos con asistencia gratuita, una Ley especial de condiciones generales de contratación que regula los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, un sistema de responsabilidad

⁶⁸ Mediante el Real Decreto 19/2014 se refundió el Instituto Nacional del Consumo y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

objetiva del proveedores, entre otros aspectos que hacen de esta regulación una de las más adelantadas en el mundo.

5.4.3. Sistema británico de protección al consumidor: Common Law

Por otro lado, el sistema de protección al consumidor del Reino Unido -y en general de los países del *Commonwealth*- se basa en la coordinación entre el Parlamento, la presencia de agencias de gobierno y la activa participación de los consumidores.

El modelo británico comenzó con el *Trading Standards Intitute* formado el año 1881 y que representa una asociación gremial que tiene por objeto mejorar, desde un punto de vista de la autorregulación, los estándares de las industrias en relación con la autoridad, en los mercados financieros, bancarios y productivos.

A partir de la incorporación del Reino Unido a la CEE el año 1972, el Parlamento debió adecuar la regulación a los nuevos estándares continentales, usualmente diferentes al modelo de protección del *Common Law* imperante en la isla, lo que redundó en la creación del *Department of Trade and Industry* encargado, a través de su Departamento de Precios y Protección al Consumidor, de planificar y ejecutar las políticas de Estado para el resguardo

de los consumidores. De este modo, a la fecha existe una variada regulación en materias tales como regulación de los contratos⁶⁹, seguridad de los productos⁷⁰, normas de crédito y productos financieros⁷¹ y defensa de la competencia⁷². Cabe destacar que en la actualidad estas funciones son complementadas por la nueva *Competition and Markets Authority (CMA)* que asumió, desde el año 2014, la conducción a nivel ministerial de la protección al consumidor y otras materias regulatorias.

Ahora bien, las principales normas de protección directa del consumidor son la *Consumer Rights Bill*, sometida actualmente a una importante reforma⁷³, y la *Consumer Protection from Unfair Trading*, vigente desde el año 2004 y que regula la información relativa a precios en ventas a distancia. No obstante, ésta última ha sido modificada el año 2009 y, en la actualidad, se ha generado una importante discusión sobre la facultad de los Tribunales Superiores para intervenir los precios⁷⁴.

⁶⁹ En este ámbito podemos destacar la *Unfair Contract Terms Act (1977)*, la *Sale of Goods Act (1979)*, la *Consumer Protection Regulation (2000)*, la *Electronic Commerce Regulations (2002)* y la *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (2008)*, entre otras.

⁷⁰ Las principales normas de seguridad son la *Consumer Protection Act (1987)* y la *General Product Safety Regulations (2005)*.

⁷¹ En materia financiera las regulaciones de mayor impacto son la *Consumer Credit Act (1974)*, la *Financial Services and Markets Act (2000)* y la *Financial Services Act (2010)*.

⁷² A través de la *Competition Act (1998)* y la *Enterprise Act (2002)*.

⁷³ Ver detalle en <https://www.gov.uk/government/policies/providing-better-information-and-protection-for-consumers/supporting-pages/consumer-bill-of-rights>

⁷⁴ Véase postura del Gobierno Británico en http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/consumer_rights.htm

Finalmente, de igual modo que el sistema norteamericano, en Europa y especialmente en el Reino Unido tienen una gran importancia las Uniones de Consumidores que, mediante diversas instituciones, dan asesoría legal a los consumidores, generan estudios en mercados específicos y son actores relevantes en la creación de la regulación que pueda afectar a los consumidores.

CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A NIVEL CONSTITUCIONAL: CASO CHILENO Y EXPERIENCIA COMPARADA

1. Desde la protección interna a la internacionalización y constitucionalización de la protección del consumidor

Como se expuso en el capítulo anterior, el derecho del consumidor, como disciplina autónoma, ha llegado a una consolidación de la tutela del consumidor mediante el establecimiento de ordenamientos jurídicos positivos de rango, al menos, legal. Sin embargo, la tendencia general durante los últimos años ha sido elevar los derechos del consumidor hacia una protección superior, a través de la consagración de los mismos en las constituciones políticas de las naciones, inspirados por los documentos del *soft law* de carácter internacional.

En un Estado de Derecho soberano (democrático o constitucional), la Constitución es la ley máxima o fundamental, que obliga a todas las personas, así como también a los propios poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a respetar determinados principios básicos, límites y sienta las bases jurídicas de la nación. Por consiguiente, las normas constitucionales se

encuentran en la cúspide de la "pirámide jurídica", en un sentido kelseniano⁷⁵, caracterizándose por la imperatividad de su contenido, que obligan no sólo a las personas naturales o jurídicas, de derecho público y de derecho privado, sino que también al propio Estado.

Dicho lo anterior, no podemos negar entonces, que las normas jurídicas más importantes se encuentran en la Constitución. Como se ha indicado *"Es ella la que indica quien detenta los poderes estatales, cuáles son esos poderes, como deben ser ejercidos y cuáles son los derechos y garantías que las personas tienen en relación a éstos"*⁷⁶. De aquí deriva la importancia de la consagración a nivel constitucional de los derechos de los consumidores.

Como se ha indicado, la experiencia a nivel comparado respecto a la protección de los derechos de los consumidores ha obedecido fundamentalmente a modelos individuales, es decir, cada país ha adoptado una legislación propia de acuerdo a sus circunstancias particulares, trazando lineamientos, directrices y generando una nueva institucionalidad según cada caso. Sin embargo, esta preeminencia de los ordenamientos internos ha cambiado desde fines del siglo

⁷⁵ Como indicó el autor austriaco *"Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico"*, en KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México D.F., México (1993), Pág. 205.

⁷⁶ NUNES, Rizzato, *Curso de Direito del Consumidor*, Editora Saraiva, Sao Paulo, Brasil (2011), Pág. 47.

XX en el derecho internacional, al respecto se ha señalado que *"En el derecho comparado, legislación y doctrina, la protección de los consumidores parte de una consagración abstracta de los derechos de éstos, lo que se ha denominado como los derechos básicos de los consumidores (...)* A partir de ahí diversos organismos internacionales formularon sus propias listas de derechos de los consumidores, mucho más completas y elaboradas, entre las que encontramos los siguientes: la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que en 1973 expidió la Resolución 543/73 que contenía la Carta de Protección a los Consumidores; el Consejo de la Comunidad Europea que expidió la Resolución del Consejo del 14 de Abril de 1975 que contenía el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores; la Asamblea General de las Naciones Unidas que el 16 de Abril de 1985 aprobó la Resolución sobre Protección del Consumidor A/RES/39/248⁷⁷". Esto representa el cambio que ha recibido la protección del consumidor (en Europa), que ha transitado hacia la integración del derecho comunitario y armonización de las normas internas.

A nivel sudamericano, se puede destacar una serie de iniciativas supranacionales (no legales), promovidas por diversos organismos, para lograr una integración regional para la actuación en defensa de los consumidores. A modo de ejemplo, la SENACON de Brasil, la Subsecretaría de Defensa del

⁷⁷ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica*, en revista electrónica e-Mercatoria, Vol. 2, N°2 (2003), Pág. 4.

Consumidor de Argentina, el Área de Defensa del Consumidor de Uruguay y la organización *Consumers International*, coordinaron, durante el año 2013, la publicación del Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor, completo manual geográfico (de protección al consumidor, que tuvo por objeto *“integrar y promover la cooperación entre los organismos gubernamentales de protección al consumidor, a través del intercambio de informaciones y experiencias sobre temas de interés común con el fin de actuar con mayor eficacia en el desarrollo y mejora de las políticas públicas en materia de protección de los consumidores en sus países”*⁷⁸.

Todas estas iniciativas, obedecen a la necesidad de proteger integralmente al consumidor, como idea matriz de una serie de acciones de política legislativa, por lo que muchos países han consagrado en sus constituciones, preceptos, valores y principios que dan sustento a la protección de los consumidores, convirtiendo en una realidad jurídica lo que ya era una realidad socio-económica. Como se ha indicado *“Se consagran nuevos valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional, informadores y ordenadores del sistema económico establecido en la Constitución económica: el mercado, la competencia y la competitividad, la productividad empresarial, el valor de adecuación socioeconómica de la actividad empresarial, el valor de la*

⁷⁸ *Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor*, Secretaría Nacional del Consumidor, Ministerio de Justicia, Brasilia, Brasil (2013), Pág. 2.

*democracia económica y la participación, la solidaridad social, la igualdad material y la justicia social*⁷⁹".

Sin embargo, la forma como la protección de los consumidores ha sido consagrada en las constituciones o la interpretación que se debe hacer a éstas para concluir en la protección de aquellos, varía de un país a otro. En general existen dos grandes técnicas de protección a nivel constitucional, a saber: (i) fórmula de protección expresa o directa de determinados derechos: la carta fundamental protege de forma directa determinados derechos de los consumidores a ser protegidos por el Estado, así por ejemplo Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Portugal, entre otros⁸⁰; y (ii) técnica genérica o como deber del Estado: mediante una nomenclatura que pone de cargo del Estado la protección del consumidor, utilizada en países como Brasil, España, México y Perú. Con todo, más adelante analizaremos los casos más representativos a nivel iberoamericano.

Además, y lo relevante para los propósitos de este trabajo, cuando la Constitución Política no hace mención de manera directa a los consumidores, no significa que estos se encuentren desprotegidos porque la necesidad de su protección se puede desprender, indistintamente, de los valores solidaridad

⁷⁹ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 3.

⁸⁰ En general, estas constituciones utilizan un mecanismo más detallado de protección y consagran determinadas prerrogativas a los usuarios (como sujeto especial) tales como derecho a la seguridad, salud, acceso a bienes o servicios, entre otros.

social, igualdad material y justicia social. Con todo, se ha concluido que “*Se deben analizar los derechos y principios fundamentales, el sistema o el modelo económico y las normas constitucionales de contenido económico para encontrar el sustento de la protección a los consumidores; esto dará como resultado que el Estado pueda intervenir en la economía, especialmente en aquellos sectores donde por medio de su intervención pueda ofrecer protección a los más débiles, entre los que se cuentan a los consumidores*”⁸¹.

Naturalmente, nadie puede negar que el mejor escenario de consagración constitucional de la protección de los consumidores es la existencia de una norma especial con referencia directa a ellos que establezca derechos, principio y normas de contenido económico y social con la correlativa obligación del Estado de velar de manera especial por este colectivo, pero la verdad es que aun, si no existe norma especial con referencia directa a los derechos de los consumidores, no puede desprenderse, que éstos derechos no estén cautelados por el ordenamiento jurídico.

La interpretación correcta en este sentido, parece ser aquella que reconoce el valor práctico de la consagración de los derechos del consumidor, toda vez que el proceso de consagración constitucional de los derechos básicos del consumidor tiene “*un carácter prevalentemente programático: primero porque*

⁸¹ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 4.

precisan de un desarrollo legal para alcanzar la plenitud de su eficacia; segundo, porque mediante ellos se establecen los objetivos a conseguir por una política jurídica de protección a los consumidores; y tercero, porque proporciona un marco de referencia teórico a las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a conseguir esos objetivos y a sus concretas plasmaciones normativas⁸²".

Así pues, los derechos de los consumidores, desde su concepción y reconocimiento a nivel mundial, han llegado hoy en día a constituir verdaderos derechos de tercera generación y rango constitucional en algunos países, posicionándose e insertándose la protección de los derechos en materia de consumo en los marcos normativos de los estados, con ciertas variaciones.

A continuación, se analizará el caso chileno, las principales iniciativas parlamentarias y el estado actual de la protección constitucional de los derechos de los consumidores.

2. Caso Chileno

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Artículo 2 LCU. Derechos Básicos de los Consumidores*, en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* y BERCOVITZ, Rodrigo y SALAS, Javier (Coordinadores), Editorial Civitas S.A., Madrid, España (1992).

La Constitución chilena no contempla, hoy en día, el reconocimiento y la protección de los derechos de los consumidores. Sin embargo, ha habido algunos intentos legislativos que buscaban plasmar la protección al consumidor en la Constitución, en efecto, se puede reconocer que, a la fecha, existen cuatro propuestas de reforma constitucional, iniciadas por mociones de Diputados y Senadores de la República, cuyo objetivo ha sido consagrar expresa y definitivamente, a nivel constitucional, el reconocimiento y la protección de los derechos de los consumidores. El último de ellos, del año 2014, ha sido aprobado por el Senado y actualmente está en la segunda etapa constitucional, previa aprobación de la Cámara de Diputados.

2.1. Boletín N°2536-03 del año 2000

El primer proyecto de reforma constitucional que pretendió incorporar la garantía de los consumidores en la adquisición de bienes y servicios, fue la moción iniciada por los Diputados Bartolucci, Elgueta, Encina, Pérez y Soto durante el año 2000.

Esta breve propuesta se sustentó en lo dispuesto por el artículo 19 N°23 de la Constitución, que asegura a todas las personas *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (...)”*, toda vez que, para el ejercicio completo de este derecho, se debe asegurar la posición del consumidor. De este modo,

los creadores de la reforma consideraron que la calificación jurídica del consumidor deriva del derecho a la adquisición de bienes, por lo que, y como este derecho ya está consagrado en la Constitución, debía especificarse el rol de consumidor.

Por esto, y considerando que *“(...) los marcos legales vigentes, como la ley de derechos del consumidor y otros cuerpos legales, son insuficientes para otorgar una debida protección al usuario o consumidor (...)⁸³”*, se propuso el siguiente articulado:

“Agrégase a la Constitución Política del Estado, artículo 19 N° 23 el siguiente inciso final:

La Constitución garantiza al ciudadano la protección de todos sus derechos derivados de la adquisición de toda clase de bienes y servicios”.

Conviene precisar que esta modificación se propuso en el contexto de una normativa muy prematura de protección al consumidor, en el que solo operaba la LPC original. Además, el mecanismo de protección sugerido es atípico, porque, no incorpora el concepto de consumidor y, por otra parte, no especifica qué derechos particulares derivan para los ciudadanos al adquirir bienes y servicios, lo que no permite vincular esta prerrogativa con los ya existentes derechos básicos del consumidor.

⁸³ Proyecto de reforma constitucional, Boletín N°2536-03, 05 de junio de 2000.

La reforma se encuentra archivada desde octubre del año 2003, ya que no pudo sobrepasar el examen de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, por falta de mérito.

2.2. Boletín N°2963-07 del año 2002

El segundo intento de reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor, se define a partir la moción de los diputados Ascencio, Burgos, Mella, Saffirio, Silva y Tuma, que, durante el año 2002, propusieron proteger en forma conjunta la libre competencia y la protección del consumidor.

Se identificó a ambas normativas como parte de las “garantías constitucionales de naturaleza económica” que en el Derecho comparado (España y Argentina) han sido protegidas desde la Constitución. Por lo tanto, según el principio de “no interferencia” del Estado en la economía que caracteriza a la Constitución de 1980, el proyecto, desde una perspectiva demasiado macroeconómica, apuntó a que *“la competencia conduce a la eficiencia porque los individuos, cuando deciden qué cantidad deben producir de un determinado bien, igualan el beneficio marginal del consumo de una unidad adicional y el costo marginal de comprarla, que es exactamente el precio que tienen que pagar (justo precio); y las empresas, cuando deciden qué cantidad deben vender de un bien, igualan*

el precio que cobran y el costo marginal de producir una unidad adicional (...) ⁸⁴”.

Los legisladores reconocieron la insuficiencia del marco legal vigente a la época para resolver estos problemas económicos e insistieron en la “(...) *necesidad de verificar si es posible que con garantías a nivel constitucional se puedan resolver algunas de estas imperfecciones económicas (...) ⁸⁵”*, por lo que, basados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁶, propusieron:

“1. En el Artículo 19 N° 22 de la Constitución Política, en el inciso primero entre la voz "económica" y el punto aparte, añadir la siguiente frase: "y la defensa de la libre competencia”.

2. Agregar el siguiente numeral 27 al Artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Artículo 19 N° 27: El derecho de los consumidores y usuarios a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a la reparación de los daños sufridos así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Una ley regulará la defensa de estos derechos y los procedimientos para hacerlos efectivos”.

La particularidad de esta propuesta, es la mirada en conjunto que dieron los legisladores en relación a la normativa de defensa de la libre competencia que,

⁸⁴ Proyecto de reforma constitucional, Boletín N°2963-07, 11 de junio de 2002.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Especialmente en su artículo 22 sobre la “*satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, en la medida de la organización y recursos de cada Estado*”.

como se indicó en este trabajo, y aún a pesar de sus diferencias, comparten ciertos objetivos generales con la protección del consumidor y, desde un punto de vista de la finalidad de las normas, buscan el bienestar general de las personas, en un ámbito económico.

El proyecto se archivó el año 2009 por indicación de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, ante la falta de insistencia de los parlamentarios, sin embargo, en abril de 2014 y a propósito de la cuenta del Boletín N°9463-03 que analizaremos más adelante, esta iniciativa fue desarchivada y refundida con el proyecto antes indicado, influyendo de forma relevante en el proceso que, seguramente, acabará por reformar nuestra Constitución para incluir a los consumidores en la protección de sus derechos.

2.3. Boletín N°7563-07 del año 2011

Este proyecto, estancado desde su inicio en el primer trámite constitucional del Senado, se inició por Moción de los senadores señores Espina, Chadwick, García, Tuma y Zaldívar durante el año 2011.

Dentro de los fundamentos que justificaron dicha propuesta, contenida en el Boletín N° 7563-07, destacan los siguientes:

- a) El concepto de libertad: en sentido amplio, consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República (CPR), particularmente en lo referente a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.
- b) La igualdad ante la ley: consagrada en el artículo 19 N°2 de la CPR, particularmente en lo referente a la proscripción de la arbitrariedad en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica. Por lo tanto, esta garantía implicaría, también, el deber del estado de promover el bien común, evitando la existencia de grupos privilegiados.

Los parlamentarios entendieron que la libertad económica reconocida por el constituyente reconoce limitaciones (la moral, el orden público o la seguridad nacional), que muchas veces no resultan suficientes para garantizar de manera efectiva el desarrollo igualitario de las relaciones económicas, lo que se traduce en *“desequilibrios y asimetrías entre agentes con un poder económico y de negociación no equivalentes entre sí, que puede perpetuarse en el tiempo, consolidando una situación contraria a la libertad personal y al derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, tal como se señala en el artículo 1º, inciso final de la Carta Fundamental⁸⁷”*.

⁸⁷ Proyecto de Reforma Constitucional, Boletín N°7563-07, 05 de abril de 2011.

Por lo tanto, para que el sistema económico se encuentre efectivamente al servicio de la persona humana, necesariamente debe resguardar la libertad de las personas, en todos sus ámbitos, pero a su vez, que exista igualdad de oportunidades de crecimiento material y espiritual, se propone una reforma constitucional que permita crear condiciones más adecuadas que permitan a cada individuo de la sociedad alcanzar la mayor realización espiritual y material posible.

A juicio de los impulsores de este proyecto de reforma constitucional, el mayor problema detrás del modelo actual -que la reforma pretendía corregir- es la búsqueda del equilibrio correcto de dos factores: (i) El deber del Estado de resguardar la libertad económica; y (ii) El deber de evitar la sobre-regulación del Estado en el mercado. En este sentido, según los autores, una buena medida para abordar y resolver este desafío es precisamente consagrar constitucionalmente los derechos de los consumidores, por cuanto son éstos la parte débil de la relación de consumo.

El concepto fundamental del proyecto fue la denominada “garantía del consumidor”, que, en cuanto derecho fundamental, tiene una doble dimensión, a saber: (i) una de carácter subjetiva, tendiente a establecer derechos individuales (que parecen estar resueltos en la LPC); y (ii) una objetiva, en cuanto reflejo de los valores superiores de un ordenamiento y cuya

manifestación debe darse sobre toda la normativa constitucional. Bajo esta perspectiva es que la Constitución chilena tiene un desafío pendiente, pues no contiene un mandato expreso para el Estado de proteger a los consumidores, materia que sí se regula a nivel legal.

En definitiva, el proyecto propuso la siguiente modificación constitucional:

“Artículo Único.- Agrégase la siguiente frase segunda al inciso primero del Nº21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República:

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 y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley.”

Como vemos, la propuesta optó por una técnica mixta de protección, indicando, por un lado, un deber genérico del Estado para la protección del consumidor y, por otro, consagrando a nivel constitucional algunos de los derechos reproducidos en el artículo 3 de la LPC, que será analizado en su oportunidad.

2.4. Boletín N° Boletín N° 9463-03 del año 2014

Le reforma constitucional más reciente y relevante en esta materia, fue iniciada por moción de los senadores Allende, Araya, De Urresti, Larraín y Montes

durante el año 2014, y logró superar, durante el primer semestre del presente, el primer trámite constitucional en el Senado, siendo aprobada su cuenta en forma unánime y refundida considerando las dos iniciativas anteriores.

El proyecto, en su versión original, buscó incorporar en el numeral 21 del artículo 19 de la CPR, el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores así como consagrar expresamente el “principio pro consumidor”. En este proyecto, a diferencia de los anteriores, se incorporó como fundamento de derecho el principio de subsidiaridad reconocido por el artículo 1 inciso tercero de la CPR⁸⁸, desde la perspectiva del fomento y desarrollo de las Asociaciones de Consumidores. De este modo, es Estado puede cumplir de forma más eficiente con su deber de proteger y fomentar los grupos intermedios, por lo que la propuesta previene que *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*⁸⁹.

El proyecto de reforma proponía la siguiente inclusión, a saber:

⁸⁸ Norma que indica *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*.

⁸⁹ Proyecto de Reforma Constitucional, Boletín N°9463-2003, 21 de julio de 2014.

“Artículo Único.- Agréguese en un nuevo inciso segundo, un nuevo inciso tercero y un nuevo inciso cuarto en el numeral 21º del artículo 19º de la Constitución Política de la República, quedando el actual inciso segundo, como inciso quinto; en los siguientes términos:

Establézcase el principio pro consumidor, como principio rector de la legislación nacional, estableciéndose que en la hermenéutica legal o contractual de los diferentes actos o convenciones que se suscriban o se verifiquen por consumidores, ya sea en el análisis de normas o cláusulas que merezcan dudas o problemas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor.

Establézcase además, que es deber del Estado y sus instituciones proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de los consumidores, ya sea en forma individual o colectiva, fomentando la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores que se creen para tales efectos”.

Esta reforma optó, entonces, por una técnica nueva que mezcla, en parte, una protección mixta del consumidor a nivel constitucional -similar al proyecto anterior- mediante el posible estableciendo de un deber general del Estado para proteger a los consumidor y un breve catálogo de ciertos derechos básicos (educación al consumidor, seguridad, derecho de asociación, entre otros) y, por otro lado, intenta consagrar un principio general de creación normativa e interpretación legal y contractual denominado “principio pro consumidor” que, si

bien no es una novedad en la doctrina extranjera⁹⁰, importa la adecuación del sistema jurídico y judicial interno, desde la Constitución hasta los Reglamentos, a determinadas directrices, en particular la prevalencia de la condición y/o solución más favorable para el consumidor.

A propósito del trámite de cuenta (dado durante abril de 2014), la Comisión de Economía del Senado, reveló sus preocupaciones sobre el actual marco normativo que *“no resulta suficiente para garantizar de manera efectiva el desarrollo igualitario de las relaciones económicas, lo que se traduce en desequilibrios y asimetrías entre agentes con un peso económico y de negociación no equivalentes entre sí, que pueden perpetuarse en el tiempo, consolidando una situación contraria a la libertad personal y al derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (...)”*⁹¹, de modo que, para superar lo anterior *“se exige ajustar el marco constitucional de manera de asegurar la satisfacción que las exigencias de bien común imponen al Estado para que el sistema económico se encuentre efectivamente al servicio de la persona humana, lo que implica necesariamente reconocer y resguardar la libertad consustancial de las personas, en todos los ámbitos, inclusive en el económico, pero igualmente que exista igualdad de oportunidades de*

⁹⁰ Para mayor abundamiento sobre el “principio pro consumidor”, ver en SCHVARTZ, Liliana, *Op. Cit.*, Pág. 59; WAJNTRAUB, Javier H., *Protección Jurídica del Consumidor, Ley 24.240 y su Reglamentación. Comentada y anotada. Normativa complementaria*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina (2004) Pág. 21; y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 16.

⁹¹ Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 3.

crecimiento personal y material y que, de esta manera, se creen las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional una mayor realización espiritual y material posible (...)»⁹². Por consiguiente, se propuso la reforma con el objeto de consagrar el deber del Estado de fomentar la protección de los consumidores, así como actualizar el marco constitucional con los nuevos derechos económicos que han sido recogidos en los modernos textos fundamentales de la mayoría de las naciones.

En todo caso, luego del despacho del proyecto desde la Comisión de Economía, la Sala de la Cámara del Senado aprobó, durante octubre del año 2014 y de forma unánime, la fusión de este proyecto con el boletín N°7563-07, por lo que el texto final propuesto, que deberá ser discutido y aprobado por la Cámara de Diputados es el siguiente:

“Artículo único.- *Introdúcense, en la Constitución Política de la República, las siguientes modificaciones:*

1.- Incorpórase, en el numeral 21º del artículo 19, un párrafo segundo, nuevo, pasando el actual párrafo segundo a ser tercero: “Es deber del Estado resguardar los derechos de los consumidores que indique la ley. Asimismo, la ley deberá promover la educación de las personas para un consumo responsable y la elección libre e informada de los bienes y servicios, como

⁹² Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 4.

también deberá facilitar el acceso a procedimientos eficaces para el ejercicio de los derechos que en ella se consagren.

2.- Agrégase, en el inciso primero del artículo 20, a continuación de la expresión “21º,” la siguiente frase: “con excepción de lo dispuesto en el párrafo segundo.”⁹³

La reforma finalmente propuesta y que, seguramente será aprobada en lo sucesivo, revela, por un lado, el actual consenso político sobre la consagración constitucional del deber del Estado sobre la protección del consumidor, en el marco de los principios que rigen la actividad económica dispuesta por el texto fundamental, así como la tendencia en establecer un catálogo acotado de derechos básicos para el consumidor, de rango constitucional.

Lo pertinente al “principio pro consumidor” ha sido eliminado, toda vez que, en opinión de los expertos que asesoraron a la Comisión de Economía, el establecimiento de un principio supra legal de interpretación contractual y judicial va en contra de la labor jurisdiccional de los tribunales de la república que, por mandato constitucional, tienen la potestad para interpretar, al caso concreto y en forma estrictamente legal, los preceptos legales para formar su convicción⁹⁴. Sin embargo, nuestra opinión es contraria toda vez que, el objetivo real de este principio, no radica en la contradicción de la labor de los

⁹³ Oficio N°1283/SEC/14, 22 de octubre de 2014.

⁹⁴ Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Págs. 17 y ss.

magistrados sino que, en el fondo, generar una regla de interpretación residual específica en materia de consumo, en los mismos términos que nuestro Código Civil regula una interpretación favorable al deudor⁹⁵, norma que, hasta nuestro conocimiento, no ha sido objetada en forma alguna.

Finalmente, la propuesta final incurre en una grave contradicción, ya que elimina el elemento procesal (y por consiguiente, práctico) más relevante para la efectiva protección de un derecho de carácter constitucional: el recurso de protección. En efecto, la propuesta dispone expresamente que para esta nueva garantía quedará excluido el uso de la acción de protección toda vez que, en opinión de nuestros legisladores, se generaría una *“expectativa inconmensurable y que carece de sustento permitir el recurso de protección para cada violación particular de los derechos del consumidor (...)*⁹⁶”, conclusión que, como analizaremos en este trabajo, es sustancialmente arbitraria y errónea.

2.5. Comentarios sobre los intentos de reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor en Chile

⁹⁵ En este sentido, el artículo 1566 del Código Civil indica *“No pudiendo aplicarse ninguna de la reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”*.

⁹⁶ Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 44.

Con todo, conviene destacar que, en general y luego de más de 14 años, las reformas en comento no han podido avanzar sustancialmente dentro del trámite constitucional, salvo la última que, potencialmente, puede convertirse en una reforma efectiva, por lo que Chile -junto con Uruguay- sigue sin poder contar, en el contexto sudamericano⁹⁷, con una regulación expresa de los derechos del consumidor u otras materias pertinentes y específicamente dirigidas a los usuarios, a nivel constitucional, lo que nos sitúa en un plano rezagado respecto a los ordenamientos extranjeros.

En todo caso, resulta curioso que una serie de proyectos -iniciados por mociones parlamentarias transversales⁹⁸- no hayan tenido éxito (tres fueron archivados y las últimas dos recién fueron aprobadas por la Comisión particular) ni divulgación pública. En efecto, a partir de un breve repaso de la prensa y medios de comunicación, sólo podemos observar cierta difusión del proyecto del año 2011⁹⁹, iniciado en año electoral y divulgado principalmente por el Director del SERNAC de la época. En cuanto al resto, no existen mayores referencias salvo la información disponible en las bases de dato del Congreso Nacional.

⁹⁷ Para contexto global de países con defensa constitucional de los consumidores, ver Anexos N°1 y 2.

⁹⁸ Salvo el Boletín N°2963-07, de origen Demócrata Cristiano, el resto de los proyectos fueron impulsados por parlamentarios de prácticamente todas las bancadas políticas.

⁹⁹ Véase en <http://www.sernac.cl/23650/>, http://www.senado.cl/presentan-proyecto-de-ley-que-busca-incorporar-derechos-de-los-consumidores-a-la-constitucion/prontus_senado/2011-04-04/160031.html, <http://www.elmostrador.cl/pais/2011/04/04/parlamentarios-presentan-proyecto-que-busca-incorporar-derechos-de-los-consumidores-a-la-constitucion/>, entre otros.

Esta situación debe terminar en un análisis crítico del real propósito de dichos proyectos bien respecto a la falta de profundización de nuestros legisladores en las tendencias imperantes en materia de la protección al consumidor, sumado a las trabas que impone el actual sistema legal para efectos de modificar la carta fundamental. En este sentido, reconocemos que nuestra cultura legislativa no ha sido ajena al proceso general de constitucionalización de ciertos derechos o a la profundización de las garantías ya consagradas. En efecto, si estudiamos el catálogo actual del artículo 19, veremos que se han modificado y agregado una serie de prerrogativas, destacando, tan sólo a modo de ejemplo, el derecho a defensa gratuita para los imputados (a partir de la reforma del Código Procesal Penal)¹⁰⁰, la obligatoriedad y gratuidad de la educación parvularia¹⁰¹, reformas a las garantías procesales¹⁰², cambios en la transparencia del sistema político¹⁰³, entre otras, que dan cuenta de cambios profundos en ciertas materias, iniciativa que no ha sido traspasada al ámbito de los derechos económicos.

Sin embargo, dada la alta exigencia que nuestra Constitución impone para ser reformada (Ley con el quórum de las tres quintas partes de los Diputados y Senadores en ejercicio, según el artículo 127 de la CPR), el bajo consenso

¹⁰⁰ Ley Nº 20.516, Reforma Constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas, del 11 de julio de 2011.

¹⁰¹ Ley Nº 20.710 que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor, 11 de diciembre de 2013.

¹⁰² Ley Nº20.050, 26 de agosto de 2005.

¹⁰³ Ley Nº20.414, en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, 04 de enero de 2010.

político sobre la importancia del grupo de presión social que hoy denominados consumidores, la existencia de una Ley Especial (Ley N°19.496) que, en términos generales, entrega una protección moderada de los usuarios, la inactividad de los proyectos, entre otros probables factores, lo cierto es que nuestro sistema político no ha logrado incorporar con éxito el derecho del consumidor y, en general, los denominados nuevos derechos económicos al texto constitucional vigente, por lo que vemos con poca probabilidad un cambio radical en el corto plazo.

3. Experiencia comparada en la recepción de los derechos constitucionales de los consumidores

Ahora bien, es necesario analizar algunas experiencias extranjeras en la protección constitucional de los derechos de los consumidores. No obstante, conviene recalcar que la mayoría de los textos constitucionales modernos contemplan, de alguna u otra forma, alguna referencia a los consumidores o usuarios.

3.1. Argentina

Argentina fue el primer país Latinoamericano en incluir, de manera expresa, la protección de los consumidores dentro de una Constitución, consagrando dicha

protección por primera vez en la Constitución de la Provincia del Chaco de 1958¹⁰⁴. En efecto, el artículo 19 de éste texto legal indicó, en relación la acción de amparo, que *“Esta acción también podrá ser promovida por toda persona física o jurídica, para la defensa de los derechos o intereses difusos o colectivos, los que protegen al ambiente, al usuario y al consumidor”*. Además, consagró el principio denominado de “Promoción productiva”, que implica *“(…) la radicación regional del proceso industrial y la comercialización de la producción en beneficio de los productores y de los consumidores¹⁰⁵”*, entre otras referencias expresas a los consumidores¹⁰⁶.

Ahora bien, la actual Constitución Política de Argentina de 1994 se refiere específicamente a los derechos de los usuarios y consumidores, protegiendo la salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios y consumidores (en su calidad de tales), y además se prevé una acción de amparo para el ejercicio y protección de dichos derechos.

De este modo, el artículo 42 dispone *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades*

¹⁰⁴ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 9.

¹⁰⁵ Artículo 45, Constitución de la Provincia del Chaco.

¹⁰⁶ Véase artículos 46, 47, 50, 119 N°27 y 206 N°8, Constitución de la Provincia del Chaco.

proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Del artículo citado, se desprende claramente cuáles son los principales derechos -básicos- que se les reconocen a los consumidores. Entre nosotros, resulta curioso que esta norma haya elevado a derechos básicos constitucionales más derechos de los comúnmente aceptados por el Derecho Comparado, siendo, la legislación transandina, particularmente abundante y extensa en la definición de derechos de los usuarios en las distintas esferas económicas.

La última parte de esta norma dispone que *"la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previniendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y*

usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control". Es decir, se reconoce una situación de desigualdad económica, técnica y de información, en la cual los consumidores se posicionan como la parte débil de esta relación de consumo, razón por la cual se permite expresamente la participación de las asociaciones de consumidores "para que éstos sean representados por personas que tienen un conocimiento especial sobre la materia"¹⁰⁷.

El otro precepto constitucional que consagra los derechos de los consumidores en Argentina es el artículo 43¹⁰⁸, que hace extensiva la acción de amparo en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y al consumidor, siempre que no exista otro medio judicial (o extrajudicial) más idóneo, lo que permite una protección rápida y prevalente de estos derechos en los eventos que no existan mecanismos judiciales para asegurar dicho fin, que, como se verá, es una de las consecuencias más relevantes y prácticas de la consagración constitucional de los principios o derechos del consumidor.

¹⁰⁷ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 10.

¹⁰⁸ Artículo 43, Constitución Nacional de la república Argentina: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (...) Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...)"*

3.2. Brasil

La Constitución Política Brasileña de 1988, conocida como la “Constitución Ciudadana”, también ha reconocido los derechos de los consumidores de forma explícita. La década de los 80’ es conocida en la historia brasileña por la recesión económica y la democratización del país carioca, contexto en que surge un movimiento ciudadano que luchará por el reconocimiento y consagración de los derechos sociales, en que se incluyen aquellos propios de los consumidores, lo que terminó en la inclusión de la protección de los consumidores en la Asamblea Nacional Constituyente.

Lo anterior, tuvo su punto culmine con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988 que, en sus artículos número 5 y 170, consagró la protección de los consumidores como un derecho fundamental, añadiendo un principio de orden económico y entregando a la responsabilidad del Estado la promoción de la defensa del consumidor. Posteriormente, mediante la Ley N°8078 del año 1990, surge el Código de Defensa del Consumidor, que sistematiza las normas legales sobre protección del consumidor bajo los principios dictados por la Constitución brasileña.

Cabe destacar que el preámbulo de la Constitución Política Brasileña de 1988 dispone que *"es función del Estado asegurar el ejercicio de los derechos*

sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias".

Luego, de un modo más específico, el Título II "De los Derechos y Garantías Fundamentales", en su Capítulo I titulado "De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos", dispone lo siguiente:

“Artículo 5.- *Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:*

XXXII.- El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor; (...).”

De esta manera, la Constitución Brasileña reconoce que el consumidor es la parte débil del acto jurídico de consumo, y por lo tanto, merece una especial protección. En este sentido, reconocemos la postura del profesor LÓPEZ CAMARGO que apunta a la explicación del reconocimiento del consumidor como la parte débil en el mercado y acto jurídico de consumo, mediante el análisis de los agentes del mercado (especialmente los que detentan el poder económico), que sumado al desequilibrio técnico o del conocimiento en que se encuentra el consumidor *“justifica la necesidad de la defensa del consumidor*

como una forma de restablecer el equilibrio y hacer efectivo el derecho a la igualdad¹⁰⁹”.

Además, complementado la norma anterior, artículo 170 de la Constitución de Brasil dispone:

“Artículo 170.- El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

V- Defensa del Consumidor; (...).”

Por lo tanto, la Constitución Política Brasileña de 1988 elevó a principio general de la actividad económica la defensa del consumidor, lo que impone que *“todas aquellas relaciones del mercado deben tener presente que no pueden atentar contra los consumidores, porque de hacerlo infringirían directamente la Constitución¹¹⁰.”* Así las cosas, la Constitución Brasileña instaura el denominado "Principio Pro Consumidor", es decir, que al momento de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, deberá hacerse cautelando los intereses de éstos, por cuanto la Carta Fundamental los reconoce como la parte débil de en las relaciones jurídicas de consumo, lo que los hace objeto de especial protección.

¹⁰⁹ LÓPEZ CAMARGO, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 12.

¹¹⁰ *Ibíd.*, Pág. 13.

3.3. México

Los derechos y prerrogativas del consumidor son tratados de manera tangencial en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, la única norma que se refiere de manera más profunda a los usuarios (aunque en el contexto de la defensa de la libre competencia y la prohibición de los monopolios) es el artículo 28 inciso tercero que, a partir de la reforma del año 2013¹¹¹, estableció *“La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”*, consagrando una especie de mandato legal para la protección del consumidor, que debe conjugarse con la Ley Federal de Protección al Consumidor del año 1992.

A parte de esta referencia, el artículo 28 también ordena a que *“Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular”*, estableciendo una especie de control estatal sobre los precios de determinados productos, que dice relación más bien con una técnica de Orden Público Económico para controlar la inflación. En este mismo sentido, el inciso segundo del mismo artículo que previene *“la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario (...)*

¹¹¹ DOF 11 de junio de 2013 y DOF 20 de diciembre de 2013.

para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados”, confirmando este tipo de carácter infraccional respecto a la alteración artificiosas (y monopólicas) de los precios del mercado.

Por esto, en México se prefiere hablar sobre la protección al consumidor derivada de los derechos fundamentales, toda vez que la norma constitucional solo contempla en forma expresa un mandato legal para proteger a los usuarios pero no un deber genérico o un mecanismo explícito de protección del consumidor de forma diferenciado a los derechos fundamentales¹¹², como lo hacen otras legislaciones.

En verdad, el sistema mexicano parece depender de facultades o potestades estatales en el control de los precios (a través de PREFECO u otros organismos) y de la labor del Congreso de la Unión para legislar sobre la protección al consumidor¹¹³, por lo tanto, se sustentan en una protección constitucional precaria que, sin embargo, les permite efectivamente la adecuación de sus leyes a un principio implícito de protección del consumidor.

3.5. España y otras legislaciones europeas

¹¹² Véase en QUINTANA ADRIANO, Arcelina, *Los derechos fundamentales y el Estado: Protección al consumidor*, en Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de México, México D.F., México (2002), Pág. 608.

¹¹³ *Ibíd.*, Pág. 615.

El caso español es particularmente ilustrativo para explicar los fundamentos de la mayoría de las experiencias latinoamericanas así los proyectos en Chile, pero adoptando los estándares de la UE. A partir de la promulgación de la Constitución Política Española de 1978, la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en España se convierte en un principio básico que obliga al Estado a asegurar a los ciudadanos sus derechos y libertades en ese ámbito. Así pues, su artículo 51 se encomienda a los poderes públicos, garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos; además de promover la información y educación de los consumidores y usuarios y fomentar sus organizaciones y oír las en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca¹¹⁴.

Se puede apreciar que en España los derechos de los consumidores se enmarcan dentro de los principios rectores de la política social y económica, cuestión que sin lugar a dudas constituye un notable avance legislativo respecto de la mayoría de los países del mundo, porque implica reconocer esta categoría

¹¹⁴ **“Artículo 51.-** Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

de derechos como parte de los denominados “derechos sociales y económicos”, también llamados derechos constitucionales de cuarta categoría.

En todo caso, y sin perjuicio de las disposiciones de la Constitución Europea relativas a los consumidores¹¹⁵ que obligan a los países miembros, varias naciones de la UE han protegido al consumidor expresamente mediante sus textos constitucionales. De gran relevancia resulta la experiencia Suiza, que ha dispuesto una norma especial y muy completa para la protección del consumidor. De esta forma, el artículo 97 de la Constitución de la Federación Suiza, indica lo siguiente:

“Artículo 97. Protección del consumidor

- 1. La Confederación tomará medidas destinadas a proteger a los consumidores y consumidoras.*
- 2. Elaborará la normativa sobre las vías jurídicas abiertas para las asociaciones de consumidores. Las asociaciones de consumidores beneficiarán de los mismos derechos que las asociaciones profesionales y económicas en lo referente a la legislación sobre competencia desleal*
- 3. Los cantones deberán prever un procedimiento de conciliación o bien un procedimiento judicial simple y rápido para los litigios cuyo objeto no supere un valor determinado. El Consejo Federal fijará esta cantidad”.*

¹¹⁵ Véase en los artículos I-14 N°2 letra f), II-98, III-120, III-162 letra b), III-167 N°2 letra a), III-172 N°3, entre otros, del Tratado por el que se establece una Constitución Europea (Tratado de Roma), de 29 de octubre de 2004.

Por otro lado, otras naciones no han incorporado expresamente una norma expresa como la antes expuesto, pero es no quiere indicar que no existe una protección. En efecto, el Tribunal Supremo Federal de Alemania, a propósito de un caso de privacidad e intimidad, reconoció que *“Esta disposición busca la protección de los competidores, los consumidores y los otros actores involucrados en el mercado, así como de la colectividad. La libertad de ocupación económica no debe conducir a que sujetos en particular obtengan ventajas respecto de sus competidores por medio de prácticas inamisibles. Dichos fines se encuentran en concordancia con el orden valorativo axiológico de la Ley Fundamental¹¹⁶”*. Este fallo hizo referencia a los artículos 5 párrafo segundo y 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Deutscher Bundestag*). Asimismo, debemos reconocer que el artículo 74 de la Constitución Alemana contempla un grado de protección de determinados bienes de consumo, al indicar *“Las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y estimulantes, artículos de consumo, piensos, semillas y plantas agrícolas y forestales, la protección de plantas contra enfermedades y plagas, así como la protección de animales”*, con todo, la norma es demasiado específica y contempla bienes que no asociamos usualmente a los actos de consumo, con excepción de los productos alimenticios.

¹¹⁶ SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, México D.F., México (2009), Pág. 235.

De este mismo modo, la Constitución Italiana garantiza en su artículo 41 la libertad económica¹¹⁷ sin hacer referencia expresa a los consumidores o usuarios. Sin embargo, según la doctrina, esta circunstancia no impide que se reconozca una protección al consumidor, de este modo, se ha indicado que *“desde la perspectiva de la protección al consumidor, la disciplina constitucional relativa a la actividad económica contempla ciertas limitaciones que, en función de la protección del público consumidor, regulan determinados principios para la tutela del interés público, representados por las disposiciones del artículo 41 inciso segundo, en relación con los artículos 2 y 32 inciso segundo de la carta fundamental”*¹¹⁸.

Esta postura, reconocida por la experiencia Alemana, Italiana, Francesa, Belga y Holandesa, entre otras, refuerza la idea que los derechos del consumidor, en su calidad de sujeto protegido por el actual sistema legal (en relación a las características del mercado moderno), reconoce protección en los ordenamientos constitucionales de forma, al menos, implícita, mediante la protección del bienestar general (interés público económico), la limitación a la libertad económica en función de los derechos sociales y económicos y, en

¹¹⁷ Costituzione della Repubblica Italiana, artículo 41:

“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

¹¹⁸ Traducción libre de ALPA, Guido, *La protezione del consumatore in Italia*, en Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf, Intituto de Investigaciones Jurídica Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., México (1989) Pág. 115.

última instancia, conforme la preservación de un mínimo de dignidad a los sujetos, como se verá más adelante.

3.5. Países del *Commonwealth* y los Estados Unidos

Por último, conviene reconocer que los países del “Commonwealth” tales como Inglaterra, Escocia, Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Australia, Nueva Zelanda, entre otros, así como los Estados Unidos, no poseen en sus textos constitucionales un reconocimiento expreso a la protección de los consumidores. Esto se debe principalmente a la diferencia en la técnica empleada por sus constituyentes, que prefirieron textos breves y generales, complementados, como el caso estadounidense, por enmiendas específicas para cada derecho¹¹⁹, pero que en definitiva sustentan reglas generales del organización de la sociedad.

Por supuesto, cada texto legal (especialmente la Constitución de los Estados Unidos) reconoce, en cierto modo, un derecho al bienestar económico¹²⁰ u otra referencia similar relacionada con lo que denominados “derechos económicos y sociales”, pero no se refieren a las personas en su calidad de consumidores de

¹¹⁹ Por ejemplo, el derecho a la seguridad asegurado por la Constitución de los Estados Unidos, fue complementado por el derecho a portar armas (*Right to bear arms*) de la segunda enmienda (1791).

¹²⁰ La Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos de América dispone: “*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States (...)*”.

forma diferenciada, lo que, en todo caso, no obsta a la existencia de un sistema legal y reglamentario de protección del consumidor.

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAS

1. Preámbulo: los actos de consumo como actividad básica para la supervivencia y desarrollo del ser humano

La idea de los derechos básicos de los consumidores como derechos fundamentales comienza desde una premisa práctica: los actos de consumo, elemento base para la aplicación de la regulación de protección a los consumidores, se confunden con todas las actividades que un ser humano desarrolla en el día a día para sobrevivir, tales como comer, transportarse, educarse, entre otros, y que le permiten satisfacer sus necesidades.

1.1. Desde el acto de consumo a la situación de consumo

Los actos de consumo no están definidos expresamente en la LPC aun cuando se refiere a ellos en varias oportunidades y la misma aplicación de la norma depende de la existencia de una relación de consumo. Así, el artículo 1 N°1 de la Ley define a los consumidores o usuarios como “*las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios*”. Luego, al definir a los

proveedores agrega otro elemento que es “*actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa*”.

Por lo tanto, a partir de nuestra legislación podemos identificar ciertas características de los actos de consumo, que serían las siguientes: (i) acto jurídico (en un sentido amplio); (ii) oneroso, en términos prácticos que involucre un precio o tarifa¹²¹; (iii) adquirido, usado o disfrutado por un consumidor; (v) que comprende bienes o servicios; y (v) que comercialice o preste un proveedor. En todo caso, cabe destacar que antes de la reforma de la Ley N°19.955, la LPC exigía que el acto de consumo fuera mixto, es decir, de carácter mercantil para el proveedor y civil para el consumidor, situación que ha desaparecido al menos como requisito general¹²².

¹²¹ No obstante, a propósito de la responsabilidad por los robos en los estacionamientos gratuitos, se ha instaurado la teoría de los actos jurídicos complejos que haría responsables los establecimientos, aun si el consumidor no ha pagado un precio o tarifa por el servicio de estacionamiento. Véase más en BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Jurisprudencia por daños en estacionamiento de vehículos regido por la "Ley del consumidor"*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV, Valparaíso, Chile (2010); AEDO BARRENA, Cristián Eduardo, *El uso de estacionamientos como actos de consumo: reflexiones sobre la causalidad y la culpa*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte XVII, Antofagasta, Chile (2010); y en la siguiente jurisprudencia:

a) Corte Suprema, Rol N°3299-2010, 16 de mayo de 2011.

b) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2645-2011, 11 de junio de 2013.

c) Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°570-2012, 26 de junio de 2012.

¹²² Para mayor ahondamiento véase en MOMBORG URIBE, Rodrigo, *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, Revista de Derecho Vol. XVII, Valdivia, Chile (2004), Pág. 60.

Por su parte, la doctrina ha entendido el acto de consumo en un sentido amplio, sin restringirse a los elementos normativos, lo que resulta en verdad más acorde al carácter protector de la normativa de protección al consumidor. De este modo, se ha señalado que *“debe comprender todas las situaciones posibles en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual; o cuando es sometido a una práctica del mercado”*¹²³. En este mismo sentido, se ha agregado que *“existe una buena cantidad de disposiciones que otorgan prerrogativas a los sujetos, aun sin estar vinculados contractualmente con los proveedores”*¹²⁴, por consiguiente, el acto de consumo no se restringe a la existencia de un contrato formal, sea de adhesión o consensual, sino se refiere más bien a una situación de interrelación entre un consumidor y un proveedor.

El mismo criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia al indicar que, para la aplicación de la LPC, basta *“(…) la existencia de una operación global, desglosada en los actos del ingreso al recinto, la circulación y cotización, el pago y el posterior retiro, todos los cuales conforman actos de consumo que se encuentran regidos por la Ley No 19.496 (...)”*¹²⁵, es decir, prescinde incluso de la compra misma, comprendiendo una consecución de actos que pueden estar relacionados al consumo propiamente tal. Por lo tanto, se habla del acto de

¹²³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 74.

¹²⁴ WAJNTRAUB, Javier H., *Op. Cit.*, Pág. 25.

¹²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°9663-2008, 05 de enero de 2009.

consumo principal, generalmente oneroso y de acto de consumo secundario o accesorio a éste y no por esto excluidos de la protección de la LPC. Lo relevante, para estos efectos, es que la Corte, partiendo del supuesto de la globalidad del acto de consumo, en el que queda comprendido la prestación del servicio relativa al estacionamiento, considera que el proveedor se encuentra en posición de evitar los menoscabos que puedan ser ocasionados al tercero, en tanto no concluya el acto de consumo¹²⁶.

Por otro lado, si el acto de consumo abarca situaciones que van más allá del acto oneroso desarrollado entre el consumidor y el proveedor, aplicando la lógica de *Quien puede lo más puede lo menos*, con mayor razón comprenderá a los contratos de consumo, sean de adhesión, de carácter financiero u otra especie¹²⁷. En todo caso, para ser precisos, podemos definir al contrato de consumo como aquel que se celebre entre un consumidor y un proveedor, a título oneroso, para destinar los bienes o servicios al consumo final¹²⁸.

Por lo anterior, creemos que es más acertado hablar de situaciones de consumo, toda vez que la normativa ha tendido a ser interpretada desde una visión estricta en cuanto al requisito de la onerosidad y carácter mixto del acto de consumo, antes de la Ley N°19.955, hacia una lectura actual más extensa,

¹²⁶ Ver en Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°197-2009, 30 de marzo de 2010.

¹²⁷ En este mismo sentido LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág.78.

¹²⁸ WAJNTRAUB, Javier H. *Op. Cit.*, Pág. 26.

acorde al carácter protector de la Ley, en donde se protegen incluso hechos ocurridos en forma previa a la compra (por ejemplo, accidentes en el establecimiento) o paralela pero desarrollada en el entorno del acto principal de consumo (por ejemplo, los robos de estacionamientos).

1.2. Importancia práctica de los actos de consumo

En este contexto, es que los actos de consumo, que se pueden desarrollar desde el inicio de la relación comercial, en forma paralela o después del acto de consumo, poseen una importancia práctica fundamental: permiten a los sujetos (consumidores) poder satisfacer sus necesidades básicas.

En este punto es que resalta la importancia práctica del Derecho del Consumidor, puesto que el rol de consumidor es uno del que no podemos sustraernos¹²⁹. En efecto, desde esta perspectiva las necesidades humanas son mayoritariamente satisfechas mediante relaciones de consumo por lo que, entre las diversas dimensiones del ser humano, su rol como consumidor o usuario adquiere una especial relevancia y merece una singular protección. Bajo esta premisa, la protección de los consumidores se basa en el derecho a

¹²⁹ SOSA SACIO, Juan Manuel, *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, Perú (2011), Pág. 145.

bienes fundamentales¹³⁰ que el individuo necesita para desempeñarse mínimamente en la sociedad, tales como la libertad, el trabajo, la vivienda, la salud, educación, entre otros.

Dicho de otro modo, el objetivo final del Derecho del Consumidor es permitir que los consumidores puedan realizar sus actos de consumo libres de abusos por parte del proveedor, elevando sustancialmente la relevancia de lo que consideraremos acto de consumo. Nuestro legislador ya comprendió en parte esta premisa al promulgar la Ley N°19.955 que modificó la LPC, siendo uno de sus principios rectores la ampliación sustantiva del ámbito de protección de los consumidores¹³¹.

2. Los derechos básicos del consumidor

2.1. Generalidades

Los derechos del consumidor surgen con el propósito de consagrar un catálogo básico e irrenunciable de principios que pudiera contrapesar el descontento general de la ciudadanía en su calidad de consumidores, que tiene su auge en los años 60'. Esta "revolución" no se debió a una falta regulación sino que tiene

¹³⁰ En los términos de RAWLS, John, *Las Libertades fundamentales y su prioridad*, Ariel, Barcelona, España (1988), Pág. 27.

¹³¹ Historia de la Ley N°19.955 que modifica la Ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, Biblioteca del Congreso Nacional, Pág. 5.

relación con el surgimiento del concepto de los derechos económicos que, en aquella época y sobre todo en los Estados Unidos, se produjo como consecuencia del mejoramiento de la economía que permitió un aumento explosivo del consumo y, como resultado, la intensificación de la oferta de bienes y servicios, lo que a largo plazo endureció el criterio de los clientes.

En este contexto, surgieron las primeras organizaciones de consumidores cuya labor fue analizar la oferta de los productos que estaban en el mercado en cuanto a su calidad, tarea que se ha vuelto más intensa y técnica con el tiempo. Corolario de este proceso fue la propuesta del presidente Kennedy para el establecimiento de los derechos básicos de los consumidores: (i) seguridad, (ii) libertad de elección; (iii) derecho a la información; y (iv) derecho a representación y ser escuchados. Estos cuatro principios fundamentales orientaron prácticamente todas las legislaciones del mundo hacia un catálogo más o menos homogéneo.

2.2. Los derechos básicos del consumidor: enumeración, clasificación e importancia

Siguiendo el ejemplo de la legislación comparada, la LPC ha establecido un catálogo básico de derechos de los consumidores (especie de derechos fundamentales de los consumidores) que deben ser respetados en los actos y

contratos -situaciones- de consumo e incluso antes que la operación se concrete¹³². En este punto se verá cuales derechos se han estipulado (incluyendo aquellos implícitos), cómo se han clasificado y su importancia dentro del ordenamiento.

2.2.1. Derechos básicos del consumidor en la Ley N°19.496

En Chile, los derechos básicos del consumidor están expresamente consagrados en el artículo 3 de la LPC, que incluye los siguientes:

- a) Derecho a la libre elección del bien o servicio: que fue modificado el año 2004, añadiendo la prohibición de interpretar el silencio como aceptación del consumidor.
- b) Derecho a la información oportuna y veraz sobre las características relevantes de los bienes y servicios ofrecidos: médula de los deberes específicos de información para el proveedor presentes a lo largo de la LPC.
- c) No ser discriminado arbitrariamente: cuya aplicación práctica más recurrente es como herramienta de protección frente a actos abusivos de establecimientos comerciales¹³³.

¹³² FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Op. Cit.*, Pág. 15.

¹³³ Véase en Corte Suprema, Rol N°6838-2008, 15 de julio de 2009; Juzgado de Policía Local de Renca, Rol N°34.457-7-2008, 16 de febrero de 2009; entre otros.

- d) Seguridad en el consumo de bienes o servicios: norma que ha tomado gran importancia a propósito de la prevención en materia de productos peligrosos y la instauración de una red de alerta de seguridad, aspectos muy desarrollados en Europa y Norteamérica¹³⁴.
- e) Reparación adecuada y oportuna: el derecho a indemnización recibe una aplicación especialísima en la LPC mediante esta norma. Además, mediante la Ley N° 19.955 fueron considerados los daños morales que puedan derivar del incumplimiento, por parte del proveedor, de sus obligaciones. Asimismo, la pretensión indemnizatoria recibe aplicación incluso en los juicios colectivos, aunque sólo limitado a los daños materiales¹³⁵.
- f) Educación al consumidor: responsabilidad primaria del Estado para orientar a los consumidores que, generalmente, actúan bajo parámetros poco racionales en sus decisiones de consumo¹³⁶.

Estos derechos básicos del consumidor reciben aplicación en todos los actos o situaciones de consumo en que medie, por una parte, un proveedor y, por otra,

¹³⁴ La UE cuenta con un sistema de alerta instantáneo llamado *Rapid Exchange of Information System* (RAPEX), implementado por la Directiva 2001/95/EC sobre seguridad general de productos. Asimismo, el Gobierno de Estados Unidos posee una base de datos online para alertar sobre productos defectuosos a través del sitio Web www.saferproducts.gov, administrado por la *Consumer Product Safety Commission*.

¹³⁵ Véase artículo 51 N°2 LPC.

¹³⁶ Para mayor abundamiento ver en GIRARDI LIRA, Bastián, *Racionalidad Limitada y Protección al Consumidor*, Seminario para optar al título profesional de Ingeniero Comercial, Mención Economía, Universidad de Chile (2014) y SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Págs.73 y 74.

un consumidor, de modo que se posicionan como una suerte de directrices básicas que alcanzan al ordenamiento de protección del consumidor y, en general, a toda la legislación especial que diga relación con los usuarios.

Además, la Ley N° 20.555 introdujo los siguientes derechos del consumidor de productos o servicios financieros, a saber:

- a) Recibir información del costo total del producto o servicio, lo que incluye la Carga Anual Equivalente.
- b) Conocer las condiciones objetivas que el proveedor establece para acceder al crédito.
- c) Oportuna liberación de las garantías constituidas en la obligación.
- d) Elección del tasador de bienes ofrecidos en garantías.
- e) Conocer la liquidación total del crédito.

En general, estos nuevos “derechos” son manifestaciones específicas del principio de información veraz y oportuna (artículo 3 letra b LPC), aplicado a los productos y servicios de carácter financieros regulados por la Ley N°20.555 y sus reglamentos (Tarjeta de Crédito, Crédito de Consumo, Crédito Hipotecario y Sello Sernac).

Por otro lado, junto con estos derechos básicos de aplicación general, existe una serie de prerrogativas que la LPC otorga a los consumidores en

determinadas materias. De este modo, encontramos el derecho a retracto consagrado en los artículos 3 bis y 3 ter de la LPC, que entrega al consumidor la facultad para desistirse de la contratación de un servicio o compra de un producto en determinados casos¹³⁷. Sin embargo, conviene destacar que el derecho a retracto sólo recibe aplicación en casos muy restrictivos, a saber: (i) compra de bienes o servicios en reuniones concertadas por el proveedor en que el consumidor deba dar su aceptación dentro del mismo día (mismo momento); (ii) contratos celebrados por medios electrónicos, siempre y cuando el proveedor no haya dispuesto expresamente lo contrario¹³⁸, por lo tanto, no comparte el carácter irrenunciable del catálogo de derechos básicos del artículo 3 de la LPC; y (iii) para los contratos de servicios educacionales, bajo requisitos muy estrictos¹³⁹.

Asimismo, existe un derecho de garantía legal consagrado en los artículos 20 y 21 de la LPC que permite al consumidor exigir la reparación gratuita, el cambio del producto o la devolución del precio pagado en caso que el bien manifieste una falla de fábrica. Con todo, esta facultad puede ser utilizada en un plazo muy restrictivo (3 meses), salvo que el proveedor disponga un plazo mayor llamada “Garantía voluntaria”, a diferencia de los derechos básicos cuyo plazo de

¹³⁷ El artículo 3 bis utiliza la siguiente nomenclatura: *“El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo (...)”*.

¹³⁸ Ver artículo 3 bis letra b) inciso primero de la LPC.

¹³⁹ Ver artículo 3 ter de la LPC.

prescripción frente a infracciones es de 6 meses, conforme la regla general del artículo 26 de la LPC. Finalmente, el ordenamiento contempla otros derechos especiales que posee el consumidor, como por ejemplo el derecho a prepago (artículo 17 inciso tercero de la LPC), el derecho a reposición o bonificación frente a un producto cuyo contenido sea inferior al informado en el envase (artículo 19 de la LPC), entre otros.

En relación con estos “otros” derechos, se ha postulado que existen ciertos derechos implícitos para lo consumidor, de modo que *“La LPC esconde otros derechos cuya importancia resulta fundamental para asegurar una debida tutela del consumidor (...) se trata de derechos implícitos que emanan de la naturaleza propia del vínculo contractual en una relación de consumo¹⁴⁰”*. Dentro de éstos, destacan los siguientes: (i) Derecho a un servicio de atención (al cliente) de post-venta, que se desprende del deber general de diligencia del proveedor profesional indicado en el artículo 23 de la LPC; y (ii) Derecho a acceder a servicios técnicos, envuelto dentro del derecho de garantía legal.

2.2.2. Clasificación de los derechos del consumidor

Los derechos del consumidor pueden ser clasificados según una gran variedad de criterios. Por una parte, se puede atender al sujeto específico protegido, de

¹⁴⁰ LORENZINI BARRÍA, Jaime, *Los derechos implícitos de los consumidores*, en La Semana Jurídica, Thomson Reuters, N°18 (2012).

modo que podemos distinguir entre los derechos del consumidor financiero, bancario, de compras a distancia, entre otros. Luego, podemos diferenciarlos según la fase aplicación de los mismos, así encontraremos derechos aplicable más naturalmente a la fase previa al acto de consumo, así por ejemplo, la información oportuna y veraz y el derecho a la educación. Asimismo, existirán otros derechos cuyo ejercicio tendrá más sentido durante la ejecución del acto de consumo, como el derecho a la libre elección o al respeto de los términos y condiciones. Por último, algunos derechos se inspiran en una lógica posterior a la contratación, a partir de deberes que perduran en el tiempo, como lo es el derecho a la seguridad en el consumo, el derecho a retracto, el régimen de garantías legales, entre otros.

En todo caso, la clasificación más robusta dice relación con la finalidad del derecho y su aplicación dentro del ordenamiento, distinguiendo entre:

- a) Derechos sustanciales o de acceso: son pretensiones jurídicas de operatividad del sistema de derechos del consumidor, entre los que encontramos al derecho de acceso al consumo, acceso a las prestaciones de salud¹⁴¹ y el acceso a la educación (de los consumidores y en estas materias).

¹⁴¹ El derecho a la salud, en este sentido, se refiere más bien a la protección del bien jurídico de la seguridad, perteneciente a la salud individual. El Derecho del Consumidor no puede pretender la regulación del sistema estatal de salud pero si exige una seguridad básica en todo tipo de servicios. Con todo, algunas legislaciones (Argentina, Brasil, España, entre otras) han permitido incorporar al ámbito de protección las denominadas "prestaciones de salud", que en Chile están excluidas por el artículo 2 letra f) de la LPC.

- b) Derecho a posiciones jurídicas: se garantizan determinadas prerrogativas mínimas en ciertos ámbitos, tales como la protección de los intereses económicos (por parte del Estado), la protección contractual (prevención de abusos), la reparación de los daños y la organización colectiva (como mecanismo subsidiario de protección de intereses comunes de la sociedad civil).
- c) Derechos procedimentales: mecanismos que tienen por objeto garantizar la efectividad práctica de los derechos sustanciales, por ejemplo, el derecho a la jurisdicción (especial) y el derecho a la eficacia en las soluciones¹⁴².
- d) Derechos de origen bilateral o que emanan de la relación de consumo: se trata de derechos especialísimos que surgen como consecuencia de las particularidades de la relación de consumo, tales como el derecho a tratativas dignas y equitativas, la libre elección, el derecho a la información, el derecho a la seguridad y el derecho a la privacidad.

2.2.3. Importancia de los derechos básicos del consumidor

Sin perjuicio de la categoría en que podamos enmarcar estos derechos, su importancia radica en su calidad de irrenunciables, como lo reconoce el artículo

¹⁴² En otras legislaciones se ha dado la opción al consumidor para iniciar mediaciones extrajudiciales, someterse a arbitrajes, procedimientos abreviados, juicios colectivos u otros mecanismos que disminuyan los costos de acceso a la justicia.

4 de la LPC, lo que determina importantes consecuencias a propósito de su exigibilidad. De este modo, podemos destacar que (i) constituyen un mínimo inderogable, de modo que un contrato u otra Ley no pueden disminuirlos¹⁴³; (ii) generan determinadas pretensiones, ya que algunos de estos derechos están íntimamente relacionados a algunas de las acciones que contempla el artículo 50 inciso segundo de la LPC; y (iii) pueden generar pretensiones de ineficacia, toda vez que un documento contractual que los anule o limite puede ser declarado nulo.

2.3. Naturaleza jurídica de los derechos básicos del consumidor

2.3.1. *Concepción clásica: derechos subjetivos o potestativos*

El concepto de derecho subjetivo se asocia al ejercicio de una facultad, noción que, sin embargo, es jurídicamente reciente. En efecto, el derecho romano no se estructuró sobre la base de facultades, sino que se presentaba como un sistema de acciones¹⁴⁴, por lo que el concepto de “derecho”, se refería en verdad a una “posición justa” que comprendía todas aquellas consecuencias jurídicas que emanan a partir de la ubicación de un sujeto en ella. Con todo, a partir de la escolástica medieval de tradición romano-bizantina, se independizó

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 116

¹⁴⁴ SAMPER POLO, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile (2007), Pág. 57.

el concepto de derecho subjetivo a partir de una carga o deber que corresponde un sujeto, presentándose como un poder-deber¹⁴⁵.

Ahora bien, en lo pertinente a los derechos básicos del consumidor, conforme la técnica utilizada por el legislador en Chile, encontramos este catálogo de derechos acompañado de deberes específicos para el proveedor y, lo que nos convoca, de deberes aplicables para el consumidor. En este sentido, el artículo 3 de la LPC indica “*Son derechos y deberes básicos para el consumidor*”, relevando esta dualidad de poder-deber a que refieren los derechos subjetivos. En lo particular, podemos identificar los siguientes deberes del consumidor: (i) deber de informarse responsablemente; (ii) deber de evitar riesgos; (iii) deber de accionar conforme los medios que dispone la Ley; (iv) deber de contratar con el comercio establecido; entre otros. La cuestión será el valor de estos deberes como verdaderas obligaciones jurídicas (cuyo incumplimiento genere sanciones) o su consideración como meras directrices del comportamiento para el consumidor.

Algunos han señalado que “*los deberes consagrados en el Art. 3 no constituyen obligaciones propiamente tales, obedeciendo su consagración únicamente a un propósito didáctico y programático, vinculado al fomento de una actitud diligente*”

¹⁴⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia del derecho subjetivo*, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 2, Santiago, Chile (1975), Págs. 57 y 58.

y responsable de parte de los consumidores¹⁴⁶". En este mismo sentido, se ha indicado "Atendido que la LPDC no contempla sanciones a la inobservancia de los deberes que ella misma enuncia en su artículo 3, no se los puede caracterizar como deberes jurídicos; y más bien parecen tener la connotación de conductas esperadas de parte del consumidor¹⁴⁷".

Sin embargo, existe una postura que considera que los denominados deberes de los consumidores *"constituyen verdaderas prescripciones vinculantes para los usuarios, y cuya transgresión generará las consecuencias jurídicas que dependan de cada caso¹⁴⁸".* El fundamento de esta conclusión es que se trataría de "cargas", cuyo incumplimiento conlleva una disminución de la protección jurídica, aparejada incluso con la pérdida del ejercicio de los derechos básicos (entrelazados según la noción de potestad).

La verdad es que el límite del ejercicio de los derechos no puede estar determinado por el cumplimiento de ciertos deberes (aun cuando estén relacionados) sino por la Ley o, al menos, por su contenido, es decir, cada tipo

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones*, en Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Universidad de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago, Chile (1998), Pág.115.

¹⁴⁷ GUERRERO BECAR, José Luis, *La acción temeraria en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor*, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile (2008), Pág. 193.

¹⁴⁸ ISLER SOTO, Erika, *La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores*, en Revista de Derecho, Vol. 24 N°2, Valdivia, Chile (2011), Pág. 73.

de derecho encuentra sus límites en sus atributos (facultades que entrega)¹⁴⁹. Por lo tanto, el ejercicio de los derechos básicos del consumidor no puede condicionarse al cumplimiento de determinadas obligaciones. A modo de ejemplo, el derecho a la seguridad en el consumo, que importa un estándar mínimo de inocuidad en los bienes adquiridos y servicios contratados, no puede suprimirse si el consumidor no cumplió del llamado “deber de evitar riesgos”, porque existe una diferencia relevante entre exponerse al riesgo en forma imprudente (figura que está considerada por la responsabilidad extracontractual y posee una sanción legal en el artículo 2330 del Código Civil), y el principio de evitar un riesgo que, considerando los caracteres de la relación de consumo¹⁵⁰, puede difícilmente preverse. Una interpretación contraria es sencillamente contraria al principio “pro consumidor” que hemos expuesto, porque impondría deberes abusivos al sujeto que intenta proteger.

2.3.2. Como derechos personalísimos

Los derechos personalísimos, en un sentido liberal, corresponden a derechos subjetivos de carácter individual, usados contra una comunidad artificial y como

¹⁴⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *Límites a los derechos subjetivos privados: Introducción a la doctrina del abuso de derecho*, Revista de Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, Nº 7, Santiago, Chile (1999), Pág. 11.

¹⁵⁰ Tales como la compleja cadena de producción, la difícil detección del ilícito específico, la asimetría de información entre las partes, entre otras que impiden al consumidor detectar cierto grado de riesgos.

mecanismo de defensa ante los ataques de la comunidad y de terceros, correlativos a deberes, unilaterales y determinados¹⁵¹.

El ejemplo más representativo de los denominados derechos personalísimos, en nuestro ordenamiento, son aquellos derechos conferidos por la Ley N°16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades laborales (y en general derechos de seguridad social), cuerpo legal que indica expresamente en su artículo 88 que *“Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables”*. Su intransmisibilidad (e intransferibilidad) ha sido llevada al extremo de declarar, respecto a las acciones por daño moral que entrega dicha regulación, que *“la condición de personalísimos impediría el ejercicio de estas acciones por titulares diferentes a la propia víctima¹⁵²”*, por lo tanto, incluso sus herederos estarían desprovistos de este derecho indemnizatorio, en lugar de la víctima. De esta misma forma, se ha reconocido como derechos personalísimos a la facultad para percibir alimentos futuros, el derecho de uso y habitación o el derecho legal de goce del padre o madre sobre los bienes del hijo no emancipado, entre otros.

Como podemos reconocer, el elemento más relevante de un derecho personalísimo es su inherencia a la persona, en el sentido que los sujetos no

¹⁵¹ Visión escéptica de los derechos personalísimos a propósito del concepto de derechos sociales. Véase en ATRIA LEMAITRE, Fernando, *¿Existen los derechos sociales?*, en XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Azul, Argentina (2002), Pág. 17.

¹⁵² Tribunal Constitucional, Rol N°11-2014 06 de noviembre de 2012.

pueden desprenderse de ellos y no son, por lo tanto, transferibles (desde un punto de vista jurídico, fuera del patrimonio). De este modo, el derecho de alimentos (futuros) *“no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”*¹⁵³. Asimismo, los derechos de uso y habitación, como lo indica el artículo 819 inciso primero del Código Civil, son *“intransmisible a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”*.

Ahora bien, la LPC no reconoce esta característica en los derechos del consumidor, limitándose a prohibir la renuncia anticipada del catálogo de derechos básicos. Por lo tanto, debemos analizar si su ejercicio práctico permite identificarlos como derechos personalísimo, cuyo ejercicio, como hemos visto, es facultad exclusiva y excluyente del titular.

En este sentido, se puede distinguir en la LPC una acción denominada de *“interés individual”*, que permite al consumidor afectado en sus derechos ejercer las acciones legales que el ordenamiento permita. En efecto, el artículo 50 de este cuerpo legal reconoce la facultad del consumidor afectado para promover las acciones que vayan en única defensa de sus intereses¹⁵⁴. Por consiguiente, en éste ámbito de acciones, podemos efectivamente reconocer la exigencia del

¹⁵³ Véase en artículos 334 y 336 del Código Civil.

¹⁵⁴ El inciso cuarto del artículo 50 de la LPC, indica expresamente que *“Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”*.

ejercicio excluyente de dichas pretensiones, ya que, en materia de legitimidad activa, la LPC ha sido generosa al permitir al consumidor comparecer en forma personal y, a *contrario sensu*, sólo ha determinado requisitos de representación para iniciar acciones de clase por interés colectivo o difuso y no para las acciones individuales.

En este sentido, si el legislador ha permitido al consumidor comparecer por sí mismo es porque reconoce su derecho personalísimo a representar sus derechos mediante los mecanismos de acceso a la justicia que la Ley ha dispuesto y no puede, incluso el SERNAC¹⁵⁵ o algún heredero, representar los derechos del consumidor afectado.

Con todo, se ha reconocido que los derechos personalísimos forman efectivamente parte del patrimonio de un sujeto, lo que es distinto a su condición de derecho intransferible¹⁵⁶, es decir, si entendemos a los derechos del consumidor como derechos personalísimos, aceptamos su carácter de derecho transferible. Sin embargo, en nuestro ordenamiento los derechos

¹⁵⁵ En este sentido, la modificación incorporada por la Ley N°19.955 reemplazó el artículo 58 e) de la LPC que contemplaba “*La facultad de (...) denunciar ante ellos las posibles infracciones*”, es decir, permitía al SERNAC denunciar en forma directa. Sin embargo, el nuevo artículo 58 g) solo permite “*hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores*”, lo que ha sido interpretado como una limitación de sus facultades para denunciar en representación de los consumidores, postura adoptada por la Corte Suprema durante el año 2010. Véase en MOMBORG URIBE, Rodrigo, *La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*, en Revista de Derecho Vol. XXIV N°2, Valdivia, Chile (2011).

¹⁵⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (2006), Pág. 57.

básicos del consumidor son prerrogativas exclusivas de un sujeto que se posiciona como consumidor, en los términos de la misma LPC, lo que no condice, en términos formales, con el concepto de derecho personalísimo, ya que esto importaría una contradicción en sus términos, incorporando y renunciando (de forma automática y unilateral) ciertos derechos en razón de la actividad del sujeto o, dicho de otra forma, permitiendo a una norma (de rango legal) alterar el contenido del patrimonio de una persona, característica que se ha denominado sin discusión alguna como parte integrante de la personalidad de un sujeto (derechos de la personalidad). Por otro lado, la LPC no parece reconocer una posible comercialidad de los derechos básicos de los consumidores (en el entendido que sean parte del patrimonio) sino que, por el contrario, se impide incluso renunciar a ellos, por lo tanto, quien no puede lo menos (renunciar al derecho afectando únicamente sus intereses) con menor razón podrá lo más (transferir un derecho a un tercero).

2.3.3. Como una especie de Derechos Humanos

Como veremos más adelante, los derechos humanos dicen relación con ciertas prerrogativas comunes de todos los sujetos, sin importar su condición. Esta categoría es eminentemente superior al concepto de derecho personalísimo, porque reconoce protección internacional y, al mismo tiempo, constituyen directrices o principios para las bases mismas de la sociedad.

Desde ya, podemos replicar la traba que supone generalizar la posición jurídica de consumidor, la cual exige requisitos especiales y que en su origen inspiró al legislador a dar una protección enfocada al comprador de bienes y servicios en el contexto de una relación desigual y particular con sujetos de comercio¹⁵⁷. Sin embargo, aun en este entendido, y considerando las características del actual mercado, en que es prácticamente imposible escapar a la condición de consumidor de bienes o servicios, y complementado con el postulado que la LPC entrega protección a todo sujeto que se encuentra en una “posición de consumo”, podemos reconocer ese elemento de universalidad que distingue a los derechos humanos.

Nuestro planteamiento radica precisamente en la consideración de los denominados “derechos del consumidor”, catálogo de prerrogativas que requiere un consumidor para desenvolverse en tal calidad, como derechos universales, reconocidos a nivel internacional y que deben, por motivos eminentemente prácticos, constituir un principio en favor del consumidor que ordene o regule la normativa que pueda tener impacto en los mismos, es decir, todo el cuerpo legal que diga relación con la regulación de la actividad de los proveedores que producen, distribuyen o comercializan bienes o servicios que puedan ser adquiridos por particulares.

¹⁵⁷ Esto es reforzado por el artículo 1 de la LPC que indica “*La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores (...)*”; y se ha mencionado como fundamento de la LPC en la Historia de la Ley N°19.496, Biblioteca Congreso Nacional, Pág. 6.

Este cambio radical se justifica en el marco del reconocimiento de los denominados “derechos sociales y económicos”, que comprende un conjunto de derechos que buscan principalmente fomentar la calidad de vida de los seres humanos y el desarrollo del concepto de “bienestar económico y social”¹⁵⁸.

En efecto, la nueva generación de derechos comprende elementos de protección avanzados, como el derecho laboral en materia de sindicalización y bienestar laboral, la protección del derecho a la privacidad en materia de datos sensibles o personales (*data privacy*), el sistema de protección de las nuevas tecnologías y la creación industrial¹⁵⁹ y la protección del consumidor.

2.3.4. Como “*Ius Fundamental*”

Por último, y en base al mismo fundamento anterior, podemos considerar a los derechos del consumidor como derechos fundamentales, siempre y cuando

¹⁵⁸ En términos sencillos, los primeros derechos humanos establecieron un estándar mínimo de dignidad para los individuos, tales como la vida, la igualdad y la libertad, derechos de carácter civil y político, que han sido denominados como los “derechos de primera generación”. Pero, con el devenir histórico y el mejoramiento de las condiciones de vida de los seres humanos, el estándar ha tendido a elevarse, sobre todo en materia económica, lo que generó los llamados “derechos de segunda generación”, conjunto de prerrogativas de orden económico y social, que buscaron mejorar las condiciones de trabajo, asegurar el acceso a la educación y mejorar los derechos en salud. Finalmente, los “derechos de tercera generación” o “derechos de solidaridad”, dicen relación con las manifestaciones sociales de la segunda parte de siglo XX que exigían un incentivo al establecimiento de reglas comunes a todos, es decir, derechos de carácter supraindividual, como el derecho al medio ambiente libre de contaminación, derechos de prensa y libertad económica y los derechos de los consumidores. Véase en VASAK, Karel, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO (1977).

¹⁵⁹ Entre las que destacan la regulación legal y constitucional de los derechos intelectuales, la propiedad industrial y los derechos sobre la información de las páginas Web e Internet.

dichas prerrogativas hayan sido reconocidos en la Constitución Política de la nación.

La diferencia, en este caso, es que los derechos reconocidos en las constituciones suelen recibir una tutela diferenciada, especializada y de urgencia, a través de acciones constitucionales, de tutela o protección. En todo caso, no debemos inclinarnos a considerar que los derechos humanos no reciben protección jurídica, pero su tutela dependerá de la adopción de tratados internacionales o del sometimiento a las instituciones supranacionales de tutela y, por último, al valor que los ordenamientos le den a estos instrumentos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento, debemos descartar, por ahora, una evaluación de los derechos de los usuarios como derechos fundamentales, ya que, como hemos visto, no están reconocidos de forma expresa en nuestra carta magna. En otras legislaciones (que representan la mayoría en Latinoamérica y una tendencia en aumento en el resto del mundo), esta definición es una realidad normativa, generando una serie de consecuencias jurídicas y sociales.

Con todo, desde ya advertimos que, incluso sin reconocimiento constitucional, nuestro postulado es que los derechos del consumidor pueden ser considerados como derechos constitucionales implícitos, argumento que

desarrollaremos en el presente capítulo y que resulta preferible ante una valoración del catálogo de derechos del consumidor como derechos humanos, atendidas sus ventajas prácticas y, por sobre todo, como establecimiento de una directrices en el marco del derecho interno, toda vez que, sin perjuicio del valor moral de los derechos humanos, su tutela jurídica-práctica, dependerá del apego del país a las declaraciones y convenciones internacionales (muchas consideradas “*soft law*”), así como del sometimiento a instituciones de justicia internacional.

2.4. Comparación de derechos básicos o catálogo de derechos del consumidor en legislación nacional, extranjera e internacional

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica que podamos otorgar a los derechos de los consumidores, desde un punto de vista práctico, tendrá más importancia la generosidad que el legislador (legal, constitucional o internacional) ha expresado en la elaboración del catálogo de derechos. Dicho de otro modo, para la efectiva protección del consumidor se requiere un catálogo completo y flexible de derechos que le permitan al sujeto lograr las mejores condiciones en su relación con los proveedores.

Con el propósito de reconocer un catálogo mínimo de derechos básicos del consumidor, veamos, a continuación, un modelo resumido y comparado

respecto de las prerrogativas que las legaciones comparadas que hemos estudiado en este trabajo (y otras relevantes para estos efectos) han consagrado, de modo de reconocer una base común y universal del contenido de los mismos, generando una revisión y contraste entre aquellos derechos de carácter constitucional y aquellas facultades de rango legal, así como un breve resumen de derechos consagrados en los escasos instrumentos internacionales de protección del consumidor, a saber:

Tabla 1. Cuadro comparado de derechos básicos del consumidor en la legislación chilena y comparada

País	Derechos con recepción constitucional	Catálogo legal de derechos
Argentina	<ol style="list-style-type: none"> 1. Protección de la salud y la seguridad; 2. Protección de los intereses económicos; 3. Información adecuada y veraz; 4. Libertad de elección; 5. Condiciones de trato equitativo y digno; 6. Educación para el consumidor; 7. Calidad y eficacia de los servicios públicos; 8. Constitución de Asociaciones de Consumidores; 9. Procedimientos eficaces y 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Información cierta, clara, detallada y gratuita; 2. Protección salud e integridad física; 3. Condiciones de atención y trato digno y equitativo; 4. Exigir el cumplimiento, aceptar otro producto o rescindir el contrato; 5. Derecho legal de garantía; 6. Respeto de términos y condiciones de un servicio; 7. Reciprocidad en el trato; 8. Revocación de la aceptación; 9. Información específica en contratos financieros;

	<p>mecanismos de solución de conflictos;</p> <p>10. Marcos regulatorios de los servicios públicos;</p> <p>11. Participación de los consumidores y Asociaciones de Consumidores.</p>	<p>10. Anular cláusulas o prácticas abusivas;</p> <p>11. Ser reparado en todo perjuicios;</p> <p>12. Interponer acciones judiciales o administrativas;</p> <p>13. Accionar colectivamente;</p> <p>14. Organizar Asociaciones de Consumidores;</p> <p>15. Acudir a un árbitro gratuito designado por la autoridad;</p> <p>16. Ser educado en materias específicas.</p>
Brasil	<p>1. Información sobre impuestos (en bienes y servicios);</p> <p>2. Protección legal (a nivel nacional y federal).</p>	<p>1. Protección de vida y salud;</p> <p>2. Protección de la seguridad (productos peligrosos);</p> <p>3. Educación del consumidor;</p> <p>4. Libertad de elección en la adquisición de bienes y servicios;</p> <p>5. Igualdad en la contratación;</p> <p>6. Información clara y adecuada;</p> <p>7. Protección contra la publicidad falsa o engañosa, métodos comerciales abusivos o desleales;</p> <p>8. Protección contra cláusulas abusivas;</p> <p>9. Modificación de las cláusulas contractuales desproporcionadas o revisión</p>

		<p>de aquellas que se han vuelto onerosas;</p> <p>10. Prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, en carácter individual, colectivos y difusos;</p> <p>11. Acceso a órganos de justicia, para la protección judicial, patrimonial o administrativa;</p> <p>12. Inversión de la carga probatoria en favor del consumidor;</p> <p>13. Adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos.</p>
Chile		<p>1. Libre elección de los bienes y servicios;</p> <p>2. Información veraz y oportuna;</p> <p>3. No discriminación arbitraria;</p> <p>4. Seguridad en el consumo;</p> <p>5. Reparación adecuada y oportuna de los daños materiales y morales;</p> <p>6. Educación;</p> <p>7. Retracto;</p> <p>8. Garantía legal.</p>
España	<p>1. Defensa del consumidor;</p> <p>2. Procedimientos eficaces;</p> <p>3. Seguridad;</p> <p>4. Salud;</p> <p>5. Protección de legítimos</p>	<p>1. Protección y defensa legal;</p> <p>2. Protección contra riesgos por salud o seguridad;</p> <p>3. Protección de legítimos intereses económicos y</p>

	<p>intereses económicos;</p> <p>6. Información;</p> <p>7. Educación;</p> <p>8. Fomento de organizaciones.</p>	<p>sociales;</p> <p>4. Indemnización o reparación de daños y perjuicios;</p> <p>5. Información correcta sobre productos o servicios;</p> <p>6. Audiencia en consulta, participación en elaboración de normas y constitución de Asociaciones de Consumidores;</p>
México	<p>1. Protección contra la fijación de precios y monopolios;</p> <p>2. Fomento de Organizaciones de Consumidores.</p>	<p>1. Protección de la vida, salud y seguridad;</p> <p>2. Educación y divulgación del consumo adecuado;</p> <p>3. Libertar y equidad en la contratación;</p> <p>4. Información adecuada y clara;</p> <p>5. Efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;</p> <p>6. Acceso a órganos administrativos;</p> <p>7. Protección contra la publicidad engañosa y métodos, prácticas y cláusulas abusivas;</p> <p>8. Protección en transacciones no presenciales.</p>
Perú	<p>1. Información sobre bienes y servicios;</p> <p>2. Protección de la salud;</p> <p>3. Seguridad en el consumo.</p>	<p>1. Protección de salud y seguridad;</p> <p>2. Información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente</p>

		<p>accesible;</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Protección de intereses económicos y contra las prácticas abusivas; 4. Trato justo y equitativo en toda transacción comercial; 5. Derecho de garantía; 6. Libre elección; 7. Protección mediante procedimientos eficaces, gratuitos y ágiles; 8. Ser escuchados de manera individual o colectiva; 9. Reparación y a la indemnización por daños; 10. Derecho de asociarse; 11. Derecho al pago anticipado o prepagado.
Portugal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Creación de cooperativas y de asociaciones; 2. Protección judicial del consumidor. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. A la calidad de los bienes y servicios; 2. A la protección de la salud y de la seguridad física; 3. A la formación y a la educación; 4. A la información para el consumo; 5. A la protección de los intereses económicos; 6. A la prevención y a la reparación de los daños patrimoniales o no patrimoniales, individuales

		<p>homogéneos, colectivos o difusos;</p> <p>7. A la protección jurídica y a una justicia accesible y pronta;</p> <p>8. A la participación de los consumidores en las políticas y consultas legales.</p>
--	--	---

Tabla 2. Derechos del consumidor en normativas o documentos internacionales

<p>Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; 2. Promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; 3. Acceso de los consumidores a una información adecuada; 4. La educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica; 5. La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; 6. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; 7. La promoción de modalidades sostenibles de consumo.
<p><i>Consumer Bill of Rights (Discurso de John F. Kennedy, 1962)</i></p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Right to safety;</i> 2. <i>Right to be informed;</i> 3. <i>Right to choose;</i> 4. <i>Right to be heard.</i>

En razón de lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

- a) Existe una mayor abundancia de derechos legales (en contraste con las prerrogativas o garantías constitucionales), resultado lógico toda vez

que, en nuestra opinión, la Constitución debe ser una pauta para la regulación legal de la protección de los derechos, por lo que los derechos fundamentales deben sentar las bases para que los cuerpos legales desarrollen, con mayor profundidad, los derechos y obligaciones de las personas. Con todo, no deja de sorprender el modelo argentino de protección constitucional del consumidor, que ha sido particularmente extenso en la definición de los derechos de los consumidores, de modo que la Ley de Defensa del Usuario (Argentina) se limita a complementar y especificar, de modo desagregado, las garantías constitucionales.

- b) Podemos reconocer los siguientes derechos que se repiten en todas las normativas (a nivel internacional, constitucional y legal):
 - a. Protección de la vida e integridad física (seguridad en el consumo de productos o servicios);
 - b. Derecho a recibir información suficiente (clara, previa, oportuna, gratuita u otros);
 - c. Derecho a asociarse (Asociaciones u Organizaciones de Consumidores);
 - d. Libre elección de bienes o servicios.
 - e. Derecho a protección jurisdiccional y/o existencia de un marco legal específico.
- c) La normativa internacional, especialmente las Directrices de la ONU para la protección del consumidor, han sido recibidas con éxito en las

legislaciones analizadas. Esto releva un entendimiento y adopción prácticamente unánime de la mayoría de los derechos básicos del consumidor indicados por los expertos internacionales y la consolidación del proceso básico de estandarización en el Derecho Internacional del Consumidor. Sin embargo, no ha sido recogido el principio de promoción de modalidades sostenibles de consumo, lo que puede derivar de la falta de coordinación entre las autoridades que promovieron estos derechos y aquellas que han establecido las prioridades en materia de protección medioambiental, generando una ausencia en la comunicación de ambas normativas.

- d) Chile no sólo está rezagado en materia de la recepción constitucional del consumidor, sino también en cuanto al catálogo de derechos básicos del usuario, que en la actualidad apenas cumple el estándar de las directrices (faltando el consumo sustentable y el derecho expreso a un procedimiento simple de resolución de conflictos). Con todo, se valora el progreso que han visto los Boletines N°7563-07 y 9564-03 (refundidos), aprobados por la comisiones especializadas del Senado y pasadas a segundo trámite constitucional durante octubre de 2014.

3. Los derechos básicos del consumidor como derechos fundamentales

Una vez definida la naturaleza de los derechos básicos de los consumidores, se debe generar una lógica que permita entenderlos como derechos constitucionales implícitos. Para esto, es necesario definir un concepto adecuado de derechos fundamentales, analizando sus características principales y revelando sus fundamentos básicos.

3.1. Los derechos humanos, fundamentales y constitucionales

Dentro del entendimiento cotidiano, el concepto de derechos fundamentales suele ser manoseado junto con las nociones de derechos humanos y de derechos constitucionales. Sin embargo, desde un punto de vista legal y filosófico, estos conceptos suelen diferenciarse a través del alcance y protección que reciben en el derecho interno o en el ordenamiento internacional.

3.1.1. Los derechos humanos

Los derechos humanos evocan ideas referentes a la dignidad humana como principio inspirador de todas las actividades que se generen entre los sujetos y entre éstos y los Estados. Esta noción no es ajena al concepto doctrinario de

los derechos humanos, que han sido definidos como un “conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad humana, las cuales, deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹⁶⁰”. Es decir, son un conjunto de principios inherentes a todo ser humano que, de alguno modo u otro, deben ser reconocidos en el derecho positivo.

La concepción de derechos humanos entregada está íntimamente ligada a la visión liberal de la libertad que se impuso en la Revolución Francesa. En efecto, si bien los derechos naturales o derechos humanos tácitos han sido concebidos desde la antigüedad y conducidos a través de la teoría del Derecho Natural (derechos humanos como concesión del soberano) por los grandes filósofos de la escolástica medieval, lo cierto es que la noción de dignidad humana es producto de la implantación de una doctrina de los derechos políticos, iniciada por las primeras concesiones de derechos individuales que podemos identificar en la *Magna Carta Libertatum* (1215), la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1688). Con todo, estos documentos no dieron cuenta de un reconocimiento de derechos fundamentales de (todas) las personas sino que el monarca aceptó determinadas licencias a un grupo

¹⁶⁰ PÉREZ BLUÑO, Antonio, *La fundamentación de los derechos humanos*, en Revista de Estudios Políticos, N°35, Septiembre-Octubre (1983), Pág. 55.

determinado (aristocracia) respecto a ciertas prerrogativas¹⁶¹. Hubo que esperar el desarrollo completo de la “teoría de los derechos del hombre”, construida mediante los aportes de Hobbes (*Leviathan*, 1651), Locke (*Two Treatises of Civil Government*, 1689), Montesquieu (*De l’esprit des lois*, 1748) y Rousseau (*Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, 1753 y *Du contrat social*, 1762), proceso que culminó el año 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, primera manifestación positiva de la historia que establece un catálogo de garantías básicas de todo ser humano¹⁶².

3.1.2. Derechos fundamentales

Por otra parte, el concepto de derechos fundamentales ha sido orientado con frecuencia a una relación especie-género respecto a los derechos humanos. De este modo, se ha indicado que los derechos fundamentales son “*aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada*”¹⁶³. Entre la doctrina nacional, los derechos fundamentales han sido referidos como el “*conjunto de facultades e instituciones que,*

¹⁶¹ Mediante la Carta magna, por ejemplo, se aseguraron algunos derechos feudales a la aristocracia, específicamente a los Barones, por parte del Rey, y se estableció el derecho a ser juzgado únicamente por la “*Law of the land*”, entre otros derechos básicos civiles.

¹⁶² HÜBNER GALLO, Jorge, *Los Derechos Humanos, Historia - Fundamento - Efectividad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (1993), Pág. 43.

¹⁶³ PÉREZ BLUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, España (2007), Pág. 89.

*concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humana en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario- en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos*¹⁶⁴.

Con todo, el ordenamiento chileno e internacional no permite, hoy en día, que se produzca un entendimiento separado de los derechos fundamentales y del derecho internacional de los derechos humanos¹⁶⁵ sino que convergen en el concepto optimizador de los derechos fundamentales según el principio “*pro homine*” o “*favor persona*”.¹⁶⁶ Por eso, debe preferirse esta denominación, en contraste al carácter más bien abstracto de los derechos humanos, ya que la recepción de un derecho humano en un instrumento internacional o un texto constitucional permite, primero, la inclusión de este derecho en el derecho supranacional y/o interno, en una posición de jerarquía superior. Luego, se constituye como un principio orientador -un deber ser- efectivo para la

¹⁶⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N°786-2007 del Tribunal Constitucional*, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Año 5, N°2 (2007), Pág. 458.

¹⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos*, en AA.VV. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial UNAM, México D.F., México (1998), Pág. 109.

¹⁶⁶ Para mayor abundamiento en la materia, véase en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, Chile (2006), Págs. 244 y ss.

normativa internacional y nacional. Finalmente, puede recibir una protección de urgencia (tutela o protección constitucional) o genera el acceso a la justicia internacional vinculante.

En cambio, un derecho humano, entendido como una mera declaración de principios abstractos que no se concretan como derechos subjetivos en un sentido positivo, no permite una protección efectiva de su contenido ni el acceso para las personas a mecanismos de protección jurídica transfronteriza, operados por instituciones internacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

3.1.3. Derechos constitucionales

Por otro lado, es menester aclarar que existe una sutil diferencia entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos constitucionales, siendo estos últimos aquel catálogo restringido de derechos positivos reconocidos en un texto constitucional interno.

Por consiguiente, existirán una serie de consecuencias derivadas de esta consagración. La más relevante de éstas consecuencias, es que los derechos constitucionales cuentan con acciones de urgencia, que buscan restablecer el imperio del derecho, como por ejemplo, la acción (recurso) de protección que

contempla el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, la acción de amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina, la tutela de las garantías constitucionales que prevé el artículo 53 de la Constitución Española, entre otros. Por otro lado, un derecho constitucional puede recibir aplicación interna mediante otras acciones constitucionales, que buscan corregir el derecho positivo en el contexto del contenido de los derechos fundamentales. De este modo, la acción de inaplicabilidad de un precepto legal a un caso concreto, contemplada en el artículo 93 número 6 de la CPR y la inconstitucional legal de una norma, del mismo artículo en su número 7 de la CPR.

En todo caso, el factor decisivo que permite preferir el concepto de “derechos fundamentales” por sobre los derechos constitucionales, es que determinadas garantías o prerrogativas, aun sin estar consagradas en el texto constitucional, reciben una efectiva protección a través de instrumentos de derecho internacional (convenciones, tratados, declaraciones, entre otros) en el marco de instituciones internacionales. Este razonamiento nos permitirá sustentar la protección de los nuevos derechos del consumidor a nivel constitucional, aun si el texto positivo no los reconoce de forma expresa, como veremos más adelante.

3.2. El “bloque constitucional”

Ahora bien, como los derechos fundamentales poseen una serie de fuentes (en derecho), es necesario que las legislaciones posibiliten una retroalimentación recíproca entre las fuentes internas e internacionales en materia de derechos fundamentales¹⁶⁷. De acuerdo a ésta perspectiva, los derechos de fuente directamente constitucional, como asimismo los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimenta recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio “favor persona”.

Esto permite que *“dimensiones o atributos de los derechos considerados inherentes a la persona o derivados de la dignidad humana que se encuentren asegurados por fuente internacional, sin derogar los derechos directamente constitucionales, pueden incorporarse como parte de ellos si aseguran o garantizan ámbitos de tales como derechos que no estaban asegurados explícitamente por la norma constitucional¹⁶⁸”*. Por lo tanto, encontramos que, para efectos de protección efectiva de los derechos fundamentales, se constituye un segmento de derechos llamado “bloque constitucional” que conforma un parámetro objetivo de control de constitucionalidad de las normas internas, cualquiera sea su especie.

¹⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N°786-2007 del Tribunal Constitucional*, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Año 5, N°2 (2007), Pág. 459.

¹⁶⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Op. Cit.*, Pág. 461.

Esta interpretación ha sido adoptada por la jurisprudencia, al sentenciar que *“(...) la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana: valores superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado (...)”*¹⁶⁹. Asimismo, ha reiterado que *“(...) la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana (...)”*¹⁷⁰. Más aun, en fallos recientes los Tribunales Superiores han reconocido la existencia del “bloque constitucional” de derechos que hemos descrito, al definir que *“(...) los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución, adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica (...)”*¹⁷¹.

La implicancia práctica que podemos prever de esta interpretación es que aquellos principios, que hemos descrito como derechos humanos, que buscan consagrar un determinado nivel de dignidad humana en ciertas actividades, deben ser protegidos a través del conjunto de derechos y garantías constitucionales que estén consagradas en el ordenamiento positivo interno. Dicho de otro modo, la exclusión de determinados derechos humanos del catálogo que define el constituyente, no exime su protección por parte del Estado, ya que la no consagración expresa de determinados principios, de

¹⁶⁹ Corte Suprema, Rol N°469-98, 09 de septiembre de 1998.

¹⁷⁰ Corte Suprema, Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006.

¹⁷¹ Corte Suprema, Rol N°3125-04, 13 de marzo de 2007.

debió únicamente a razones prácticas, porque la intención del constituyente era *“incorporar a la Constitución todos los derechos humanos asegurados por tratados internacionales, pero como debíamos concordar la reforma en un tiempo muy breve, nos pusimos de acuerdo para la aprobación del artículo 5, los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, se entenderán parte de la Constitución de 1980¹⁷²”*. Por lo tanto, no se trata de excluir determinados derechos, quedando sólo algunos protegidos en la Constitución, sino que, por una razón práctica y lógica, no se pueden incorporar todos los que puedan existir, situación que es prevista por el artículo 5 de la carta fundamental, que protege a todos aquellos derechos esenciales para el ser humano.

Con todo, lo relevante del concepto del “bloque constitucional” es que incluye derechos humanos que, por razones prácticas, el legislador ha optado por no consagrar en forma constitucional, y derechos fundamentales que están recogidos en instrumentos internacionales. Un ejemplo claro de prerrogativas reguladas con abundancia en el derecho internacional, aun sin regulación expresa en nuestra carta constitucional, son los denominados derechos de la mujer, que se han posicionado como una disciplina autónoma que busca consagrar garantías inherentes a toda mujer, organizados bajo tratados

¹⁷² CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Los tratados internacionales y el artículo 5 de la Constitución*, en Revista *Ius Et Praxis*, de la Universidad de Talca, Año 2, N°2 (1997), Pág. 95.

internacionales y supranacionales¹⁷³, con protección efectiva en todas las naciones. Del mismo modo, los derechos de propiedad intelectual e industrial, promovidos con fuerza legal internacional por la *World Intellectual Property Organization (WIPO)* y que obliga a los Estado miembros¹⁷⁴.

3.3. Características comunes entre los derechos humanos, fundamentales y constitucionales

Ahora bien, a pesar de sus diferencias y de la prevalencia práctica -para nuestros fines- del concepto de derechos fundamentales, se pueden reconocer caracteres comunes entre los llamados de derechos humanos, fundamentales y constitucionales. De este modo, reconocemos los siguientes elementos comunes, a saber:

¹⁷³ En Chile, no ha sido reconocido con carácter constitucional el derecho de la mujer contra la discriminación, que se encuentra recogido en la *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women* (1979), tratado suscrito y ratificado por nuestro país. En definitiva, dicho instrumento es una herramienta fundamental de los derechos humanos en favor de la mujer, que en el fondo protege los derechos fundamentales de una parte relevante de nuestra sociedad y, sin perjuicio de su recepción por cada Estado (situación revisada por la ONU) se manifiesta un fin superior del bien jurídico cautelado, de modo que resultaría imposible para cualquier persona negar el carácter fundamental de dichas prerrogativas. Véase en FREEMAN, Marta A., *Et. Al., The UN la Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women: A commentary*, Oxford, Nueva York, Estados Unidos (2012).

¹⁷⁴ Como parte de los denominados derechos de “cuarta generación” o de tecnología, encontramos la protección internacional de la propiedad intelectual, basada en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883 y revisado en 1979) y el Convenio de Estocolmo (1967), que creó la WIPO, encargada de la administración de las herramientas internacionales: (i) Sistema PCT, protección de invenciones; (ii) Sistema de Madrid, protección de marcas (comerciales e industriales); y (iii) Arreglo de La Haya, registro de dibujos y modelos industriales.

- a) Facultades de todas las personas contra el Estado y contra otras personas.
- b) Instituciones, en el sentido de constituir normas especiales del ordenamiento con fuentes diversas (Tratados Internacionales, CPR, Ley, entre otros.).
- c) Derechos históricos, a partir de su surgimiento en el marco de la Revolución Francesa.
- d) Reflejo de valores de la modernidad, tales como la dignidad, libertad e igualdad.
- e) Reconocimiento en catálogos de derecho positivo, a nivel interno o externo, reflejo del proceso de internacionalización de DDHH.

Conviene destacar que, dentro de estas características comunes, la más relevante para nuestros efectos es el carácter de universalidad, es decir, que son prerrogativas inherentes a todos los sujetos. Esta naturaleza proviene, para todos los conceptos, del análisis de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), también llamado "*Consensus omnium*" (consenso ético universal sobre la esencialidad de los derechos humanos para la civilización¹⁷⁵), que afirma en el primero de sus considerando que "*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los*

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto, *Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Fondo de Cultura Económico, México D.F., México (1949), Pág. 58.

*miembros de la familia humana*¹⁷⁶”. La redacción antes indicada es una reproducción inspirada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1791), que prescribió aquellos “*derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre (...)*”, y que además regula un catálogo memorable de garantías básica e individuales, que le corresponden a cada sujeto de la raza humana¹⁷⁷.

3.4 ¿Cuáles de estas características son compartidas por los derechos básicos del consumidor?

Como hemos podido identificar, el catálogo de derechos fundamentales resalta por su universalidad, que las ubica como prerrogativas comunes a todos los sujetos, irrenunciables e inalienables.

Ahora bien, un consumidor es un sujeto que se encuentra en una situación de consumo, la que hemos explicado en su sentido amplio, es decir, todo aquel estatus por el cual un individuo puede acceder a la compra, arriendo, permuta u otro acto mediante el cual puede usar o gozar un bien o servicio, ofrecido por un proveedor profesional. Si bien esta situación comenzó por configurarse como un escenario excepcional, lo cierto es que, atendidas las características del

¹⁷⁶ Preámbulo, Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, París, Francia.

¹⁷⁷ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 43

mercado actual y por sobre todo las vías que posee el ser humano para satisfacer sus necesidades (básicas, necesarias y de lujo), la llamada situación de consumo ha pasado a ser, por un lado, una posición necesaria para todo individuo inserto en el mercado y, luego, permanente, ya que toda actuación de los sujetos en su vida diaria exige, en términos prácticos, la realización consecutiva de actos de consumo, contratos de consumo y toda manifestación (expresa, tácita, contractual, onerosa o gratuita) que lo vincule a un proveedor. Dicho de otro modo, el ser humano se encuentra constantemente en una posición de consumidor.

Por lo tanto, un catálogo de derechos básicos que beneficie al consumidor se representa, desde un punto de vista práctico, como prerrogativas que afectan a toda la universalidad de sujetos y que les permite, ante todo, sobrevivir, y luego desarrollarse con dignidad, para poder alcanzar el bienestar social y económico, objetivo que corresponde a la esfera social de los denominados derechos del hombre (o derechos a un bienestar general), situación que debería ser accesible por todos los sujetos, de forma irrenunciable.

3.5. Fundamento de los derechos fundamentales: la dignidad humana

Para comprender a cabalidad el concepto que hemos entregado de derechos fundamentales (derechos humanos u otra denominación) conviene analizar

brevemente aquellas teorías que sustentan su fundamento y que han permitido su recepción y protección en las diferentes fuentes legales (internacionales o nacionales).

3.5.1. La concepción del Derecho Natural: el “*Iusnaturalismo*”

En primer lugar, destacamos la teoría de la ley natural de los derechos humanos que, en base al principio de autodeterminación del ser humano y la prevalencia de la especie humana como ser superior dentro de la naturaleza¹⁷⁸, ha concluido que, la Ley Universal (realización del universo en favor del ser humano), recibe su aplicación práctica entre los hombres bajo la premisa de “no matar” o, dicho de otro modo, respetar la vida humana, como mandamiento universal de cuidar el mayor de los bienes del orbe¹⁷⁹. Ahora bien, bajo la lógica del derecho natural, doctrina filosófica que predominó durante el medioevo, el ser humano posee una vida que no se limita a la existencia biológica, como los demás seres del universo, sino que trasciende a planos de la denominada “plenitud existencial”. Esta consideración implica que, la protección de la vida

¹⁷⁸ El “*Ius Natural*” parte de la premisa que el ser humano, conforme al orden natural, está ubicado en una posición de jerarquía respecto a los seres del universo y, en dicho entendido, surgen dos consecuencias: (i) el ser humano es la única especie dotada de inteligencia y voluntad; y (ii) toda la vida del universo forma parte del espectro de supervivencia del ser humano, que puede realizar actos de voluntad con la mayor libertad posible sobre dichos seres vivos. Véase más en Platón (República y Leyes); Aristóteles (Ética a Nicómano); Tomas de Aquino (*Summa theologiae*); Hugo Grocio (*Mare Liberum* y *De iure ac pacis*); entre otros.

¹⁷⁹ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 83

humana, permite la defensa de todas las facultades que son inherentes a la naturaleza del hombre, entre las que encontramos las siguientes dimensiones:

- a) Orden físico y biológico: que corresponde a la existencia natural, del que derivan el derecho a la vida e integridad física, a contraer matrimonio y fundar una familia, a llevar una existencia digna, a usar y disponer los bienes necesarios para estos objetos (derecho a realización), entre otros.
- b) Orden de la vida psíquica: el cual comprende la actividad espiritual, intelectual y moral del hombre, entre los que destacan el derecho a la libre creencia religiosa, a la búsqueda de la verdad, a la libre expresión, a educarse libremente, entre otros.
- c) Orden de su vida social (vida de relación): que incluye al ser humano en una existencia como parte integrante de la sociedad, del que se desprenden el derecho a la seguridad personal, a la libertad física (de tránsito), a la inviolabilidad de su intimidad, igualdad de trato, libre asociación y reunión, entre otros.

Por consiguiente, para el derecho natural clásico, los derechos fundamentales - derechos naturales- son un *“conjunto de facultades innatas, inherentes a la persona humana por el solo hecho de serlo, que tienen por objeto su resguardo y perfeccionamiento en todos los aspectos propios de su naturaleza física,*

*espiritual y social*¹⁸⁰, es decir, prerrogativas que procuran la realización del ser humano en su aspecto biológico, psíquico y social. Esta doctrina sucumbió frente al fervor del positivismo durante parte del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, pero logró resurgir después la caída de los totalitarismos europeos, reafirmando que la única instancia superior a la que se puede recurrir en resguardo de la justicia y de los derechos fundamentales de las personas es “*el concepto de un derecho superior a la ley, plasmados como principios o valores superiores*¹⁸¹”.

3.5.2. *Fundamentación marxista de los derechos sociales*

En contraposición a la doctrina del derecho natural, la teoría marxista rechaza la existencia de cualquier tipo de preceptos universales e inmutables, tanto del hombre individual como en la vida social, ya que los sujetos estarían predeterminados por los procesos de cambios propios de la infraestructura económica¹⁸², en efecto, se ha dicho que “*los hombres, quiéranlo o no, están condenados a ser libres*¹⁸³” o, dicho de otro modo, “*no es la conciencia del hombre la que determina su existencia; sino su existencia social lo que*

¹⁸⁰ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 85.

¹⁸¹ RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., México (1951), Pág. 87.

¹⁸² HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 93.

¹⁸³ ORTEGA Y GASSET, José, *El hombre y la gente*, en *Obras Completas de José Ortega y Gasset* (Tomo VII) Editorial Alianza, Madrid, España (2008), Pág. 104.

*determina su conciencia*¹⁸⁴”. En definitiva, la propuesta marxista, basada en la didáctica producida entre la denominada “lucha de clases”, prescinde de máximas fundamentales y llega al extremo de entender al derecho como un “sistema de normas establecidas para proteger el orden existente de organización social, que es la mera voluntad de la clase dominante (...)”¹⁸⁵, lo que deja poco espacio al uso potestativo de lo que conocemos como derechos subjetivos.

Con todo, los autores más modernos han reconocido que la teoría marxista-leninista no deduce los derechos humanos a partir de la naturaleza del hombre, sino en verdad, desde “*la posición del individuo dentro de la sociedad y, más aun, según su lugar en el proceso de la producción pública*”¹⁸⁶, sin embargo, según la postura mayoritaria, la concepción marxista implica la negación de los derechos humanos, ya que desconoce la existencia de atributos inherentes a las personas, sino que los “derechos” resultan de las circunstancias sociales o, peor aún, de la determinación de la clase dominante¹⁸⁷.

3.5.3. *El positivismo jurídico*

¹⁸⁴ MARX, Karl, *Critique de l’Economie Politique*, Schlecher-Frères, París, Francia (1899), Pág. 5.

¹⁸⁵ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 95.

¹⁸⁶ KARTASHKIN, Vladimir, *Los países socialistas y los derechos humanos*, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (Vol. III), Editorial Serbal-UNESCO (1984), Pág. 815.

¹⁸⁷ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 100.

Ahora bien, si el naturalismo prescinde de las normas jurídicas para fundamentar los derechos naturales, el positivo asume que todo el derecho debe estar en la ley positiva, negando la existencia de valores ético-jurídicos inherentes a los sujetos de derecho. Esta tendencia fue desarrollada desde fines del siglo XIX, y llegó a la conclusión que la voluntad del legislador da valor a los preceptos morales, inaccesibles a la razón humana¹⁸⁸.

En este marco, es que se postula una dura crítica al concepto de derecho subjetivo, que, según los positivistas, no son sino otra faz del derecho objetivo, con lo que se debilita el concepto de derechos humanos (como derechos subjetivos del sujeto contra la autoridad excesiva del Estado), al menos en la escolástica tradicional. Con todo, las teorías modernas de esta vertiente reconocen los derechos fundamentales, como manifestaciones de derecho objetivo creado por el legislador, pero cuyo contenido estaría determinado por el orden positivo, identificado por una norma de carácter superior¹⁸⁹, a merced de la voluntad del Estado, respaldado por el Derecho¹⁹⁰, por lo tanto, en esta lógica

¹⁸⁸ El positivismo jurídico se reduce en los siguientes axiomas: (i) la norma jurídica es una orden dada por un ser humano; (ii) no hay conexión entre el derecho y la moral; (iii) el análisis del derecho debe prescindir de los elementos históricos, económicos o sociológicos; (iv) el sistema jurídico es lógicamente cerrado, lo que permite inferir reglas a partir de las reguladas, mediante la lógica; y (v) los juicios morales no pueden ser establecidos mediante la argumentativa racional. Véase en Hans Kelsen (*Reine Rechtslehre*), H.L.A. Hart (*The Concept of Law*), Jeremy Bentham (*An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*), John Austin (*The Philosophy of Positive Law*), entre otros.

¹⁸⁹ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 104.

¹⁹⁰ Lo que algunos autores han denominado "modelo voluntarista-positivista", criticado por haber dado paso a los violentos totalitarismos del siglo XX que, en la práctica, permitieron una violación sistemática y arbitraria de los derechos fundamentales. Véase en PECES-BARBA,

resulta difícil fundamentar un catálogo irrenunciable (y supra legal) de principios inherentes al ser humano, cuando no es sujeto de derechos.

3.5.4. Concepción utilitarista

También podemos explicar el fenómeno de los derechos humanos según la utilidad que prestan al ser humano. Este análisis ha sido promovido por la doctrina utilitarista, remontada a la antigua Grecia mediante la obra de Epicuro (Carta a Meneceo y *De rerum natura*), desarrollada filosóficamente en el comienzo del siglo XIX, principalmente por John Stuart Mill (*On Liberty*, 1859), y que en resumen plantea el principio básico de la conducta humana condicionado a la utilidad, esto es, lo que proporcione mayor bienestar individual y social¹⁹¹.

Esta doctrina sostiene, desde un punto de vista voluntarista y empirista, que los Derechos del Hombre, como atributos inalienables e imprescriptibles, basados en la naturaleza humana, nunca han tenido existencia real, sino sólo a través de la ley positiva, impuesta por la fuerza de la autoridad pública, siendo su único fundamento la utilidad individual¹⁹². Algunos autores utilitaristas incluso llegaron

Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, España (1995).

¹⁹¹ HART, H.L.A., *Utilitarismo y derechos naturales*, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid (Tomo I), Madrid, España (1987), Pág. 151.

¹⁹² HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 107.

al absurdo de impugnar cada frase de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que mediante un análisis verbal, tildaron de “contradictoria, vaga, peligrosa”¹⁹³.

En todo caso, la doctrina utilitarista fue suavizando su crítica hasta que llegó al reconocimiento de que los ciudadanos poseen ciertas garantías en la medida que las sociedades avanzan y, como planteó Herbert Spencer (*Social Statics: The Man Versus the State*), la creación de derechos consiste únicamente en una sanción formal, representativa de los deseos individuales de los hombres insertos en sociedad, por lo tanto, el progreso social debería llevar a los sujetos a reconocer los derechos naturales y a propender su protección por parte del Estado (mediante el derecho positivo). Por otro lado, filósofos modernos del derecho ya abandonaron la noción (ultra)utilitarista de confundir al bien, como fin de la acción, con la utilidad que reporta la ejecución del mismo al sujeto, lo que evitaría, una autojustificación moral de la predisposición del bien particular al bien social, en circunstancias que es el interés general el que tiene a predominar desde un punto de vista económico y, por consiguiente, lo que será regulado por la norma jurídica¹⁹⁴.

¹⁹³ Según Bentham, el texto de los derechos del hombre fomenta las insurrecciones y genera una falsa teoría de derechos morales.

¹⁹⁴ Sobre las críticas al utilitarismo extremo destacan las obras de John Rawls (*A Theory of Justice*), R. Dworking (*Taking Rights Seriously*), J. Mackie (*Ethics: Inventing Right and Wrong*) y H.L.A. Hart (*The Concept of Law*), entre otros.

3.5.5. Pragmatismo consensual

En otro sentido, podemos sostener que, una nómina de derechos humanos que se pretende configurar como lógica y universal, debe ser declarada por un órgano internacional representativo, sin necesidad de que su origen obedezca a una razón filosóficamente adecuada. Esto es lo que se conoce como pragmatismo o consensualismo, impulsado por la doctrina italiana liderada por Norberto Bobbio, que reconoce la relevancia de los derechos fundamentales en su protección y no en su fundamento, que tiende a ser más filosófico que jurídico¹⁹⁵.

En definitiva no olvida el problema del fundamento de los derechos del hombre, pero enfoca sus preocupaciones en el rendimiento de los mismos a propósito del reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1949), toda vez que este documento *“representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez”*¹⁹⁶.

3.5.6. Modelo dualista

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España (1981), Pág. 13.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, Pág. 10.

Desde otra perspectiva, algunos autores han abandonado las posturas absolutas y han considerado que la explicación del valor de los derechos fundamentales se encuentra en un sistema mixto, que recoge parte de la teoría del derecho natural y, por otro lado, lo incorpora en el sistema positivo de derecho objetivo, para su efectiva protección. En este sentido, se ha indicado que *“los derechos fundamentales no son derechos, sí son valores, sin incorporar al Derecho positivo como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco derecho fundamental cualquier Derecho válido, sea cual sea su contenido, como pretenden los positivistas voluntaristas¹⁹⁷”*.

Por lo tanto, esta doctrina distingue dos niveles en el estudio del fundamento de los derechos del hombre, primero, el nivel filosófico, que debe incluir el análisis de los factores sociales e históricos del concepto de derechos fundamentales. Luego, al nivel jurídico en que se insertan, mediante normas jurídicas, al ámbito de los derechos subjetivos públicos¹⁹⁸.

Sin embargo, bajo estos supuestos, los derechos fundamentales se mantendrán ineficaces mientras no sean recogidos en una norma jurídica de derecho positivo, misma falencia que posee la vertiente del positivismo clásico¹⁹⁹.

¹⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, España (1999), Pág. 25.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, Pág. 31.

¹⁹⁹ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 122.

3.5.7. La tesis de los derechos morales

Finalmente, son muchos los autores contemporáneos que, según referencias axiológicas que invocan la ética y la moral, dan por establecido un principio universal de “dignidad humana”, cuyas raigambres se remontan a las Encíclicas papales Concilio Vaticano II (1959), *Pacem in Terris* (1963) y al documento del nuevo catecismo (1992).

De esta forma, la dignidad humana sería una cualidad, inherente al ser humano, por haber sido creado por Dios a su “imagen y semejanza” y, por consiguiente, es deber del Estado respetar la naturaleza del ser humano, en su esfera cultural y espiritual, de modo que los conceptos de dignidad y humano se hacen prácticamente sinónimos²⁰⁰.

Asimismo, otros autores han profundizado en el concepto de dignidad desde una óptica del valor de la ética, así por ejemplo, Ronald Dworkin reconoció que los derechos morales de que los ciudadanos pueden oponer al Gobierno, tienen validez incluso sin un reconocimiento constitucional (de derecho positivo) expreso²⁰¹, sin embargo, esta postura distingue derechos morales (no jurídicos) que serían un reconocimiento colectivo de derechos individuales (postura

²⁰⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., México (1989), Pág. 74.

²⁰¹ DWORKING, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, España (2002), Pág. 278.

similar al utilitarismo), por lo finalmente es un retorno al fundamento iusnaturalista de los derechos naturales²⁰². Además, el calificativo de derecho moral sólo permite fundamentar aquellas prerrogativas que digan una relación más directa con la idea de dignidad humana, excluyendo a los demás derechos fundamentales así como resulta controversialmente subjetiva, ya que cada sujeto, comunidad y Estado tendrá su concepto de ética o moral según sean sus circunstancias²⁰³, lo que aleja el elemento de universalidad que estamos buscando.

3.5.8. Algunas conclusiones sobre el fundamento de los derechos del hombre

Luego del repaso por las principales tendencias que se ocuparon del problema de la fundamentación filosófica-jurídica de los derechos fundamentales, creemos acercarnos, para efectos del presente trabajo, a los postulados de corte iusnaturalista que entienden a los derechos humanos como este conjunto de prerrogativas básicas e inalienables del ser humano que tienden, que de un modo u otro (desde una concepción utilitarista), a fomentar y concretar la dignidad humana, como estado en que las necesidades biológicas, sociales, espirituales, económicas y culturales del ser humano han sido satisfechas.

²⁰² Véase en Carlos Santiago Nino (Introducción al análisis del Derecho), Eusebio Fernández (Teoría de la Justicia y Derechos Humanos), Alessandro Passerin D'Entreves (*La dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*), Hans Welzel (*Studien zum System des Strafrechts*), entre otros.

²⁰³ HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Op. Cit.*, Pág. 126.

En este último postulado es donde encontramos la finalidad del reconocimiento de los derechos del hombre (humanos, naturales o fundamentales), puesto que un catálogo eficiente de prerrogativas básicas que permitan al ser humano concretar sus necesidades básicas para vivir con dignidad, debería ser el fundamento de su existencia, de lo contrario sería derecho positivo sin contenido (positivismo), derechos morales sin validez jurídica (dualismo, consensualismo o neo iusnaturalismo) o simplemente buenas intenciones. En síntesis, encontramos que *“La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales²⁰⁴”*.

3.6. Fundamento de los derechos básicos del consumidor: la dignidad humana

En este mismo sentido, considerando la estructura económica que predomina hoy en el mundo occidental y el carácter cotidiano del derecho del consumidor, es decir, nuestra necesaria atención al mercado para la satisfacción de las necesidades²⁰⁵, es que podemos concluir que los derechos básicos del consumidor le permiten al ser humano, a través de garantías básicas aplicables

²⁰⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización*, Revista *Ius Et Praxis*, año 13 N°2 (2007), Pág. 246.

²⁰⁵ TAMBUSSI, Carlos E., *Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos*, en GORDILLO, Agustín et. al., *Derechos Humanos*, FDA, Buenos Aires, Argentina (2007), Pág. 14.

a su relación con los agentes que proveen bienes y servicios, satisfacer sus necesidades más elementales, que le permitirán, ante todo, sobrevivir (aspecto biológico) y, luego, desenvolverse en la sociedad moderna, así por ejemplo, transportarse, alimentarse, educarse, recibir salud (pública o privada), y en fin todos y cada uno de los actos que desarrollamos a diario, de modo la posición de consumidor, que comenzó siendo especialísima, se ha transformado en la regla general. Recordemos lo que indicó John F. Kennedy en su discurso sobre los derechos básicos del consumidor respecto a que *“todos somos consumidores”*, frase que se ha transformado en el paradigma de toda obra relacionada con los consumidores y que ya comenzaba a esbozar esta normalidad de la realización de los actos de consumo, lo que reafirma su universalidad.

De este modo, si existen prerrogativas que protegen nuestra dignidad, resulta desigual que no encuentren una protección constitucional (expresa o implícita), porque no les permitirá a los hombres y mujeres satisfacer sus necesidades. Dicho de otro modo, planteamos que los derechos del consumidor permiten, finalmente, alcanzar a los seres humanos un estado mínimo de dignidad, acorde los tiempos en que nos encontramos (razonablemente las expectativas son mayores que en la era no industrializada ni globalizada en donde los comerciantes poseían reglas propias del derecho comercial y privado). Esto ha sido planteado también por el SERNAC, al indicar que los derechos del

consumidor son *“la expresión de los derechos humanos referidos al consumo dentro de nuestra sociedad”²⁰⁶*, lo que refuerza la preocupación por proteger a la persona humana en los diversos ámbitos en los cuales ésta se desarrolla y su relación con los actores del mercado.

3.7. Los derechos de los consumidores como los “nuevos derechos económicos”

Reafirmando la conclusión anterior, hemos visto como se ha incluido a los derechos de los consumidores dentro del grupo denominado “nuevos derechos económicos y sociales”, en el marco de los autores que hablan de las “generaciones de los derechos humanos”, para distinguir el proceso natural de ajuste de los derechos fundamentales conforme cambia el sistema económico político y social.

En resumen, para intentar clasificar los tipos de derechos humanos, cuyo catálogo se ha expandido durante el siglo XX, se ha distinguido entre:

- a) Primera generación o derechos civiles clásicos, que está constituida por los derechos personales o de autonomía, que implican un principio de no interferencia (obligación negativa) para el Estado y de marcado carácter

²⁰⁶ Véase en www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/preguntas-frecuentes/

individualista, tales como el derecho a la vida, la libertad, igualdad y propiedad.

- b) Segunda generación o derechos políticos, que corresponden a prerrogativas de participación en que el hombre se constituye en ciudadano que tiene como principal derecho al sufragio y participación política.
- c) Tercera generación o derechos económicos, sociales o culturales, que involucran derechos de promoción que imponen una carga (obligación positiva) al Estado para su fomento y que coincidieron con el reconocimiento internacional de los derechos del hombre.
- d) Cuarta generación o derechos de las nuevas tecnologías, que expanden los derechos clásicos a las nuevas formas de contratación y desarrollo del ser humano, plasmado en derecho a la privacidad informática y la protección de los datos personales, el derecho al patrimonio genético y el derecho a la preservación del medio ambiente.
- e) Quinta generación o simplemente nuevos derechos humanos, que sin una verdadera apuesta hacia el futuro y que algunos autores han reconocido entre los derechos de las minorías (derechos sexuales e indígenas), derecho al desarrollo social y económico y el discutido derecho a la procreación artificial o asistida²⁰⁷.

²⁰⁷ SQUELLA BARDUCCI, Agustín, *¿Nuevas generaciones de derechos humanos?*, en *Estudio sobre derechos humanos*, Edeval, Valparaíso, Chile (1991), Pág. 192.

Lo relevante en este esquema es identificar donde podemos encontrar la manifestación más genuina de la necesidad para la protección del consumidor. Algunos autores reconocen con normalidad al derecho del consumidor dentro de los derechos económicos (de tercera generación), categoría en que se ubican aquellas garantías resultantes de las nuevas realidades del presente siglo²⁰⁸ y porque ha sido reconocido en instrumentos internacionales (Directrices ONU para la protección del consumidor, 1985) de orden económico. Sin embargo, entre nosotros creemos que, si bien su ubicación efectivamente es dentro de estos derechos económicos, es propiamente tal un nuevo derecho en esta categoría, manifestación de los modernos mecanismos de transacciones comerciales entre proveedores y usuarios, pero que comparte las principales características de los derechos de tercera generación como: (i) los titulares son las personas y otros sujetos, como los Estados, organizaciones internacionales y pueblos²⁰⁹; (ii) tienden a imponer una carga al Estado en su fomento o protección; y (iii) derivan finalmente del derecho a la libertad económica (en Chile consagrado en el artículo 19 N°21 de la CPR), en cuyo desarrollo los privados no han sido capaces de respetar los principios básicos de igualdad, respeto de la propiedad, acceso a la justicia, entre otros.

²⁰⁸ AYLWIN O., José, *Derechos Humanos: Los desafíos para un nuevo contexto*, Seminario Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Chile (1991), Pág. 2.

²⁰⁹ Véase en GROS ESPIELL, Héctor, *El Derecho de todos los Seres Humanos a Beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad*, Coloquio de México, UNESCO (1978).

4. Derechos del consumidor como derechos constitucionales implícitos

4.1. ¿Por qué resulta conveniente proteger constitucionalmente a los consumidores?

La protección al consumidor, como hemos visto, es un fenómeno moderno que puede ser solucionado con normas específicas de Orden Público Económico. Sin embargo, existe una serie de motivos lo suficientemente poderosos para promover una protección constitucional de los derechos de los consumidores, que podemos resumir en:

- a) Los derechos de los consumidores comparten el fundamento y protegen el mismo bien jurídico que los derechos constitucionales: la dignidad humana como principio básico y universal del ser humano.
- b) Los derechos de los consumidores han sido clasificados como “nuevos derechos económicos”, dentro de la tercera generación de derechos humanos.
- c) La posición de consumidor, dado el marco estructural del mercado moderno y la cotidianidad de las transacciones comerciales, se ha vuelto constante y universal, inalienable al ser humano que ha sido inserto en la sociedad moderna, en que no es posible desenvolverse sin acceder al mercado para la satisfacción de los derechos.

d) El derecho a la libertad económica, específicamente la garantía constitucional de acceder sin trabas a los bienes y servicios, consagrado en el artículo 19 N°23 de la CPR²¹⁰, y el marco de carácter legal para la protección al consumidor, no han sido suficientes para subsanar las graves y peligrosas deficiencias del mercado moderno, sobre todo la desigual distribución de información y la ausencia de poder de negociación para el consumidor en el marco de las transacciones comerciales.

Por consiguiente, y considerando que la tendencia en Latinoamérica es absoluta (solo Chile y Uruguay no protegen al consumidor en sus textos constitucionales), creemos que resulta conveniente optar por una regulación expresa en la Constitución relativa a los usuarios o, como proponemos, olvidar las limitaciones del positivismo clásico y comprender que los derechos fundamentales en todas sus manifestaciones, tales como las garantías mínimas del consumidor, deben ser protegidas por los ordenamientos de una manera implícita, prescindiendo de una fórmula legal positiva, ya que, como hemos indicado, los derechos fundamentales son prerrogativas inalienables y universales al ser humano que, sin pretexto alguno, deben ser tutelados y que

²¹⁰ **“Artículo 19.-** La constitución asegura a todas las personas:

23. La libertad 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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.”

se encuentran protegidos por los tratados internacionales y por los principios que inspiran las constituciones modernas.

4.2. De los derechos constitucionales implícitos en general y del derecho a la propia imagen como derecho implícito

La idea de los derechos fundamentales implícitos no es una novedad y proviene de la tradición continental del constitucionalismo, en donde los textos fundamentales se reducen a meras declaraciones de principios que orientaron la formación de las naciones, como es el caso de la Constitución de los Estados Unidos, del Reino Unido y en general de los países del sistema del *Commonwealth*, cuyas tradiciones legislativas han optado por textos generales pero que, no por esta situación, desproveen a sus ciudadanos de protección en sus garantías básicas, adhiriendo a numerosos tratados e instituciones internacionales.

En el ámbito sudamericano, existen numerosas constituciones nacionales con referencias expresas a los denominados “derechos, deberes y garantías implícitos”²¹¹, pero como el texto fundamental chileno no posee normas de esta

²¹¹ En este sentido, pueden mencionar: (i) Constitución Argentina en su artículo 33 que indica “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”; (ii) Constitución Brasileña, en el artículo 5 que declara “*Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados*”

naturaleza debemos recurrir a dos argumentos. Primero, el artículo 5 de la CPR indica que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...)”*, reconociendo determinados derechos morales que pueden no estar consagrados en el derecho positivo pero que, al emanar de la naturaleza humana, constituyen el límite de la actuación del Estado, interpretación netamente iusnaturalista. Por lo demás, la misma norma antes indicada agrega que *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, dando mayor fuerza a esta idea que, un derecho fundamental reconocido en un tratado internacional suscrito por Chile, pero que no recibe recepción constitucional, no resulta ineficaz sino que plenamente exigible, como por ejemplo, los derechos contra la discriminación de la mujer, que no han sido expresados en la CPR pero si a través de la ratificación, en el año (1989), de la *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, por lo que deben recibir una protección efectiva.

internacionales”; c) Constitución de Paraguay que en su artículo 45 establece *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente en ella”*; (iv) Antigua Constitución de Bolivia que en su artículo 35 establece que *“Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*; entre otros.

Luego, para despejar las dudas y a partir de la incorporación a la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), suscrita por Chile el año 1992, se incorpora un criterio de interpretación inclusivo, que dispone lo siguiente:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...)

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

Por lo tanto, este instrumento internacional no sólo fortalece el concepto de los derechos implícitos sino que fomenta a los Estados miembros la protección de todas las garantías inherentes al ser humano o derivados de la estructura gubernamental, de igual modo que un derecho constitucional expreso

En este mismo sentido, y bajo la argumentación que los derechos fundamentales son una expresión genérica que incluye a derechos humanos y constitucionales, se ha indicado, en relación al derecho a la propia imagen, que *“es concebido por una parte de la doctrina como integrante de la faceta externa del derecho al respeto de la vida privada de la persona, constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella (...)*

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que el derecho a la propia imagen es un derecho esencial de la persona que se encuentra implícito en nuestro ordenamiento constitucional²¹²”, es decir, su carácter como derecho fundamental surge del hecho que el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, y por consiguiente, el bien jurídico protegido, se hace imposible de disimular, ubicándose en forma casi autónoma.

Esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia al dictaminar que “la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, es un derecho sobre la propia imagen, una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo (...) obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural o innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley²¹³”.

4.3. Derechos del consumidor como derechos constitucionales implícitos

Hemos sostenido que los derechos básicos del consumidor comparten el mismo fundamento que los derechos humanos, especialmente aquellos denominados “económicos y sociales”. En efecto, existe una gran cantidad de textos

²¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Op. Cit.*, Pág. 270.

²¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de julio de 1982, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 9, Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile (1982) Págs. 368 y ss.

constitucionales a nivel internacional que incluyen la protección del consumidor como un derecho fundamental.

Ahora bien, como en nuestra Constitución no existe un reconocimiento expreso de estos principios, debemos construir su inclusión de un modo implícito, es decir, a partir de los diversos elementos que nuestro texto fundamental incorpora efectivamente y que permiten concluir una regla de respeto (o dicho de un modo positivo, de límite de la actividad del Estado) de determinados principios básicos, inherentes al ser humano en su condición de tal. Por consiguiente, la cuestión de los llamados derechos implícitos, puede plantearse desde un doble punto de vista, a saber:

- a) Como un carácter implícito resultante de derechos no enumerados, inherentes a la personalidad humana o derivados de los principios fundamentales, que denominaremos “autónomos”.
- b) Como elemento implícito derivada de derechos enumerados por la carta fundamental, que podemos llamar “derivados”.

En el caso de los derechos básicos del consumidor, atendido lo expuesto y las características de nuestro texto constitucional, nos parece preferible la opción por esta segunda hipótesis, sustentable en conclusiones similares a las que

arriba la doctrina italiana²¹⁴ y sobre todo ante la ausencia de normas constitucionales expresas sobre los consumidores, de modo que, desde un punto de vista práctico, podemos vincular cada prerrogativa del consumidor a algunos de los derechos fundamentales que nuestro texto legal ya incorpora, con la ventaja que no podrá existir un cuestionamiento ante el uso de las herramientas de tutela constitucional para materias propias del derecho del consumidor, pero enmarcadas en un derecho humano arraigado en la cultura judicial chilena.

Por otro lado, debemos reconocer que, como fuente de estos derechos implícitos, resaltan los tratados internacionales y documentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los cuales Chile ha suscrito²¹⁵ y que, según el informe entregado por nuestro país al Consejo de Derechos Humanos *“De acuerdo a la reforma introducida al Art. 5 inciso 2 de la Constitución, ya mencionada, los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional”²¹⁶*, por consiguiente, todos estos tratados internacionales (especialmente las

²¹⁴ Que prescindiendo de una norma expresa y sin utilizar los estándares del derecho comunitario, determina que el Estado tiene un deber moral de proteger al consumidor en el marco de la regulación constitucional de la actividad económica, así como los particulares deben respetar las prerrogativas básicas de sus iguales.

²¹⁵ Tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Primer y Segundo Protocolo facultativo del el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

²¹⁶ Informe de Chile, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 16 de febrero de 2009.

Directrices de las ONU para la protección del consumidor), se adaptan a la Constitución y al catálogo derechos básicos del ciudadano (en este caso, en su calidad de consumidor).

Con todo, analizaremos ambas posibilidades, para verificar sus conveniencias y problemáticas específicas, atendido nuestro marco constitucional de los derechos fundamentales.

4.3.1. Derechos del consumidor como derecho constitucional implícito pero autónomo

La primera alternativa es reconocer, dentro del catálogo existente de derechos fundamentales, la intención oculta -aunque no casual- de nuestro legislador en incluir la protección del consumidor como una garantía del ser humano, en su relación con el marco económico imperante.

En efecto, nuestra Constitución, vigente desde 1980, no sólo configura el marco estructural del Gobierno y la organización política de nuestra nación, sino que determina los principios básicos que rigen nuestro modelo económico, como ha sido la tendencia desde el inicio del constitucionalismo moderno.

Por supuesto, en un comienzo la labor del Estado se concentró en proteger las prerrogativas individuales asociadas al derecho de propiedad. A este respecto, se ha indicado que *“lo esencial en la misión del Estado consistía, pues, en respetar la intangibilidad del derecho de propiedad”*²¹⁷. En todo caso, y por efecto de los cambios en el marco económico que han experimentado las naciones desde el inicio del siglo XX, cuyo análisis escapa los objetivos del presente trabajo, los textos constitucionales actuales han adoptado, en su mayoría, un sistema de carácter liberal (en términos económicos), caracterizado por:

- a) Absoluta libertad en la iniciativa económica, radicada en el sector privado, con escaso espacio para la actividad mercantil del Estado.
- b) Obligación del Estado de organizar la economía y, en particular, de promover el bienestar y el progreso económico y social, en el contexto de la actividad económica. Este punto resulta relevante, porque existen modelos que llegan al extremo de consagrar el deber del Estado de promover una existencia digna y provechosa para la colectividad, así como la potestad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, distribución y consumo, a fin de impulsar el desarrollo económico de las naciones²¹⁸.

²¹⁷ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, Principios, fuerzas y regímenes políticos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (1997), Pág. 184.

²¹⁸ Véase en Artículo 40 Constitución de España y artículos 95 y 98 de la Constitución de Venezuela.

- c) Reconocimiento de la propiedad privada, con el único límite del bien común determinado por el Estado, consagrado en la misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre²¹⁹ y en la CADH²²⁰, así como en prácticamente todos los textos constitucionales del mundo moderno²²¹.
- d) Acceso y protección de la propiedad en todas sus formas.
- e) Prohibición de monopolios u otras desviaciones artificiales del mercado que influyan en la explotación o distribución de bienes o servicios de carácter público o privado (debería incluir una regulación de las concesiones).
- f) Otros principios que caracterizan al actual mercado liberal, como la protección de la propiedad sobre los bienes incorporales (especialmente aquellos de propiedad industrial o intelectual), la protección de la iniciativa privada, la libre circulación de los bienes y en definitiva todas las normas que regulen el mercado.

En Chile, estas normas se encuentran concentradas en los numerales del 21 al 24 del artículo 19 de la Constitución, que indican:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

²¹⁹ “Artículo 17.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

²²⁰ “Artículo 21.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes (...).”

²²¹ Véase en artículo 42 de la Constitución de Italia, artículo 33 del texto fundamental de España, artículo 14 N°2 de la Constitución alemana, entre otros.

21º.- 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 (...)

22º.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (...)

23º.- La libertad 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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución (...)

24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (...)."

En este marco estructural, es que podemos reconocer un sistema implícito de protección a los consumidores que, sin recurrir a su definición misma y en el entendido que todas las personas somos, finalmente, consumidores en este sistema económico, establece algunas prerrogativas básicas. Así por ejemplo, el derecho a la libre iniciativa económica tiene un límite constitucional que está constituido por la moral o el orden público, surgiendo dos primeras interpretaciones. Primero, si entendemos el concepto de moral, en términos de aquellos principios supra legales que buscan proteger la dignidad humana en colectividad (veremos una similitud no casual de la moral como concepto de valor y los postulados que fundamentan los derechos humanos desde una perspectiva del derecho natural), encontramos un límite a la actividad del empresario: respetar la dignidad y los valores mínimos del ser humano, sencillamente porque le afecta a todos (él inclusive). Luego, el valor del orden

público (en el marco económico) se comprueba a través de lo que hemos identificado como el Orden Público de Coordinación y su apego al principio de garantía de la parte débil o, dicho de otro modo, el orden público como garantía procedimental del consentimiento pleno y válido en el marco de las relaciones de consumo²²², que permite reforzar la relación entre el derecho del consumidor y los principios de Orden Público Económico. Los mismos han sido incorporado en otros textos fundamentales, de modo que la Constitución italiana llega al extremo de asegurar, en su artículo 41, que *“La Economía privada es libre. - No puede ejercerse en contra de la utilidad social o en forma de atentar a la seguridad, libetar y dignidad humana”*, estableciendo un deber positivo y expreso de limitar la actividad económica privada al respeto de la dignidad humana, que poseemos como consumidores.

Asimismo, si bien el contenido de la garantía de la no discriminación arbitraria ha sido catalogado como una prerrogativa del Estado en su calidad de proveedor, lo cierto es que una interpretación generosa de la norma del artículo 19 N°22 dará como resultado un deber general del Estado en promover una igualdad (virtual) entre los agentes que participan de la actividad económica, sea el mismo Estado, los particulares o las personas (en su calidad de consumidores). Por consiguiente, nuevamente podemos reconocer un principio de caracterización del modelo económico que incluye implícitamente al

²²² Para mayor abundamiento en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 25.

consumidor, como un elemento que, entendemos, no puede ser diseccionado del mercado.

Con mayor claridad, podemos analizar la relación de lo planteado con el artículo 19 N°23 de la CPR, que consagra una garantía expresa de libertad en la adquisición de toda clase de bienes, norma similar al derecho a la libre elección de los bienes y servicios del artículo 3 letra a) de la LPC. Asimismo, la norma constitucional impone una prohibición en conductas que constituyan una negativa de venta, lo que se complementa en forma perfectamente armónica con los artículos 13 (negativa de venta de bienes) y 25 (negativa en la prestación de servicios) de la LPC, lo que, insistimos, no es coincidencia, sino que se apoya en pilares comunes que ordenan el modelo económico imperante. De este modo, incluso sin contar con una Ley de Protección al Consumidor, el sistema debería prohibir o sancionar conductas que atenten contra el orden público (económico).

A mayor abundamiento, existe una postura que incorpora dentro de la norma en comento, y a partir del derecho de propiedad (sobre toda clase de bienes), un derecho subjetivo emanado de los contratos, dicho de otro modo, existiría un derecho constitucional (derecho de propiedad y sus facultades) sobre los derechos personales y reales que emanan de los contratos, que forman parte

del patrimonio efectivo de la persona²²³. Según esta lógica, *“El titular de un derecho personal tiene sobre éste, un derecho de propiedad, el que se encuentra protegido por el artículo 19 N°24 de la Constitución Política. Por ello, y siendo perfectamente posible que con motivo de relaciones contractuales puedan realizarse conductas ilegales y arbitrarias que menoscaben este derecho de propiedad, el recurso de protección debe ser admitido en su respecto²²⁴”*.

En este mismo sentido, se ha reconocido también la relación de este marco estructural económico con la protección de los consumidor, al señalar que *“La libertad de emprender actividades económicas de una manera muy general comprende la relación entre el proveedor o empresario y el consumidor, en la medida que tales actividades han de desarrollarse respetando las normas legales que las regulen, entre ellas las que protegen al consumidor²²⁵”*. De este modo, como ya hemos concluido, la libre elección del consumidor tiene su fundamento en el artículo 19 N°21 de la CPR y en la libertad general reconocida a los ciudadanos, así como la libertad en la actividad económica es comprensiva del derecho del consumidor de procurarse toda clase de bienes y/o servicios, que, como indica la doctrina y en virtud del principio de regulación

²²³ Véase en JANA LINEZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan, *Recurso de protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (1996).

²²⁴ JANA LINEZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan, *El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos: algunos aspectos relevantes*, Revista Derecho y Humanidades, Universidad de Chile, Vol. 1, N°2, Santiago, Chile (1992), Pág. 129.

²²⁵ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 22.

la libertad económica, debe ejercerse respetando las normas legales que la regulen.

Esta analogía entre los valores constitucionales del sistema económico y la función de los derechos básicos del consumidor, ha sido recogida por el proyecto de Ley Boletín N°7563-07, que reconoce expresamente que *“La iniciativa en estudio tiene por objeto Consagrar, a nivel constitucional, en el artículo 19 N° 21, relativo a la libre iniciativa en materia económica, el deber del Estado de fomentar la protección de los derechos de los consumidores²²⁶”* y agrega *“la Carta Fundamental, que reconoce a la libertad como un elemento consustancial de las personas (...) se consagró en el artículo 19, N° 21 expresamente el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional (...) garantías que en ocasiones no resultan suficientes para garantizar de manera efectiva el desarrollo igualitario de las relaciones económicas, lo que se traduce en desequilibrios y asimetrías entre agentes (...)”²²⁷*, lo que releva la asociación que tiene nuestro legislador sobre el estado del actual sistema económico regulado a nivel constitucional y legal que, si bien ha generado grandes progresos para nuestro país, sigue presentando escasas herramientas para la

²²⁶ Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 2.

²²⁷ Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 3.

corrección de fallas artificiales generadas únicamente por la actividad privada, de modo que el Estado, en su rol subsidiario y regulador, se ve obligado a interferir en favor de la igualdad de acceso y el respeto de las demás garantías constitucionales que estén en juego en el rol de consumidor.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha buscado identificar derechos fundamentales que se desprendan del catálogo enunciado para enriquecer el contenido normativo y la protección efectiva de las personas. En particular, y obviando las reglas de interpretación literal del Código Civil simplemente porque *“la Constitución, en virtud del principio de jerarquía, está por sobre la normativa legal”*²²⁸, el Tribunal Constitucional ha reiterado la aplicación del principio de unidad constitucional, según el cual la carta fundamental es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado mediante una interpretación que no permita excluir o anular la eficacia de sus preceptos²²⁹. Así, ha fallado considerando que *“nuestra Constitución Política reconoce la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional. A menos, que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales, sobre todo en el marco de aquellos derechos del os hombres por ser tales, sin que sea menester que se aseguren en la Constitución para que gocen de*

²²⁸ PEÑA TORRES, Marisol, *Aportes del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho y la Democracia*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N°47 (2007), Pág. 44.

²²⁹ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N°31 (2006), Pag.24.

*protección*²³⁰. Bajo esta perspectiva, el Tribunal Constitucional reconoció que “*el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental -aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía (...)*²³¹” y, del mismo modo, determinó la validez del derecho a la identidad personal, toda vez que “*aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (...)*²³²”.

Según lo expuesto, resulta válido considerar que, a partir del principio de jerarquía constitucional y del reconocimiento de valores implícitos en forma autónoma, existe un derecho constitucional de protección del consumidor, de cargo principalmente del Estado, pero que también les compete a los particulares que, en razón del ejercicio de la libertad en materia de iniciativa económica, deberían adecuar sus conductas según los límites de la moral,

²³⁰ Tribunal Constitucional, Rol N°226, 30 de octubre de 1995.

²³¹ Tribunal Constitucional, Rol N°634, 09 de agosto de 2007.

²³² Tribunal Constitucional, Rol N°834, 13 de mayo de 2008.

como principio supra legal de respeto a la dignidad humana en relación a los derechos de los consumidores; el orden público (económico) que debe velar por la estabilidad del sistema económico en que los consumidores ocupan un lugar esencial; y, en defecto de las anteriores, del respeto del principio de legalidad, según el cual los agentes del mercado deben sujetar su actividad al marco legal imperante, sea de rango constitucional o inferior.

Con todo, nos preocupa que esta interpretación pueda significar una desnaturalización de las normas constitucionales de carácter económico que, ante todo, buscan generar un sistema de mercado estable y lo menos trabado posible, respecto al intercambio de bienes y servicios. Por otro lado, desde un punto de vista de la protección efectiva del derecho del consumidor, si adoptamos este criterio de protección implícita pero autónoma, no parece plausible la posibilidad de uso de las acciones constitucionales, como el recurso de protección, ya que el artículo 20 resulta ser taxativo en su listado de prerrogativas protegidas.

4.3.2. Derechos del consumidor como derechos constitucionales implícitos derivados de otros derechos fundamentales reconocidos

Desde otro punto de vista, podemos optar por la alternativa de considerar protegidos en la Constitución a los derechos básicos del consumidor, a través

de los derechos fundamentales ya consagrados en el texto del artículo 19, con énfasis en aquellos que digan relación con los actos de consumo y, sobre todo, sobre las garantías que pudieran permitir el uso de las herramientas constitucionales de protección.

Bajo esta lógica, el consumidor se encuentra protegido a partir de todas aquellas prerrogativas que, aseguradas en la Constitución, le sean aplicables en su calidad usuario y en el ámbito de una situación de consumo que, como hemos indicado, tendería a representar la mayoría de la vida diaria de los sujetos. Denominaremos esta modalidad, como la protección constitucional implícita derivada de los derechos de los consumidores y, para sustentar su factibilidad, es necesario analizar los derechos fundamentales que puedan tener aplicación a partir de las problemáticas propias del derecho del consumidor, con especial atención en su bajada práctica para los propósitos que hemos indicado.

Por consiguiente, atendidas las garantías básicas de los seres humanos, consagradas en la Constitución Política, el consumidor debe considerar amparados sus derechos del siguiente modo, a saber:

- a) Derecho a la vida e integridad física y psíquica: Como ha sido tradicional en prácticamente todas las manifestaciones de derechos humanos, así como en los textos constitucionales, el derecho a la vida ocupa un lugar

preferencial²³³. En efecto, esta garantía de primera generación consiste en asegurar, a todos los hombres el derecho a vivir, que involucra la protección del que está por nacer así como la existencia de los seres humanos (derecho a existir y mantener la vida). Ahora bien, esta garantía no sólo se reduce al derecho la existencia, sino que también impide que la vida sea afectada, amenazada o arrebatada por otro sujeto o el Estado, dicho de otro modo, El derecho a la vida *“se refiere, como es obvio, a la vida corporal, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres (...) No pudiendo disponer el hombre de la vida propia ni de la ajena, no solo le están prohibidos el homicidio y el suicidio, sino también la destrucción de cualquier parte de su cuerpo o del cuerpo del prójimo, así como el atentado contra la llamada integridad psíquica que se rige por la misma norma prohibitiva, porque será siempre alguna suerte de menoscabo orgánico, desde que el espíritu mismo, al carecer de partes, no puede sufrir detrimento en su integridad”*²³⁴. Ahora bien, podemos preguntarnos ¿Qué relación tiene esta garantía constitucional universal con el derecho del consumidor y, en particular, con una protección implícita de los derechos de los usuarios? La verdad es que el derecho a la vida y, más precisamente, su

²³³ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre indica en su artículo 3 que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Del mismo modo, la CADH prescribe en su artículo 4 N°1 que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”*. Así también, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos que declara como *“inalienables ciertos derechos, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”*.

²³⁴ UGARTE GODOY, José Joaquín, *El Derecho a La Vida y La Constitución*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°3, Santiago, Chile (2006), Págs. 517 y ss.

acepción como la protección de la integridad física y psíquica, pueden verse amenazas mientras las personas actúan como consumidores. En efecto, un bien puede causar un daño a quien lo compra o a quien lo utiliza, así como, mientras se acude a un centro comercial, puede efectivamente verse amenazada mi seguridad o integridad. Para ser más precisos, el derecho del consumidor mantiene uno de sus pilares fundamentales de protección a propósito de lo suele denominarse “productos peligrosos o defectuosos”, en que se puede comprometer el bien jurídico de la seguridad en el consumo, derecho básico del consumidor y que, evidentemente, se deriva del derecho a la integridad física, que se constituye como la garantía de actuar en sociedad sin recibir daños injustificados. De lo anterior, surge la consecuencia sancionada por el Derecho a través de la atribución de responsabilidad y la reparación del daño causado en el contexto de la relación de consumo. Algunas legislaciones, han elaborado un régimen de responsabilidad estricta para el proveedor frente a daños en el consumidor²³⁵ y otras han optado por un régimen de responsabilidad por culpa tradicional²³⁶, sin embargo, lo relevante será que,

²³⁵ Veáse en Directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos, la *Consumer Product Safety Act (1972)* de los Estados Unidos, el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, el artículo 6 de la Ley N°24.240 que fija Normas de Protección y Defensa los Consumidores de Argentina, entre otros.

²³⁶ Como el caso chileno, en que la LPC establece un régimen supletorio basado en la negligencia y algunas limitadas normas de responsabilidad cuasi estricta. Para mayor abundamiento en BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *La responsabilidad civil del fabricante bajo*

independientemente de la técnica legislativa empleada, el consumidor es protegido en su integridad física y psíquica por el marco legal y constitucional vigente, por lo que podemos reconocer esta prerrogativa del consumidor en el derecho a la vida, que en nuestra CPR se encuentra regulado en el artículo 19 N°1 que protege *“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”*. Con todo, las normas constitucionales que, en otras legislaciones, incorporan al consumidor, han coincidido, sin excepción, en proteger la integridad y la seguridad de los consumidores y el cuidado de su salud y bienestar físico²³⁷.

- b) Derecho a la libertad: desde la Revolución Francesa, el mundo occidental se ha construido en base al principio de la libertad, lo que permite en definitiva *“el ejercicio de los derechos individuales en forma libre y espontánea”*²³⁸. En nuestra Constitución, el artículo primero inciso primero indica que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. De igual modo, el artículo 19 N°2 asegura el derecho a la

el artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor, Revista Chilena de Derecho Privado, N°14, Santiago, Chile (2010); CORRAL TALCIANI, Hernán, *La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor*, en *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, Chile (2006).

²³⁷ A modo de ejemplo, en Argentina se protege el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. Asimismo, en Perú, la norma fundamental previene en su artículo 65 la protección *“especialmente, de la salud y la seguridad de la población”*. De igual forma, la Constitución Española indica en su artículo 51 N°1 la obligación de las autoridades públicas a garantizar la protección del consumidor respecto a su salud, tomando medidas efectivas para asegurar la salud y seguridad.

²³⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Op. Cit.*, Pág. 158.

igualdad ante la ley, expresando que *“En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Por lo tanto, el derecho a la libertad resulta ser otra de las grandes prerrogativas del ser humano en su condición de tal, que considera una serie de aspectos. Ante todo, implica lo evidente: el ser humano es libre, puede auto determinarse²³⁹ y no puede ser sometido mediante la fuerza (ilegítima), lo que excluye la esclavitud en todas sus formas²⁴⁰. Luego, se protege la libertad de pensamiento, de credo y religión, que constituye la libertad en una esfera interna, que permite al ser humano desarrollar el acervo cultural y social del país, en este sentido nuestra Constitución indica el derecho a *“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”*²⁴¹. Asimismo, se protege la libertad personal y el derecho al libre desplazamiento, garantizando que cualquier afectación de esta prerrogativa será en estricto respecto de la Constitución y las leyes procesales y penales que resulten aplicables.

²³⁹ Facultad garantizada por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo 5 que indica *“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena”*.

²⁴⁰ En este sentido, la Constitución de los Estados Unidos declara *“We the people of the United State, in Order to promote general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Postery (...)”*. Entre nosotros, el artículo 19 N°2 de la CPR indica *“En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”*.

²⁴¹ Artículo 19 N°6 inciso primero, Constitución Política de la República de Chile.

Del mismo modo, se entregan ciertas libertades específicas para determinadas actividades, tales como el derecho a libertad de prensa, libertad de enseñanza, libertad de trabajo, entre otros. Por último, la libertad más relevante para estos efectos es el derecho para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 19 N°23 de la CPR), ya analizado, pero que, en este ámbito, nos permite desprender de esta garantía el derecho básico del consumidor a la libre elección de los bienes o servicios, consagrado en la letra a) del artículo 3 de la LPC, de modo que, esta prerrogativa fundamental, se manifiesta expresamente en la normativa de protección al consumidor.

- c) Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el trato: con la misma importancia, nuestro texto constitucional ha asegurado a todos los hombres el derecho a la igualdad²⁴², eliminando los grupos privilegiados (artículo 19 N°2 de la CPR) y la igual protección de sus derechos (artículo 19 N°3 de la CPR), principio que debe replicarse en el ámbito del derecho del consumidor, ya que la LPC define a los consumidores pero no establece ninguna diferencia entre ellos, siendo todo aquel que cumpla con los requisitos legales²⁴³. En este sentido, recordemos que uno de los objetivos del Estado en materia económica es el fomento de

²⁴² SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Op. Cit.*, Pág. 156.

²⁴³ El principio de la igualdad es sostenido en todas sus consecuencias prácticas y el texto chileno es una reproducción de la Constitución italiana que sostiene en su artículo 3 inciso primero “*nadie puede ser desfavorecido ni privilegiado en razón de su país y origen. Los hombres y mujeres son iguales en derechos*”.

la igualdad de acceso al mercado y, por sobre todo, de las condiciones de vida (derivadas del modelo económico), finalidad que no se han podido plasmar en la práctica (del sistema de mercado), en donde los proveedores se sitúan en una posición aventajada respecto del consumidor, que se traduce en la ejecución de prácticas ilegales y abusivas. Asimismo, en directa relación con la igualdad, la Constitución prohíbe el establecimiento de diferencias arbitrarias (artículo 19 N°2 inciso final), prerrogativa que la LPC ha replicado de forma expresa, al garantizar en el artículo 3 letra c) el derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores, ni afectar la dignidad de los usuarios²⁴⁴. Por consiguiente, el derecho fundamental a la igualdad recibe efectivamente aplicación en el contexto de los actos de consumo, de modo que los consumidores pueden ser protegidos por esta garantía e incluso podemos identificar una tarea pendiente del Estado en restablecer la igualdad entre los actores del mercado.

- d) Derecho a la propiedad: como analizamos en forma preliminar, el derecho de propiedad -prerrogativa básica del ciudadano relacionada con el acceso a los bienes y servicios, y su ejercicio sin otra limitación que la ley, la moral, el orden público y los derechos ajenos- tiene una estrecha

²⁴⁴ En, este sentido, el artículo 15 relativo a los deberes de diligencia de los sistemas de seguridad en los recintos comerciales, indica *“Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas”*.

relación con el deber del Estado en la preservación del orden público económico, sobre todo a propósito del balance entre la garantía de la libertad económica (de los particulares) y la búsqueda del bienestar general²⁴⁵. Con todo, en esta oportunidad, sólo veremos cómo se derivan los derechos de los consumidores de esta importante garantía fundamental. El derecho a la libre adquisición de bienes y servicios (garantizado en el artículo 19 N°23 de la CPR) y derechamente el derecho a la protección de la propiedad (artículo 19 N°24 de la CPR), tienen en común el principio de legalidad que puede afectar estas prerrogativas, es decir, que la propiedad (y el acceso a ella) sólo puede verse afectada por la ley, por lo que *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (...)”*²⁴⁶. Esto demuestra la importancia del acceso a los bienes y que, en esencial está regulado en forma especial por la LPC, relevando la naturaleza del derecho del consumo como normativa de Orden Público Económico, encaminada a establecer un mecanismo legal por el cual el Estado, busca resolver determinadas falencias estructurales que, por nuestra esencia como seres humanos, afectan las garantías fundamentales, de modo que la protección Constitucional de la propiedad permite, sin dudas, el

²⁴⁵ En efecto, la Constitución de los Estados Unidos prescribe como derecho fundamental el no ser privado de la propiedad (artículo V, primera enmienda), así como el deber del Estado en proteger dicho derecho (artículo XIV, sección 1, segunda enmienda).

²⁴⁶ Artículo 19 N°24 inciso tercero, Constitución Política de la República de Chile.

desenvolvimiento más justo y equitativo del usuario en el contexto del mercado.

- e) Reunión y asociación: una manifestación colectiva del derecho a la libertad individual (y también a la garantía de libre opinión) es el derecho a la reunión o, más propiamente, el derecho a la asociación, que implica la libertad de los ciudadanos para asociarse, con la única limitación de respetar el marco legal (licitud de la asociación) y no perturbar el orden público. En este sentido, nuestra Constitución asegura el derecho a asociarse sin permiso previo, a gozar de personalidad jurídica, a respetar la moral, la costumbre y el orden público y asegura la voluntariedad de la participación toda asociación de ciudadanos²⁴⁷. Esta garantía de asociarse recibe una aplicación específica en el derecho del consumidor, demostrando nuevamente la analogía entre la protección de los derechos humanos y el marco legal de protección al usuario, a través de las denominadas asociaciones o uniones de consumidor, que constituyen uniones civiles destinadas a fomentar la protección de los sujetos protegidos, al estudio del mercado y a la difusión de labores educativas. Entre nosotros, la LPC define en su artículo 5 a las asociaciones de consumidores como una *“organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los*

²⁴⁷ Artículo 19 N°15 incisos primero a cuarto, Constitución Política de la República de Chile.

consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés”, demostrando una clara función pública de las organizaciones civiles y, por sobre todo, permitiendo que los grupos intermedios puedan defender sus derechos, facilitando la labor del Estado y generando un principio de subsidiariedad, como lo fomenta el inciso tercero del artículo 1 de la CPR. En todo caso, la mayoría de los textos constitucionales que reconocen a los consumidores, consagran el derecho a asociarse o a constituir asociaciones de consumidores.

- f) Protección y tutela eficaz de los derechos (legales y constitucionales): nuestra Constitución consagra un catálogo completo de derechos y garantías constitucionales, basados generalmente en la dignidad humana, los principios básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las prerrogativas incorporadas por los tratados o declaraciones internacionales. Sin embargo, dichos derechos carecerían de sentido sin la existencia de mecanismos prácticos de protección, que permitan a los ciudadanos su efectiva protección, contra perturbaciones, amenazas o actos arbitrarios e ilegales. Es por esto que, junto con las acciones constitucionales (recurso de protección y amparo) y la acción especial de amparo económico (regulada en la Ley N°18.971 de 1990), el sistema legal reconoce el acceso a la justicia, como prerrogativa

esencial del ser humano para someterse a mecanismos legítimos de solución de conflictos. En este sentido, el artículo 19 N°3 garantiza la igual protección de los derechos, del que se deriva la igualdad en el acceso a la justicia, que, traducida al ámbito del derecho del consumidor, permite a los sujetos el acceso a mecanismos eficientes, justos, imparciales y económicos de solución de controversias relacionadas con la protección del consumidor. En efecto, gran parte de las constituciones que protegen al usuario, aseguran el deber del Estado en relación con el acceso a mecanismos simples de solución de conflictos²⁴⁸, así como la participación del mismo en labores de fiscalización, a través de órganos especiales de protección del consumidor²⁴⁹. Por lo tanto, podemos afirmar que la Constitución protege indirectamente a los usuarios, a través del deber de protección de derechos por el cual el Estado debe interferir la actividad económica mediante órganos de control y fiscalización, así como garantiza el acceso a la justicia para los consumidores, derecho que presenta un carácter especial puesto que, por su condición de “débil” y la baja cuantía de las transacciones

²⁴⁸ Así por ejemplo, la Constitución Argentina asegura en su artículo 42 que “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...) la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (...)”. La Constitución suiza, como ejemplo europeo, protege también el derecho al acceso a la justicia y la protección estatal de los derechos, indicando en su artículo 97 N°3 que “Los cantones deberán prever un procedimiento de conciliación o bien un procedimiento judicial simple y rápido para los litigios cuyo objeto no supere un valor determinado. El Consejo Federal fijará esta cantidad”.

²⁴⁹ Como el caso chileno en que el Estado, a través del SERNAC, se encarga de velar por la protección de los consumidores, fomentar su educación y, próximamente, iniciar procedimientos administrativos de sanción, posibilidad de interpretar normas, dictar instrucciones y otras facultades intrusivas.

regulares, el usuario o consumidor requiere de un procedimiento simple, cercano, desformalizado, de bajo costo y eficaz, que los Estados deben favorecer, como lo han indicado las Directrices de la ONU en esta materia, al sugerir que *“Los gobiernos deben alentar a todas las empresas y al aparato estatal, a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades”*.

- g) Educación: como bien lo reconoce nuestro texto fundamental, la educación *“tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”*²⁵⁰. Esto refiere fundamentalmente a la educación, parvulario, primaria y secundaria como derecho básico²⁵¹, que permite al ser humano su completa inserción en la compleja sociedad moderna. No obstante, como el ciudadano es también consumidor, no resulta inapropiado extender el derecho a ser educado al complejo ámbito de las relaciones de consumo. En efecto, si hemos indicado que una de las principales fallas de mercado que justifican y fundamental el nacimiento del derecho del consumidor es la racionalidad limitada del consumidor, que suele contar además, con un bajo nivel informativo, es entonces deber del Estado²⁵², para restablecer la

²⁵⁰ Artículo 19 N°10 inciso segundo, Constitución Política de la República de Chile.

²⁵¹ Así, nuestra Constitución establece la obligación primaria de los padres en educar a sus hijos y, en subsidio, el Estado deberá promover la protección del ejercicio de este derecho, al mismo tiempo que impone la obligatoriedad y gratuidad de la educación parvularia, básica y media.

²⁵² Deber reflejado en el inciso sexto de la norma constitucional en comento, que indica *“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”*.

igualdad destruida por la realidad fáctica, educar al consumidor y, como veremos, fomentar el rol de los proveedores en la capacitación del usuario en temas complejos de consumo, como los servicios financieros, productos bancarios y otros de igual dificultad técnica. Con todo, creemos que este derecho posee también una realidad como deber del consumidor, de modo que el deber preferencial recaea en el Estado, pero debe ser el usuario quien procure informarse y educarse adecuadamente sobre los productos y servicios que contrata, así como de las características relevantes del mercado. Asimismo, nuestra Constitución exige a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, lo que, siendo complementado por la Directrices ONU para la protección del consumidor que indican como principio básico la *“educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor”*, ha generado una especie de obligación ética para que los proveedores deban educar a los consumidor²⁵³. Entre nosotros, creemos que existe un alto riesgo en el rol de educadores de los proveedores ya que, al participar activamente en el proceso económico del mercado moderno -siendo su objetivo fundamental es generar ganancias a través del comportamiento poco racional de los

²⁵³ Ver más sobre el derecho de educación en ELAQUA, Gregory y FABREGÁ-LACOA, Rodrigo, *El consumidor de la educación: El actor olvidado de la libre elección de escuelas en Chile*, Programa de Promoción de la Reforma Educativa en América Latina y el Caribe (PREAL), Santiago, Chile (2004).

consumidores- puede generarse un proceso de condicionamiento en desapego de la interpretación “pro-consumidor” y, por consiguiente, inducir el planteamiento que, determinadas conductas agresivas, no constituyen infracciones y deben ser, en este orden, aceptadas por la masa de sujetos protegidos.

- h) Derecho al medio ambiente (libre de contaminación): como parte de los nuevos derechos sociales, se ha postulado el derecho del hombre a vivir en un ambiente libre de contaminación. En este sentido, nuestra Constitución prescribe el derecho fundamental a *“vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”*, llegando al extremo de *“establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*. Esta norma es reflejo de la preocupación internacional por la protección del medio ambiente, que desde que la Declaración de Estocolmo (1972) y las conferencias medioambientales posteriores²⁵⁴. Esta preocupación, ha sido incorporada al ámbito de protección del consumidor a través del principio de promoción del consumo y de modalidades de vida sustentable, estrechamente relacionadas con labores educativas del Estado en materia de consumo, servicios financieros y medio ambiente.

²⁵⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y la Declaración de Johannesburgo (2002), así como la Agenda XXI, el Informe Brundtland, entre otros documentos de naturaleza “*soft law*” relacionados con la protección del medio ambiente.

Este principio, regulado por las Directrices ONU para la protección al consumidor, lamentablemente no ha sido adoptado con éxito por los textos constitucionales y legales de las legislaciones comparadas, de modo que sólo encontramos raras manifestaciones de este deber-derecho de los consumidores²⁵⁵. Con todo, lo relevante es que a partir del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el principio de promoción de formas sostenibles de consumo, consagradas en las Directrices ONU, podemos incorporar un deber-derecho de los consumidores para adaptar sus conductas de consumo a estándares que permitan el respeto del derecho al medio ambiente inocuo para el resto de la sociedad y, sobre todo, para las futuras generaciones.

En definitiva, como hemos visto, a partir de cada derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución -y en general en los textos fundamentales de las naciones modernas- podemos extraer uno o más de los derechos básicos del consumidor, que comparten los mismos fundamentos pero aplicados al ámbito particular de las relaciones de consumo, lo que nos permite concluir que, aun sin texto constitucional expreso, en nuestro país los

²⁵⁵ Así por ejemplo, el texto constitucional argentino en el artículo 41, impone la obligación de que *“las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...)”*. Bajo otra estrategia, la Constitución de Paraguay prescribe en su artículo 38 que *“Toda persona tiene el derecho, individual y colectivo, a demandar de las autoridades públicas la toma de medidas para proteger el medio ambiente, la integridad del hábitat (...) según los intereses de los consumidores (...)”*. Del mismo modo, la Constitución de Costa Rica asegura en el artículo 46 que *“Los consumidores y usuarios tienen el derecho a la protección de (...) el medioambiente e intereses económicos (...)”*.

consumidores reciben una protección constitucional, a partir de la aplicación específica de cada garantía constitucional a aquellas situaciones que suelen darse en el ámbito de las situaciones de consumo, lo que, en nuestro entendido, tiene una serie de consecuencias relevantes (a diferencia de una mera protección legal) y nos permite adaptar la normativa interna y la labor judicial, a los principios que -en al menos 48 naciones en forma expresa y el resto a través de tratados internacionales e instrumentos de protección supra nacional de los derechos humanos- se orientan en exclusiva protección de los consumidores, grupo constituido con gran fuerza social en la actualidad y que, finalmente y como diría John F. Kennedy hace más de 50 años, somos todos y cada uno de los miembros que pertenecemos a la sociedad y del cual hoy, conforme el actual modelo imperante, es imposible resistir.

CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDOR COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS

1. Necesaria adecuación de actividad estatal, judicial y legislativa a los principios constitucionales que inspiran y protejan los derechos de los consumidores

Como ya hemos señalado, la Constitución Política de la República, en cuanto norma fundamental, refleja los valores superiores de un ordenamiento jurídico, encontrándose en la cúspide de la pirámide jurídica. En palabras del Profesor GÓMEZ, la Constitución *“es un pacto fundamental entre la ciudadanía que genera un orden político y que establece un conjunto de derechos fundamentales que actúan, a su vez, como límites de la actuación del Estado²⁵⁶”*. Lo anterior quiere decir, que toda la legislación nacional, así como el poder Judicial y Ejecutivo deben someter su actuar al respeto de los derechos y garantías consagrados en la Carta Magna, siendo ésta la norma orientadora y modelo a seguir a partir del cual deberá desarrollarse todo el entramado legal de un determinado Estado.

²⁵⁶ INFORME DE LA COMISION DE ECONOMIA recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, BOLETIN N° 7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 14.

Por tanto, no es ninguna novedad que la técnica legislativa empleada en la redacción de muchos textos constitucionales se avoque a definir los derechos tutelados por la Constitución y otorgarles un contenido, para luego encargar al legislador o a los poderes públicos el deber de promover y proteger dichos derechos, definiéndose en la práctica, muchas veces por los Tribunales de Justicia, cual es el real sentido y alcance de dichas disposiciones. De este modo, se ha fallado que *“La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se le confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre²⁵⁷”*.

Por consiguiente, la primera y más importante consecuencia que desprendemos del hecho de considerar los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, es que se les otorgaría a los consumidores una protección de rango constitucional. Lo anterior implica, en consecuencia, que la legislación nacional deberá adecuarse al respeto y protección de dichos derechos, toda

²⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Rol D-9545, 23 de mayo de 2013.

vez que, como derechos fundamentales, es deber del Estado velar por su adecuada protección y promoción, no pudiendo cualquiera de los poderes del Estado actuar en contravención a dichos derechos. Conviene aclarar, que la Constitución establece el contenido mínimo de los derechos, quedando a manos del legislador desarrollar y complementar la legislación, permitiendo que ésta sea más dinámica y se pueda hacer cargo de las relaciones de consumo, en vez de, quedar “fossilizada” en la Constitución²⁵⁸.

Asimismo, al ser considerados como derechos fundamentales, inevitablemente proporcionarán un marco de referencia obligatorio a las actuaciones de los poderes públicos.

En efecto, la Constitución, en cuanto norma fundamental, y de acuerdo al principio de supremacía constitucional, funciona como guía para los órganos del Estado, sobre todo en la definición de sus políticas públicas. Así pues, a partir del momento en que se consideren los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, las políticas públicas estatales necesariamente deberán ir orientadas en el sentido de promover y proteger los derechos de los consumidores, como asimismo fomentar la asociación entre consumidores, en tanto éstos, como la parte débil de la relación de consumo, son especialmente

²⁵⁸ Como indica el profesor AVILÉS en el citado informe de la Comisión de Economía del Senado.

vulnerables si no están asociados, ya que los costos y trabas para poder ejercer sus derechos son mayores a los beneficios que obtendrían.

De este modo, debería observarse una tendencia a establecer lineamientos transversales que todos los estatutos legales estarían obligados a respetar, obteniendo como resultado que todas las leyes especiales que regulan determinados sectores de servicios, por ejemplo la actividad bancaria (Ley de Bancos e Instituciones Financieras), las compañías de seguros (Ley de Seguros), la industria de las telecomunicaciones (Ley de Telecomunicaciones) o los servicios básicos (Leyes electrónicas, de aguas, de gas y sanitarias); se adecuen de manera tal que no sean contradictorias a los derechos fundamentales de los consumidores. Como resultado, se generarían incentivos -que hoy en día no existen- para que las instituciones reguladoras y fiscalizadoras sectoriales tales como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), Superintendencia de Electricidad y Combustible (SEC), Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), Secretarías Ministeriales de Salud, Economía, Obras Públicas, entre otras, pueda actuar en forma coordinada y conjunta, evitando los conflictos o exclusiones de competencia.

Por lo tanto, si se consideraran los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, se entregaría una pauta clara y precisa, tanto al

legislador como a los organismos reguladores sectoriales, en cuanto al cómo deberán actuar y cuáles son los límites que deberán respetar.

Nuestra sugerencia para el establecimiento de un mecanismo de largo plazo y cuyo valor permita generar una actividad coordinada en los distintos ámbitos de protección al consumidor -especialmente en lo relativo a la seguridad de los productos y la regulación de los contratos de adhesión- es la creación de una mesa técnica o comité, integrado por el SERNAC, representantes de los organismos sectoriales (especialmente SBIF y SEC), proveedores, asociaciones de consumidores y el o los Ministerios competentes, que permita coordinar las políticas de intervención, fiscalización, sanción y otras facultades aplicables frente a determinadas contingencias, evitando la infracción al principio del *“non bis in ídem”* (esto es, sancionar por un mismo hecho en forma reiterada al infractor) y solucionado los vacíos legales que puedan existir (por ejemplo, respecto a la fiscalización de los contratos de prestaciones de salud, que SERNAC no puede conocer, y la Superintendencia de Salud avala).

En efecto, se reconoce como un problema la condición que *“otros organismos estatales encargados de la fiscalización de sectores específicos establecen que existen áreas grises en las cuales las interpretaciones del SERNAC pueden ser contradictorias con los objetivos de la agencia sectorial (...) Asimismo, manifiestan que las acciones del SERNAC podrían implicar daños patrimoniales*

a las empresas del respectivo sector, que son mayores que los beneficios de dichas acciones. En este aspecto se produciría una contradicción entre el objetivo del SERNAC y la misión de fomento (inversión y crecimiento) sectorial que debe asumir la agencia fiscalizadora. (...) En términos más generales, no se percibe en el país un acuerdo respecto a la importancia práctica que debe tener la política de protección a los consumidores. Una cierta contradicción entre las necesidades de fomento (inversión y crecimientos sectoriales) y las actividades de protección a los consumidores se hace manifiesta en la percepción de los agentes²⁵⁹”. Lo anteriormente expuesto, se evitaría de forma clara con el reconocimiento de los derechos de los consumidores como derechos fundamentales y la organización de mecanismos público-privados de coordinación.

2. Solución a los problemas de jerarquía de normas

En la actualidad, y dado el carácter legal de las normas de protección al consumidor, se produce un problema de aplicación de las normas (un conflicto de colisión de leyes) que no ha logrado ser solucionado por las autoridades competentes.

²⁵⁹ FUENTES H., Fernando y SAAVEDRA P., Eduardo, *Análisis de Tres Elementos de la Ejecución de la Política de Protección al Consumidor, con Énfasis en la Comparación con las Mejores Prácticas de otros Países*, Informe para la División de Mercados del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile (2009), Pág. 61.

En efecto, el SERNAC ha procurado extender el ámbito de aplicación a materias que no son propias de la LPC, tales como el ámbito de los seguros, los contratos bancarios, servicios de telecomunicaciones y, en general, regulación de los servicios básicos que, si bien en otras legislaciones se encuentran en la normas de protección al usuario, no recibe entre nosotros una referencia.

Por lo tanto, si entendemos que el fundamento de considerar a los derechos de los consumidores deviene de su reconocimiento en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -a partir de los mismos principios que protegen a esta categoría esencial de derechos- o relacionados con la protección del consumidor (tales como las Directrices de la ONU, los lineamientos de la OCDE, entre otros) y en aplicación del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política, estos contenidos normativos insinuados en tratados internacionales u otros documentos supranacionales, tendrían un valor equivalente, desde un punto de vista de la jerarquía, a los derechos fundamentales protegidos en ella y, por lo tanto, existe un fundamento legal de su protección constitucional.

Esta consecuencia ya ha sido reconocida en los ordenamientos que contemplan, a nivel constitucional, la protección de los consumidores. De este modo, se ha sostenido que *“El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor (...) en los casos en*

que se presenta colisión de derechos, es importante tener en cuenta que no es la Ley sino la Constitución Nacional la que es fuente principal del derecho consumerista, al punto que la norma del artículo 42 de la Constitución pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, operativos sin necesidad de que se dicte una Ley que los instrumente, sin condicionar su eficacia²⁶⁰”.

Por consiguiente, tendería a solucionarse el problema de la jerarquía de normas, ya que aquellos principios propios del derecho del consumidor y recogidos en los denominados derechos básicos (información oportuna y veraz, necesidad de consentimiento de usuario, libre elección, seguridad en el consumo, entre otros) debería predominar en todas norma especial, porque la Constitución -y las garantías que ella contiene- constituyen la jerarquía más alta del ordenamiento.

3. Unificación de la jurisprudencia respecto de la interpretación de todos los estatutos legales relacionados con la protección del consumidor: principios de especialidad y supletoriedad

La verdad es que los tribunales de justicia, especialmente los superiores (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema), no han logrado uniformar sus

²⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Op. Cit.*, Pág. 44.

criterios conforme a ciertas problemáticas relacionadas con la aplicación de las normas de competencia relacionadas con actividades reguladas por leyes especiales pero que, por su naturaleza, incorporan varios mecanismos propios del derecho del consumidor, tales como los contratos de adhesión, actividad publicitaria y, por sobre todo, la litigación colectiva.

En la práctica, se ha preferido aplicar las reglas de interpretación del Código Civil, más concretamente el principio de especialidad, recogido en los artículos 4 y 13 de dicho cuerpo legal, que disponen lo siguiente:

“Artículo 4.- Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.”

“Artículo 13.- Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

De este modo, ante la presencia de disposiciones contradictorias entre las normas especiales y la LPC, el principio de especialidad permitiría dar primacía (en forma inequívoca) a aquella ley que regula una materia específica, por sobre las otras. Agravando esta situación, la LPC indica en su artículo 2 bis, su carácter supletorio (denominado principio de supletoriedad), que deja a la mencionada legislación en una posición seguidora respecto de otras

legislaciones sectoriales, que puede implicar *“en la práctica la aparición de áreas grises, en que no es evidente cual legislación es la aplicable. Por consiguiente, el principio supletorio pone a la ley del consumidor en una situación desventajada²⁶¹”*.

Esta situación debería revertirse al considerar a los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, toda vez que tendrían una mayor jerarquía, y en consecuencia no podrían verse vulnerados por disposiciones de rango legal, primando una interpretación judicial por encima de las normas sectoriales.

Así pues, la interpretación del ordenamiento legal y reglamentario de protección al consumidor debería efectuarse desde la Constitución, de manera sistemática e integrando los principios constitucionales de protección al consumidor. De la misma manera, dichas leyes especiales debiesen materializar los principios constitucionales de protección del consumidor e interpretarse en ese sentido.

4. Uso de acciones de tutela especiales: eventual rendimiento del recurso de protección, amparo económico y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

²⁶¹ FUENTES H., Fernando y SAAVEDRA P., Eduardo, *Op. Cit.*, Pág. 50.

Uno de los grandes problemas que hemos detectado en la legislación de protección al consumidor, es la falta de efectividad de los mecanismos judiciales para la solución efectiva -desde un punto de vista del incentivo positivo a los proveedores- de los conflictos con relevancia jurídica. En general, la litigación en materia de infracción a las normas de protección al consumidor tiende a considerar bajas cuantías, ausencia de letrados y un profundo desconocimiento del contenido jurídico de la LPC, con excepción de contados procedimientos colectivos iniciados por la autoridad o Asociaciones de Consumidores.

En este sentido, resulta relevante considerar otra de las potenciales consecuencias que tendría el hecho de considerar a los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, que corresponde a la posibilidad de recurrir a ciertas acciones constitucionales, con el objeto de tutelar dichos derechos de forma urgente y efectiva.

4.1. Recurso de protección

Ahora bien, ¿cómo se podría accionar (recurrir) de protección, si el mencionado artículo 20 ampara solamente ciertas garantías constitucionales, consagradas en determinados numerales del artículo 19 de la CPR? ¿No es el artículo 20 de la CPR una norma de derecho estricto y, por tanto, no admitiría interpretaciones que extiendan su ámbito de aplicación? ¿No deberían estar los derechos de los

consumidores consagrados expresamente en el texto constitucional para que sean objeto de protección mediante la acción constitucional de protección?

En opinión del profesor MATURANA MIQUEL -y la mayoría de la doctrina nacional- el recurso de protección solamente puede utilizarse para la protección de los derechos y garantías que expresamente se señalan en el artículo 20 de la Constitución. La misma conclusión puede desprenderse del tenor literal de dicha disposición, que indica:

“Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Entonces, ¿Sería correcto señalar que una consecuencia de considerar a los derechos de los consumidores como derechos fundamentales implícitos es,

precisamente, que éstos quedarían amparados por la acción (recurso) de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República?

En nuestra opinión, esto es efectivamente correcto. En primer lugar, porque los derechos de los consumidores como derechos fundamentales no derivan de un reconocimiento y consagración expresa por parte del constituyente, sino a partir de las garantías económicas y sociales que la Constitución Política de la República tutela, especialmente de los principios, garantías y libertades a favor de las personas que constituyen el denominado orden público económico constitucional.

Así pues, se ha sostenido que no deber haber duda sobre la existencia de un reconocimiento implícito de los derechos de los consumidores en las diversas normas constitucionales y, por consiguiente, los derechos de los consumidores podrían ser objeto de la acción (recurso) de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Bajo esta misma consideración, y a partir del reconocimiento de las nuevas garantías económicas y sociales que constituyen el conjunto denominado del Orden Público Económico, el profesor SANDOVAL LÓPEZ reflexiona relacionado los principios de protección al consumidor con las garantías fundamentales, indicado que “(...) *La elección libre de un bien o de un servicio,*

que constituye uno de los derechos 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 de 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 artículo 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 (...) Los distintos operadores de la actividad económica, esto es, las empresas proveedoras y los sujetos consumidores, deben ofrecer y adquirir los productos ateniéndose a las normas que regulan esta actividad, entre ellas la Ley N°19.946, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. De manera que las relaciones entre proveedores y consumidores en la actividad económica quedan, por mandato constitucional, sometidas a la ley especial que las regula²⁶²”.

Por otro lado, respecto a la no discriminación y su relación con la igualdad, como derecho del consumidor, reconoce que “*De conformidad con el artículo 19 N°22, la Constitución Política asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia*

²⁶² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 22.

económica. Este es el principio de la no discriminación arbitraria, que no es sino una derivación, en el orden económico, de otro principio más amplio, el de la igualdad jurídica, que se encuentra asimismo consagrado en el artículo 19 N°2 del texto constitucional, en virtud del cual se garantiza: La igualdad ante la ley; agregando en su inciso 2° que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (...) El derecho de los consumidores de no ser discriminados arbitrariamente por los proveedores, contenido en el art. 3° letra c) de la Ley N°19.496, encuentra su fundamento constitucional en el principio más amplio de no discriminación arbitraria en la actividad económica, consagrado en el artículo 19 N°22 de la Constitución Política de la República²⁶³”.

Siguiendo en esta lógica, y considerando que la desigualdad entre las partes resulta una de las principales problemáticas no resueltas de las relaciones de consumo, aun a pesar de las extensas obligaciones de información impuestas por la LPC, se determinó que *“El derecho del consumidor a una información veraz y oportuna sobre todos los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, contenido en el art. 3 letra b), de la Ley N°19.496, tiene asimismo su base constitucional en el artículo 19 N°12, de nuestra Carta Fundamental, que consagra la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, que la*

²⁶³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 23.

doctrina de los constitucionalistas ha entendido integrado por el derecho de todo ciudadano de ser informado en forma veraz y oportuna²⁶⁴”.

Lo anterior refuerza nuestro planteamiento y permite concluir, como lo expone el profesor SANDOVAL, que “(...) *la normativa constitucional chilena cautela tres grandes intereses relacionados con el derecho del consumidor: el individuo, que como persona humana tiene derecho a la libertad de consumo y la seguridad en el consumo, quedando facultado el Estado para dictar las leyes económicas que garanticen el ejercicio de esa libertad e integridad; el derecho a la propiedad privada, en su concepto más amplio, por lo que se garantizan las libertades de comercio, de industria, de contratación, de empresa, siempre y cuando no sean contrarias a la moral, al orden público ni a la seguridad nacional; el bien común, porque el régimen económico constitucional es un sistema de economía de mercado en el cual el Estado tiene un rol subsidiario, cuya meta es lograr el bien común²⁶⁵”.*

En consecuencia, los derechos de los consumidores resultan protegidos sin perjuicio de su recepción constitucional, siendo considerados como derechos fundamentales y formando parte del denominado Orden Público Económico constitucional. Sin embargo, estimamos que requieren una consagración expresa en la Constitución para poder ser de manera tal que podrían ser objeto

²⁶⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 23.

²⁶⁵ , *Ibíd.* Pág. 24.

de la acción (recurso) de protección del artículo 20 de la Constitución. De este modo, cualquier persona que se vea privada, perturbada o amenazada en el legítimo ejercicio de alguno de sus derechos como consumidor, puede eventualmente interponer un recurso de protección fundando dicho recurso en, entre otros, los numerales 2, 9, 12, 15, 21, 22, o 23, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que, como vimos, consagran garantías equivalentes a los derechos básicos del consumidor.

Lo relevante, es que la acción de protección²⁶⁶, según su naturaleza de acción cautelar autónoma que origina un procedimiento de urgencia, vale decir, mediante esta acción se persigue la adopción de las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho del particular, pero siempre dejando a salvo los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o tribunal correspondiente. Por tanto, solamente produce cosa juzgada formal, dejando a salvo las acciones que pudieran ejercerse con posterioridad en otros procedimientos. Asimismo, es una acción informal, en el sentido que puede ser interpuesta por el afectado o cualquiera a su nombre que sea capaz de parecer en juicio, sin revestir formalidades especiales.

²⁶⁶ A mayor abundamiento, se define al recurso de protección como “acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o de los tribunales correspondientes”. Véase en MATURANA MIQUEL, *Los recursos*, Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2014).

Por lo anteriormente expuesto, resulta ser un mecanismo mucho más sencillo, que implica menores costos de transacción y es mucho más rápido que iniciar un procedimiento ante juzgados civiles o de policía local, lográndose protección rápida y eficaz frente a cualquier vulneración de los derechos constitucionales para los cuales está considerado. Además, el hecho de que pueda interponerse por cualquier persona capaz de parecer en juicio permitiría que, por ejemplo, el SERNAC pudiera accionar de protección cuando estime que se priven, perturben o amenacen derechos de consumidores, mediante acciones u omisiones ilegales o arbitrarias por parte de las autoridades u otras personas.

Asimismo, resulta innegable que un Ministro de Corte de Apelaciones –tribunal competente para conocer la acción de protección- cuenta con mayor capacitación y experiencia para resolver conflictos jurídicos complejos que un Juez de Policía Local, lo que derivará en un beneficio para los consumidores recurrentes, ya que la mayoría de los casos los proveedores cuentan con buena asesoría jurídica, con lo que obtienen, ante los Juzgados de Policía Local, fácilmente sentencias favorables.

Otra ventaja para el consumidor de poder interponer una acción de protección para proteger sus derechos, es que las Cortes de Apelaciones podrán conceder órdenes de no innovar.

Ahora bien, existen posturas que no aconsejan que la acción de protección pueda utilizarse para proteger los derechos de los consumidores. Primero, porque el legislador excluyó, a propósito del recurso de protección, los derechos que importan aspiraciones sociales y aquellos cuya atención están condicionadas a la capacidad económica del Estado en un momento determinado. Argumentan, también que se abriría una situación compleja entre el recurso de protección y los tribunales competentes en materia de derecho de los consumidores, porque existirían dos tipos de jurisdicciones que podrían conocer las cuestiones relativas a los derechos del consumidor²⁶⁷.

Entre nosotros, reconocemos que este recurso tiene como objeto restablecer el imperio del derecho, pero no evita que eventualmente se cometan nuevas u otras vulneraciones a los derechos de los consumidores, al no producir cosa juzgada material. Asimismo, no actúa como un elemento disuasivo, quedando los consumidores expuestos a eventuales nuevas vulneraciones de sus derechos. Sin embargo, sus conveniencias parecen ser motivo suficiente para evaluar en términos positivos su aplicación.

²⁶⁷ Por ejemplo, el profesor GASÓN GÓMEZ señala que *“la protección de los derechos del consumidor y, en general, la institucionalidad que brota de la legislación, no necesariamente debe estar toda consagrada constitucionalmente”*. De la misma forma, indica que *“Ello abre una situación compleja entre el recurso de protección y los tribunales competentes en materia de derecho de los consumidores. Es así porque existirían dos tipos de jurisdicciones que podrían conocer las cuestiones relativas a los derechos del consumidor”*. Lo anterior, introduce una cierta inestabilidad y discusión sobre el particular que le parece nociva. En la actualidad, el sistema de protección y de garantía que ofrece la ley del consumidor parece ser más fuerte y menos complejo que atribuirlo al recurso de protección. Véase en informe citado de Comisión de Economía del Senado.

Como ejemplo de la conclusión anterior -pertinencia del uso del recurso de protección para proteger los derechos de los consumidores- podemos citar la problemática de los aumentos unilaterales de los planes de salud, por parte de las ISAPRES, que ha sido contrarrestado por los afiliados con una masiva interposición de recursos de protección, que, aun logrando un relativo éxito, han terminado por colapsar el sistema de las Cortes de Apelaciones a nivel nacional (sobre todo en la Región Metropolitana). En resumen, a partir de la reforma a la salud realizada entre los años 2003 y 2005²⁶⁸, y especialmente con la incorporación obligatoria de determinadas prestaciones de salud a los planes, los prestadores de fondos privados (ISAPRES) comenzaron a aumentar, de forma unilateral, los precios de los planes de salud. El problema se consolidó mediante su judicialización a contar del año 2007, lo que gatilló el refinamiento de una “industria jurídica” de recursos de protección y un criterio consolidado de los tribunales superiores contra las ISAPRES, ordenando suspender el alza que sea injustificada.

En general, la acción constitucional se justificó a partir de la supuesta vulneración del artículo 19 N°9, referido a la protección de la salud como

²⁶⁸ El proyecto de reforma a la salud, impulsado por el Gobierno de don Ricardo Lagos Escobar, se compuso por: (i) Ley N°19.888 de 2003, Ley de Financiamiento, que consideró alzas del IVA y de impuestos específicos para financiar el Plan de Salud con Garantías Explícitas (AUGE-GES), y el Programa Chile Solidario; (ii) Ley N°19.895 de 2003, Ley “Corta” de ISAPRES, sobre insolvencia de los prestadores; (iii) Ley N°19.937 de 2004, Ley de Autoridad Sanitaria y gestión, para fortalecer al Ministerio de Salud; (iv) Ley N°19.966 de 2004, Ley del AUGE, que estableció un plan obligatorio para FONASA e ISAPRES; (v) Ley N°20.015 de 2005, Ley “Larga” de ISAPRES; (vi) entre otras. Para mayor abundamiento, ver en Informe de Evaluación de la Reforma de Salud y Situación del Sistema de Isapres, Superintendencia de Salud (2007).

garantía fundamental y al N°24, que protegería la libertad contractual y al denominado principio de “cosificación de los derechos subjetivos”. El argumento más fuerte para el acogimiento de las acciones resultó ser el derecho constitucional a no ser perturbado de la propiedad sobre derechos personales emanados del contrato e salud, que ha ido modificado por causas que no serían lícitas, alejadas del criterio del “*Pacta Sunt Servanda*” (reconocido en el artículo 1545 del Código Civil) que impide modificar un contrato sin consentimiento de (ambas) partes²⁶⁹.

Sin embargo, el panorama cambió radicalmente durante el año 2013, cuando las ISAPRES cambiaron su estrategia y sustentaron la modificación unilateral en el cambio necesario de las condiciones a propósito de la entrada en vigencia de nuevas coberturas de las Garantías Explícitas en Salud (GES), aplicables los usuarios del sistema público y privado. En efecto, la Corte Suprema revocó la unanimidad de los fallos de Cortes de Apelaciones que suspendía el alza, razonando que “*el aumento de la cobertura GES no obedece a un acuerdo*

²⁶⁹ En general, la Corte consideró que “(...) *al no estar suficientemente explicada la mayor suma que se cobra a la recurrente, sólo cabe concluir que la utilización de la facultad que confiere el artículo 206 del DFL N° 1 de Salud, de 2005, carece de una justificación razonable y, en esa medida, no aparece revestida de legitimidad (...) Dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho de propiedad de la recurrente, protegido por el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de ésta (...)*”, Corte de Apelaciones de Rancagua, Ingreso N°1240-2012-Civil-Protección, 03 de julio de 2012.

*contractual sino a una imposición legal, no requiere el consentimiento ni la anuencia del afiliado (...)*²⁷⁰”.

Esta interpretación se sustenta en normas de carácter inferior a la Ley (Circular IF/N°185 de 15 de abril de 2013 y Circular IF/N°190 de 27 de mayo de 2013) y no hace referencia a problemáticas tales como el principio de legalidad que debe reinar en toda modificación contractual debe respetar y, por consiguiente, los cambios en las obligaciones privadas no resultan *per se* ilícito, pero exige el cumplimiento de estándares mínimos de información y consentimiento.

Por otro lado, si bien el recurso de protección frenó durante años los aumentos de planes, no solucionó el problema de fondo: las ISAPRES cuentan con mecanismos jurídicos especiales, abiertamente contradictorios a los principios del derecho común, avalados por la Superintendencia de Salud, de rango inferior al legal, que le permiten cambiar en forma unilateral un contrato obligatorio de salud. Nuestra postura, implica una evaluación de esta situación desde una perspectiva diferente, toda vez que consideramos esta facultad de modificar los contratos sin mecanismos de obtención del consentimiento como una cláusula abusiva, en el marco de un contrato de adhesión que, aun cuando sea obligatorio y cuyo contenido esté determinado por la Ley (contrato obligatorio heterónomo), debería cumplir las normas de la LPC. En efecto, la sociedad civil se percató de esta

²⁷⁰ Corte Suprema, Rol N°15807-2013, 09 de enero de 2014.

situación y, durante el año 2014, la Asociación de Consumidores más grande del país (Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios, CONADECUS), interpuso una demanda colectiva contra las ISAPRES Colmena, Cruz Blanca, Consalud, Banmédica y Vida Tres²⁷¹, con el objeto de solucionar definitivamente esta situación. Actualmente, las demandas se encuentran en fase de admisibilidad, por el cual la Corte de Apelaciones determinará si procede, en este ámbito de competencia, aplicar las normas de protección al consumidor. Con todo, conviene preguntarnos ¿Si nuestra Constitución contemplara a los derechos de los consumidores, tendría mayor sentido recurrir de protección para resolver esta clase de problemas? Creemos que el recurso podría resultar más eficiente que una litigación colectiva, logrando atacar las contingencias contractuales que pudieran afectar los derechos de los consumidores. Sin embargo, la acción constitucional no permitiría lograr compensaciones o devoluciones, que en el ámbito de las acciones puede, al menos, abarcar los daños materiales.

4.2. Amparo económico

Sin perjuicio que la acción especial de amparo económico no es una acción constitucional, nuestra postura es que los derechos de los consumidores como

²⁷¹ Véase en (i) CONADECUS con Colmena, 2º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-11.678-2014; (ii) CONADECUS con Consalud, 7º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-11.677-2014; (iii) CONADECUS con Cruz Blanca, 1º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-11.669-2014; (iv) CONADECUS con Banmédica, 24º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-11.635-2014; (v) CONADECUS con Vida Tres, 25º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-11.665-2014.

derechos fundamentales que derivan de las garantías económicas y sociales que, están inspirados por los principios, garantías y libertades a favor de las personas que constituyen el Orden Público Económico constitucional. Corolario de lo anterior, es que podrían ser objeto de tutela mediante el recurso especial de amparo económico, regulado en la Ley N°18.971.

Esta acción legal especial busca denunciar las infracciones al artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República y, al igual que la acción de protección el actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados, razón por la cual el SERNAC o cualquier Asociación de Consumidores, podría interponerlo.

4.3. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Se consagra en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, y luego de la reforma constitucional del año 2005, se constituye en una acción constitucional que deber promoverse por la parte interesada o el juez de la causa. Se interpone ante el Tribunal Constitucional, y procede cuando exista un precepto legal cuya aplicación sea contraria a la Constitución.

Esta acción constitucional es un medio a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley, por el Tribunal Constitucional.

Como dijimos, este es un medio por el cual se ejerce un control concreto de constitucionalidad, ya que tiene por objetivo que no se apliquen disposiciones legales en gestiones seguidas ante tribunales ordinarios o especiales, cuando la aplicación de dichas disposiciones resulte contraria a la Constitución Política de la República, teniendo influencia decisiva en la resolución del asunto. Por tanto, el Tribunal Constitucional deberá determinar constitucionalidad de la norma en relación al mérito del proceso, y no en sí misma.

Así las cosas, al consagrar los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, podría atacarse la aplicación de ciertos preceptos legales en casos determinados mediante esta acción constitucional, declarándose –en caso de obtenerse una sentencia estimatoria- la inaplicabilidad del precepto legal para dicho caso concreto, por lo que sus efectos se limitan solamente a las partes involucradas en dicha gestión judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, la declaración de inaplicabilidad de la norma al caso concreto deja abierta la posibilidad a que posteriormente se declare la inconstitucionalidad del precepto legal, con efectos absolutos, mediante la

acción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República.

5. Consecuencias económicas

Tal como señala el profesor TEPPER, en su intervención en la sesión de fecha 29 de Septiembre de 2014 en la Comisión de Economía del Senado y a propósito de la discusión del Proyecto de Reforma Constitucional Boletín N° 7563-07 para proteger constitucionalmente al consumidor, la protección del consumidor soluciona ciertas asimetrías de información existentes en el mercado, en el cual el proveedor siempre tendrá más información sobre el producto y sobre el precio que el consumidor y *“Esta situación no ha sido solucionada a través de la normativa legal de protección a los usuarios y genera importante consecuencias económicas para el mercado nacional, dependiente, en gran parte, de la importancia de productos de consumo²⁷²”*.

Dicho argumento, justifica, en nuestra opinión la protección constitucional de los derechos de los consumidores, a objeto de equilibrar esta relación asimétrica existente entre proveedores y consumidores. Asimismo, la consagración de los derechos de los consumidores como derechos fundamentales generaría un

²⁷² Informe de la comisión de economía recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre protección de los derechos de los consumidores, Boletín N°7.563-07, 07 de octubre de 2014, Pág. 23.

beneficio social, por cuanto la protección del consumidor cumple un rol clave dentro de la distribución final de la riqueza dentro de la sociedad, ya que intenta evitar el intercambio injusto, en el sentido que el precio no sea más alto del que debe ser o que el producto entregado no sea el que corresponde, lo que se condice con el deber de Estado en generar igualdad de acceso a los bienes y servicios y como facilitador del bienestar general.

CONCLUSIONES

1. A pesar de lo reciente de nuestra legislación en materia de protección al consumidor (año 1997, con reformas sustanciales en 2004 y 2012), Chile se encuentra rezagado en cuanto a:
 - a. La recepción constitucional de los derechos del consumidor (sólo Chile y Uruguay en el ámbito latinoamericano no han incluido a los consumidores en sus textos fundamentales).
 - b. La extensión e importancia práctica del catálogo legal de derechos que poseen los usuarios.
 - c. Las facultades legales y/o constitucionales del órgano estatal de protección del consumidor en materia sancionatoria.
 - d. Adopción e integración a sistemas supranacionales de protección al consumidor, en materias de comercio internacional, protección financiera, arbitrajes, entre otros.

2. A nivel internacional, ha sido una tendencia la consagración constitucional de determinados derechos del consumidor, de modo que al menos 48 países poseen normas expresas en sus textos fundamentales que aluden directa o indirectamente al consumidor, destacando, entre otras, las siguientes garantías:

- a. Derecho a la seguridad (protección de salud e integridad física).
- b. Derecho a la información.
- c. Derecho a asociarse (Asociaciones de Consumidores).
- d. Derecho a un procedimiento eficaz, rápido y económico (derecho a la reparación).

3. Con todo, existen poderosos motivos por los cuales, aún sin una recepción expresa del consumidor en nuestra Constitución, podemos afirmar que los usuarios no se encuentran desprotegidos en sus derechos a nivel constitucional. Entre estos fundamentos, destacan los siguientes:

- a. Los derechos básicos del consumidor son una especie de derechos humanos o fundamentales, ya que buscan entregar prerrogativas básicas a un sujeto en su calidad de consumidor, las que serán inalienables, irrenunciables y asociadas a su calidad de ser humano.
- b. Los derechos humanos o fundamentales reciben protección jurídica, nacional o internacional, aún si no están recogidos en el texto positivo, toda vez que constituyen garantías mínimas y universales que no pueden ser desconocidas por los sujetos o el Estado, y que pertenecen a cada sujeto, sin importar su condición, procurando cuidar la dignidad humana. Un ejemplo categórico de esta situación, es la protección del derecho a la propia imagen,

que ha sido catalogado por el mismo Tribunal Constitucional, como un derecho constitucional implícito.

- c. Desde un punto de vista filosófico, los derechos humanos o fundamentales protegen la dignidad humana, de igual modo que, en el contexto del mercado moderno, los derechos básicos del consumidor le entregan un mínimo de dignidad al usuario en el desenvolvimiento del sujeto dentro del mercado, para efectos de adquirir bienes de carácter alimenticios, para vestimenta, educación, salud, transporte, entre otros, que le permiten sobrevivir. Esta lógica está representada por el inciso segundo del artículo 5 de nuestra Constitución Política, que indica *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, es decir, el fundamento final que determina la actuación del Estado (y de los sujetos en general) debe ser el respeto de los derechos esenciales que corresponden al ser humano, como se posiciona el derecho del consumidor, que permite a los seres humanos sobrevivir y desarrollarse en el contexto del mundo moderno.
- d. Desde un punto de vista legal, existen normas constitucionales e internacionales específicas que permiten inferir la protección implícita de determinados derechos. Así por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución de Bolivia (2009) que

protege expresamente a los consumidores, se reconocía una protección implícita de los mismos a través de la siguiente norma constitucional: **“Artículo 35.-** *Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*²⁷³”, de igual modo que otras naciones²⁷⁴.

- e. Además, existen normas de carácter internacional que obligan a los Estados a no excluir derechos que sean inherentes al ser humano. De este modo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prohíbe “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno²⁷⁵”, tratado que ha sido adoptado y ratificado por Chile (1990), por lo que, en razón del artículo 5 inciso segundo de la Constitución²⁷⁶, es deber de estado garantizar estos derechos implícitos.

²⁷³ Constitución de Bolivia (1964).

²⁷⁴ Así por ejemplo, la Constitución Argentina en su artículo 33 que dispone *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (...)”*. Del mismo modo, la Constitución Federal de Brasil indica en su artículo 5 *“Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados (...)”*.

²⁷⁵ Artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969).

²⁷⁶ **“Artículo 5.-** (...) *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

- f. Por consiguiente, en el entendido que los derechos de los consumidores pueden constituir lo que se ha denominado como derecho fundamental implícito, resulta relevante determinar si esta protección es autónoma o independiente (derecho del consumidor constitucional como prerrogativa independiente del contenido ya existente en el texto fundamental) o si se debe considerar como un derecho derivado de las garantías que la Constitución ya consagra y que, ciertamente, reciben aplicación en todos y cada uno de los aspectos propios de la relación de consumo.
- g. Según razones eminentemente prácticas, hemos optado por considerar que los derechos del consumidor pueden recibir protección implícita siendo considerandos como parte de los derechos enumerados, que son el reflejo de garantías inherentes al ser humano, ya enumeradas por la Constitución.

4. Bajo esta última premisa (que hemos llamado “implicitud derivada”), resulta relativamente fácil encontrar la afinidad de los derechos básicos del consumidor dentro de las garantías ya consagradas a nivel constitucional, atendiendo, para estos efectos, al bien jurídico protegido en cada caso y la extensión del ámbito de su protección. De este modo, hemos reconocido cada derecho del consumidor, a través del siguiente razonamiento, a saber:

- a. El derecho a la vida, específicamente a la integridad física y psíquica de la persona, se identifica con el principio de seguridad en el consumo, de modo que la inocuidad de los bienes y servicios se representa como una manifestación específica del derecho a no ser dañado física o moralmente. En caso que una persona, en su calidad de consumidor, resulte dañada por un producto dañino o servicio prestado en forma negligente, surge una consecuencia lógica del principio de responsabilidad, es decir, nace la necesidad de indemnizar dicho detrimento en su aspecto patrimonial y extrapatrimonial (daño moral).
- b. Por otro lado, el valor de la libertad recibe su aplicación en el ámbito del consumo al favorecer el derecho a la libre elección de los bienes y servicios, así como, una vez contratados, permite la posibilidad de terminar, en forma razonable y legal, los vínculos contractuales (derecho a retracto), permitiendo al consumidor desistir en relaciones que resulten abusivas o perjudiciales en su contra, alterando las reglas clásicas de la obligatoriedad del contrato y dando cabida a una especie de revisión contractual en favor del consumidor.
- c. El derecho a la información -y en general el sistema de deberes de información del proveedor dentro de LPC- tiene por objeto restablecer una asimetría esencial en toda relación de consumo:

la desigualdad que existe entre el proveedor, que concentra el poder económico, jurídico y de información (respecto a los bienes y servicios que ofrece al mercado), frente a un consumidor que suele adquirir bienes de poca monta, sin suficiente información, asesoría, ni disponibilidad de tiempo para conocer en profundidad las características necesarias sobre el uso del bien o goce del servicio. Por consiguiente, los mecanismos de redistribución de la información buscan restablecer la equivalencia del derecho a la igualdad ante la ley, que por las circunstancias naturales del mercado ha sido destruida.

- d. De este mismo modo, el derecho a la no discriminación o, dicho de otro modo, la prerrogativa de la igualdad en el trato y la prohibición de dar un trato privilegiado a determinados grupos, obliga a todas las personas y agentes del mercado (proveedores, consumidores, Estado) a promover las condiciones de igualdad en el acceso a la posibilidad de adquirir bienes y contratar servicios, para la realización económico-social del individuo.
- e. Asimismo, el respeto de la propiedad no sólo contempla lo obvio (protección del patrimonio e intereses económicos del consumidor), sino que, además, impide perturbaciones de la propiedad del usuario y otras alteraciones o amenazas a su patrimonio. Por esto ante daños efectivos, debe surgir una

consecuencia lógica de reparación e indemnización, mediante mecanismos asegurados por el Estado. En este mismo ámbito, y considerando la naturaleza de Orden Público Económico del Derecho del Consumidor, es que la Constitución asegura las reglas del marco estructural del mercado moderno, basado en un sistema de protección de la propiedad y el aseguramiento de la libertad para la actividad económica. Este conjunto de normas, que ha sido denominado como la “Constitución Económica”, devino en un modelo de libre mercado cuyas fallas han ido en detrimento constante del consumidor y que requiere intervenciones agresivas para encontrar el rumbo.

- f. También resulta evidente la relación del derecho de asociación o reunión en el ámbito del Derecho del Consumidor, de modo que, desde la industrialización, el grupo social aludido ha ido ganando un espacio relevante en la sociedad, especialmente a través de agrupaciones llamada “Asociaciones o Uniones de Consumidores”, reguladas por la LPC y que respetan el principio de subsidiaridad reconocido y promovido por nuestra Constitución. En otras naciones, estos grupos civiles organizados han llegado a influenciar de forma determinante ciertos mercados, según análisis de calidad, alertas de seguridad u otras actividades de regulación de los bienes y servicios.

g. El derecho a educación, consagrado a nivel constitucional, debe contemplar una formación integral del ser humano y, en el contexto de mercado moderno, resulta imprescindible incorporar un desarrollo de las nociones básicas del sistema económico así como de los productos y servicios financieros más comunes. Asimismo, es fundamental incorporar una lógica de protección de los consumidores a los modelos educativos de educación básica, media y superior, que les permita a los ciudadanos conocer los derechos básicos que les asisten, en su calidad de consumidores, carga que le corresponde, esencialmente, al Estado.

5. En cuanto a las consecuencias que pueda generar nuestro planteamiento dentro del ordenamiento jurídico, podemos destacar las siguientes, que resultan la más relevantes, a saber::

a. Se puede prever una adecuación en la interpretación judicial y convencional de las normas generales y especiales a los principios de protección al consumidor, de modo que los actuales conflictos de competencia, se resolverían según el principio de supremacía constitucional de las normas, obligando a toda legislación a respetar los lugares comunes que afecten a los usuarios. Del mismo modo, no debería perdurar ningún conflicto de jerarquía entre las normas de protección al consumidor y las

normas especiales, primando el principio tiene su fundamento en la dignidad humana como máximo valor moral y jurídico.

- b. Asimismo, se debería uniformar la actuación de la administración del Estado, conforme su deber primario en el fundamento de la protección al consumidor. En general, el Gobierno es (y debe ser) el primer responsable de definir, aplicar y sancionar las normas de protección de los consumidores, como ha sido definido en los textos constitucionales que reconocen al usuario como sujeto especial²⁷⁷.
- c. Se abriría la posibilidad de uso de ciertas acciones constitucionales tales como el recurso de protección y la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que pueden entregar herramientas masivas, de bajo costo, rápidas y urgentes contra actos, normas u hechos que puedan afectar el ejercicio de los derechos consumidor. Asimismo, no se descarta la facultad de accionar mediante el amparo económico, acción legal que protege un derecho fundamental de carácter económico, contenido en el artículo 19 N°21 de la CPR.
- d. Podría permitir la unificación (o al menos estandarización) de la jurisprudencia en determinadas materias comunes, incluso

²⁷⁷ Así por ejemplo, destaca el caso brasileño en que la norma fundamental prescribe en su artículo 5 N°32 que *“el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor”*. Del mismo modo, indica en su artículo 170 N°5, como principio de Orden Público del Estado a *“La defensa del consumidor”*.

reguladas por normas especiales, al principio superior de protección al consumidor, mejorando la protección efectiva para los consumidores y mejorando los criterios de la autoridad pública.

- e. Por último, en un análisis a largo plazo, la recepción constitucional de los consumidores podría contribuir a la efectividad de las normas legales de protección al usuario, logrando equilibrar esta relación asimétrica existente entre proveedores y consumidores (sin trabar la fluidez de la economía), mejorando la distribución de la riqueza y, finalmente, permitiendo el acceso de las personas a mejores condiciones sociales y económicas, fomentando el completo bienestar.

6. Por otro lado, considerando nuestra realidad legislativa y la problemática expuesta a lo largo de presente trabajo, podemos entregar ciertas propuestas con el objeto de mejorar la efectividad de la protección al consumidor, sobre todo si, como hemos indicado, existe un proyecto de Ley que pretende proteger al usuario en nuestra Constitución.

En efecto, si nuestro legislador va a optar por incorporar determinados derechos del consumidor a la carta fundamental, es necesario definir si dichas garantías podrán ser protegidos mediante el recurso de protección u otras acciones constitucionales. En nuestra opinión, el actual proyecto resulta

insuficiente para mejorar notablemente la protección de los consumidores, puesto no sólo consagra un catálogo muy acotado de prerrogativas especiales (atendida la complejidad de las transacciones financieras y considerando una proyección de mecanismos de contratación a distancia) sino que, y lo más grave, parece excluir expresamente el uso de la acción de protección. Esta situación no recibe una justificación jurídica porque, como explicamos en profundidad, existe una relación práctica imposible de desconocer entre los derechos de los consumidores y las garantías básicas del ciudadano protegidas por la Constitución y que, en su mayoría, pueden ser protegidas por la acción de urgencia. Esto permitiría, por ejemplo, accionar frente a un producto peligroso o defectuoso, especialmente aquellos que ingresaron seguros al mercado y, en razón de un riesgo en desarrollo, devienen en potencialmente peligrosos, de modo que un usuario, la autoridad o una Asociación de Consumidores podrían recurrir de protección frente a la efectiva amenaza de los derechos a la vida e integridad física (a propósito de la seguridad en el consumo) generando medidas de urgencia como suspender su venta, retirar su licencia, entre otros. De otro modo, carece de sentido elevar la protección de estas normas (dejándolas sin protección) y la reforma deviene en “letra muerta”

Asimismo, creemos que es un error eliminar del texto propuesto de la reforma, la referencia al denominado “Principio Pro Consumidor”, que podría

permitir a la actividad judicial, administrativa, legislativa y contractual, orientar su interpretación a la protección efectiva del consumidor, sea de un modo supletorio (en caso de no existir otras reglas interpretativas) o directo, como deber positivo de las partes. El argumento sostenido para su eliminación (esto es, que atentaría contra la legalidad de la actividad jurisdiccional) no resulta realmente convincente, porque la reforma propuesta integraría este principio a nivel constitucional, por consiguiente se encontraría en el mismo rango que las normas orgánicas del Poder Judicial. Por otro lado, las normas civiles que contemplan las reglas de interpretación no resultan adecuadas para cubrir las nuevas situaciones que se producen en el marco de la contratación moderna, resultando necesario consagrar expresamente un principio orientador de la redacción contractual y su interpretación, así como suficientemente completo para incorporar dichos principios a la labor judicial, del mismo que inspirar al legislador para el resto la construcción de la normativa, procurando una mayor afinidad de las diversas leyes especiales, que puedan afectar al consumidor.

Por último, resulta pertinente considerar un modelo estatal de protección más intrusivo, desde el punto de vista del ejercicio de acciones judiciales para proteger a los consumidores. Si bien el SERNAC posee ciertas prerrogativas para iniciar acciones colectivas e individuales frente a incumplimiento de la normativa vigente, encontramos dos grandes falencias, a saber: (i) no posee

facultades de investigación y sanción administrativa; y (ii) carece de legitimidad para realizar actividad propia de un órgano defensor de los derechos.

Respecto al primer elemento, nos acotaremos a lo señalado respecto a la reforma propuesta durante el año 2014 para fortalecer al SERNAC que, de ser aprobado en los términos actuales, debería solucionar esas falencias institucionales²⁷⁸.

Respecto a la segunda falencia, destacamos el modelo Sueco (replicado en los demás países nórdicos) que, sin perjuicio del establecimiento de un marco legal para la protección del consumidor (conforme los estándares de la UE), han innovado en la técnica estatal de control mediante la creación de tribunales especiales (Tribunal de Defensa del Consumidor) y el establecimiento de un *Ombudsman* (o defensor de los derechos populares)²⁷⁹, entidad que puede denunciar y sancionar de oficio, investigar posibles infracciones a la norma, generar estudio de calidad de productos, interponer acciones colectivas y, lo determinante, actuar frente a los tribunales especiales de parte del Estado (especie de Fiscalía Nacional

²⁷⁸ Para mayor abundamiento, ver en Boletín N°9369-03 que modifica la Ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

²⁷⁹ Véase en ENDLING, Alex, *La experiencia sueca: El Ombudsman del consumidor*, en Revista *Estudios sobre consumo*, N°2 (1992) y STIGLITZ, Gabriel, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, La Rocca, Buenos Aires, Argentina (1994).

Económica) en representación del interés general de los usuarios²⁸⁰, que ha sido ampliamente discutido en nuestra jurisprudencia en materia de protección del consumidor.

²⁸⁰ CORCHETE MARTÍN, María José, *El defensor del pueblo y la protección de derechos*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, España (2001), Pág. 163.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y otras publicaciones

- CEA E. José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (1998).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos, en Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, Chile (1999).
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*, Lexis Nexis, Santiago, Chile (2003).
- GERSCOVICH, Carlos A., *Derecho Económico, Cambiario y Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina (2006).
- JARA AMIGO, Rony, *Ámbito de Aplicación de la Ley chilena de Protección al Consumidor: Inclusiones y Exclusiones, en Derecho del Consumo y Protección al Consumidor, Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Ediciones Universidad de los Andes, Santiago, Chile (1999).
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina (2003).
- NUNES, Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editorial Saraiva, Sao Paulo, Brasil (2011).
- NUNES, Rizzatto, *Curso se direito do consumidor*, Editorial Saraiva, Sao Paulo, Brasil (2011)
- ORTIZ TORRES, Alfonso David y QUINTERO LEE, Jorge Andrés, *Derecho del consumidor en el marco del tratado de libre comercio con*

Estados Unidos de América, Monografía de Grado, Universidad Colegio Mayor de nuestra señora del Rosario. Bogotá, Colombia (2008).

- RIGHI, Esteban, *Los Delitos Económicos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina (2000).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del Consumidor, Protección del Consumidor en la ley N° 19.496, de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (2004).
- SCHVARTZ, Liliana, *Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, García Alonso, Buenos Aires, Argentina (2005).
- STIGLITZ, Gabriel A., *Derechos y Defensa del Consumidor*, Editoriales La Roca, Buenos Aires, Argentina (1994).

2. Artículos

- ARAOS CHIA, Rodrigo, *La constitucionalización del derecho como un principio general de éste*, en Jornadas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile (2007).
- LOPEZ CAMARGO, Javier, *Derecho del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica*, en revista electrónica e-Mercatoria, Universidad Externado, Bogotá, Colombia, Vol. 2, N°2 (2003).
- LORENZINI BARRIA, Jaime y POLIT CORVALAN, Joaquín, *El régimen de la nulidad y la resolución en el Derecho del Consumidor chileno*, en Estudios de Derecho Civil VII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago, Chile (2012).
- ROCA T., Santiago, *Concepción y descentralización de la protección al consumidor en el Perú: un análisis comparado con México, EE.UU., Brasil y Suecia*, en Revista del CLAD Reforma y Democracia, N°47, Caracas, Venezuela (2010).

3. Publicaciones electrónicas

- BIASCO, Emilio, *Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor*, Ley N°17.250, en www.g:\web\buzon\biasco_7-3-05\derechos del consumidor.ebm.doc.

4. Textos legales internacionales

- *Constitution of the United States of America*.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución de la República Federativa del Brasil.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Española.
- Constitución de la República Portuguesa.
- Ley N°24.240 de Protección y Defensa los Consumidores (Argentina).
- Ley N°8.078, Código de Defensa del Consumidor (Brasil).
- Ley Federal de Protección al Consumidor (México).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (España).

5. Textos legales nacionales

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Civil.
- Código Comercial.
- Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

6. Normativas y tratados de Derecho Internacional

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (1969).
- Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (1985, versión ampliada 1999).
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010).
- Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas (2003).
- Informe sobre la aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, UNCTAD (2013).

ANEXOS

Anexo 1: Listado de países que protegen a los consumidores en sus constituciones²⁸¹

País	Año de promulgación (Año de reforma constitucional)
Andorra	1993
Angola	2010
Argentina	1853 (1983 y 1994)
Armenia	1995 (2005)
Bolivia	2009
Brasil	1988 (2014)
Bulgaria	1991 (2007)
Camboya	1993 (1999)
Cabo Verde	1980 (1992)
Colombia	1991 (2005)
Costa Rica	1949 (2011)
Ecuador	2008
Egipto	2014
España	1978 (2011)
El Salvador	1983 (2003)
Georgia	1995 (2004)
Guatemala	1985 (1993)
Honduras	1982 (2012)
Hungría	2011
Kenia	2010
Kosovo	2008
Filipinas	1987

²⁸¹ Fuente: <https://www.constituteproject.org/search/topics?key=conright>

Lituania	1992 (2006)
México	1917 (2007)
Montenegro	2007
Mozambique	2004 (2007)
Nicaragua	1987 (2005)
Níger	2010
Paraguay	1992 (2011)
Perú	1993 (2009)
Polonia	1997
Portugal	1976 (2005)
República Dominicana	2010
República de Corea	1948 (1987)
República Socialista de Vietnam	1992 (2001)
Serbia	2006
Siria	2012
Sudán del Sur	2011
Suiza	1999 (2002)
Sudan	2005
Surinam	1987 (1992)
Timor del Este	2002
Tailandia	2007
Turquía	1982 (2002)
Ucrania	1996 2004)
Uzbekistán	1992
Venezuela	1999 (2009)
Yemen	1991 (2001)

Anexo 2: Mapa de distribución geográfica de las naciones en donde se da una protección constitucional de los derechos de los consumidores

