

**UC Berkeley**

**Latin American and Caribbean Law and Economics Association  
(ALACDE) Annual Papers**

**Title**

¿ES EL PROCESO DE “CONSTITUCIONALIZACIÓN” (JUDICIALIZACIÓN) DEL DERECHO PRIVADO CONTRARIO AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

**Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/58m7237p>

**Author**

Súmar A., Óscar

**Publication Date**

2010-04-26

¿ES EL PROCESO DE “CONSTITUCIONALIZACIÓN” (JUDICIALIZACIÓN) DEL DERECHO PRIVADO CONTRARIO  
AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

**Óscar Súmar A.**

Profesor de Economía y Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Pacífico

Teléfono: (51 1) 2718283

Dirección: Las Moras 247, Aurora, Miraflores

Correo: sumar\_o@up.edu.pe

**Abstract:**

The purpose of this article is to show that the process of *constitucionalización* of private law could be seen as compatible with Law and Economic postulates, if we understand the *constitucionalización* as *judicialización* of the law-making process and take account of the advantages of a dual system of law-making rather than a monopolistic one. Additionally, since judges who create law tend to be activists, there is a big opportunity for Law and Economic scholars in the region to establish the importance of some basic postulates of the field, typically, the importance of the measure of consequences (pragmatism) in the law-making process.

**JEL Classification:**

K 40 (Legal Procedure, the Legal System, and Illegal Behavior: General)

**Keywords:**

Constitution, Private Law, Contracts, Judges, Legal System, Comparative Law and Economics

## ¿ES EL PROCESO DE “CONSTITUCIONALIZACIÓN” (JUDICIALIZACIÓN) DEL DERECHO PRIVADO CONTRARIO

### AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Óscar Súmar A\*.

#### I. PLANTEANDO LA DISCUSIÓN: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Desde hace algunos años, en Perú se discute la llamada “constitucionalización” del Derecho, como producto de la (re)entrada en funciones del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”). En efecto, aproximadamente desde el año 2000, el TC ha expedido una serie de resoluciones que de algún modo han venido a refundar diversas áreas del Derecho peruano. En este ámbito, podemos encuadrar sentencias fijando prácticamente las normas relativas a la reposición de trabajadores<sup>1</sup>; unas fijando reglas del procedimiento administrativo<sup>2</sup> u otras estableciendo la razonabilidad de los plazos de detención, con gran impacto en el Derecho Penal<sup>3</sup>.

Esta “intervención” del TC en ámbitos que tradicionalmente se han considerado propios del legislador en nuestro país, donde los jueces tenían un rol más bien pasivo, dedicado a la interpretación y aplicación de normas ya existentes; ha traído una serie de críticas. Éstas, generalmente, apuntan a que el TC se está “sobrepasando” de sus

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Perú (2008). Profesor de Economía y Derecho en la Universidad del Pacífico.

<sup>1</sup> STC 0206-2005-AA

<sup>2</sup> STC 3741-2004-AA

<sup>3</sup> STC 3771-2004-HC

atribuciones, ya que a él solo le correspondería interpretar la Constitución, más no modificar las normas legales<sup>4</sup>.

Y es que, en nuestro país, existe una división más o menos tajante, por lo menos en el ámbito teórico, entre lo constitucional y lo legal. Esta división tiene su correlato en la propia estructura del sistema judicial peruano<sup>5</sup>. Por más extraño que parezca, nuestro sistema cuenta con dos instituciones que fungen de cortes supremas: una para temas “legales” (la Corte Suprema) y otra para temas “constitucionales” (el TC). Ambas instituciones son la última instancia en determinados tipos de procesos, pero el TC es la última instancia en un proceso que sirve para revisar el resultado de todos los anteriores: el proceso de *amparo contra resoluciones judiciales*. A esto habría que sumarle el hecho de que el TC es el único capaz de declarar la inconstitucionalidad de una ley, sin necesidad de que haya un proceso específico donde se le cuestione (lo que se ha venido a llamar “control concentrado de constitucionalidad”). Con lo cual, en términos prácticos, el TC es nuestra corte suprema.

El TC, además de asumir este rol en nuestro sistema jurídico, ha realizado sus funciones con una ideología distinta a la característica de nuestra judicatura. Fuera del tradicional legalismo que caracteriza a nuestros jueces, los magistrados del TC se han caracterizado por sus soluciones “activistas”, marcadas de un tinte político en algunos casos.

---

<sup>4</sup> “Lo que tiene que hacerse es que se cumpla la Constitución, nada más, ni menos facultades de las que tiene el Tribunal, ni tampoco más. En el derecho público es clarísimo también, lo que no está permitido no es admitido y la Constitución es clara en relación al Tribunal: Uno, es última instancia en las acciones constitucionales como amparo, habeas corpus, cuando tienes una sentencia anterior que la ha desestimado, cuando tienes sentencia desestimatoria. Dos, dirime controversias entre organismos del Estado cuando hay un conflicto de competencias entre ellos. Tercero, puede declarar inconstitucional las normas que considera que colisionan con la Constitución (...) Esa es la función del TC, sin embargo se siente la mamá de Tarzán o como dicen los chicos, la última Coca Cola del desierto. Ellos creen que lo pueden hacer todo, quieren ser la última instancia en sentencias ya no desestimatorias sino estimatorias; y ya no solo quieren hacer legislación negativa sino también positiva. Incluso han terminado con la sentencia final y con el carácter de cosa juzgada, hecho que a la postre nunca se sabe cuando se tiene una sentencia final y ello atenta contra el Estado de derecho”. FLOREZ-ARAOZ, Ántero. En: La Razón. 10 de julio de 2007

<sup>5</sup> Ver al respecto: SÚMAR, Óscar. "Los recursos impugnatorios y el amparo contra resoluciones judiciales en Perú: un análisis funcional". En: Revista Jurídica de Perú 94. 2008.

Estas características han hecho que el TC reconfigure el Derecho en el Perú, dándole mayor importancia a la jurisprudencia como fuente del Derecho. Sin embargo, estas mismas lo han expuesto a críticas de sus opositores, en el sentido en que el TC se extralimitaría en sus funciones. Es llamativo, no obstante, que estos críticos probablemente criticaban también al antiguo Poder Judicial, cuando declinaba de su función creadora para ser un simple eco de las normas dictadas por el Congreso.

Sin entrar en mayores detalles, sostendremos que el llamado “proceso de constitucionalización” del Derecho es, por lo menos en parte, el proceso de “judicialización” del Derecho. Cuando los jueces crean normas, habitualmente lo hacen tomando en cuenta principios que tienen cabida en el amplio espectro que significa la Constitución, el cual muchas veces abraza valores incluso contrarios entre sí<sup>6</sup>. De esta manera, resolver un caso basado en derechos constitucionales puede ser una excusa para salir del restringido marco de la ley y dotarse a sí mismo de una mayor discrecionalidad.

Este proceso, que no es privativo de Perú, sino que se expande a varios países latinoamericanos y es originario de Europa, ha conllevado, más allá de las críticas, reacciones. Dentro de estas se pueden contar: procesos de reforma constitucional, procesos contra los magistrados del TC e inclusive, el regreso a propuestas de codificación del Derecho Privado<sup>7</sup>.

En el presente artículo pretendemos analizar la conveniencia de esta llamada “constitucionalización” del Derecho Privado, desde la perspectiva del análisis económico. Comenzaremos describiendo algunos ejemplos en los que el TC ha resuelto casos involucrando contratos, dejando de lado las normas legales que regulan esos temas y, mas bien, aplicando derechos, valores o principios generales

---

<sup>6</sup> Ver, en relación a este punto: SÚMAR, Óscar. "Derecho Empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)". En: THEMIS-Revista de Derecho 55. 2008.

<sup>7</sup> Información acerca de la propuesta de creación de un código civil para Latinoamérica, liderada por Juan Javier del Granado, puede ser vista aquí: <http://www.wikicodigocivil.org/>

directamente. En las siguientes secciones evaluaremos los *pros* y *contras* de esta práctica.

Concluiremos que, si bien la constitucionalización –o judicialización, en nuestros términos- del Derecho puede oponerse, en algunos casos, al análisis económico del Derecho; en la mayoría de los casos, es compatible con sus postulados, en la medida en que promueve –o debería promover- el pragmatismo judicial, al tomar más en cuenta las consecuencias de las normas o políticas, por un lado; y hacer menos probable la captura del proceso de creación de normas, por el otro.

### **III. CASOS DE INFLUENCIA DEL TC EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS**

Como ya hemos mencionado, el proceso que trataremos a continuación ha sido estudiado y entendido como la “constitucionalización del Derecho Privado”. Nosotros por nuestra parte, creemos que no se trata necesariamente de un proceso de “constitucionalización”, sino de “descodificación”, por una parte, y “judicialización”, por la otra, de nuestro derecho privado.

En relación a lo primero, nuestro derecho contractual tradicionalmente ha estado regulado por el Código Civil. Sin embargo, a partir de la década de los noventa, por influencia del Consenso de Washington se estableció en el Perú un paquete legislativo incluyendo normas de libre competencia y protección al consumidor. Este último tema, en esencia, es regulación de contratos, pero está fuera del Código Civil. Sin embargo, esta legislación por sí sola no hubiera representado un gran cambio, si no fuera porque los funcionarios –del INDECOPI- encargados de aplicarla lo hicieron con mucho vigor y basados en unas ideas que hasta ese momento eran ajenas a nuestro Derecho. Ellos aplicaron ideas libertarias a través de precedentes. De este modo, además de ser campeones de una ideología ajena a nuestra práctica, lo hicieron a través de un vehículo tan novedoso como extraño en nuestro país: los precedentes vinculantes.

Lo anterior, siguiendo un camino que claramente empezó en Estados Unidos, siguió por Europa y ahora está llegando a los países latinoamericanos, fue continuado con un proceso de judicialización de la creación de normas. Este proceso estuvo fuertemente atado al establecimiento de tribunales constitucionales. Así, en el caso de los contratos, si bien una parte del fenómeno se explica en la descodificación de este ámbito del Derecho, consideramos que ese proceso sería solamente aparente o formal, si no estuviera acompañado por la preeminencia del “derecho jurisprudencial” en su creación.

En definitiva, la consagración de derechos fundamentales, incluyendo los derechos de los consumidores, ha servido de excusa para que tribunales, donde el TC ha tenido un papel esencial, conozcan casos relacionados a contratos desde una perspectiva informal, que deja muchas veces de lado el texto de las normas relativas a contratos y aplica criterios amplios basados en la consecuencia de su decisión o en consideraciones de tipo político que antes eran ajenas a nuestra práctica judicial, caracterizada más bien por la sujeción de los jueces a las normas escritas.

Ahora pasaremos a ver dos casos que de algún modo ilustran el tipo de práctica a la que ahora nos tiene acostumbrado nuestro TC.

*A) Eyler Torres vs. Telefónica de Perú y OSIPTEL (STC 0858-2003-AA)*

Una señora, llamada Eyler Torres, celebró un contrato con Telefónica del Perú, por el cual adquirió un celular postpago. Dicho celular estaba malogrado, por lo que Eyler llamó a Telefónica para que lo arregle. La empresa no cumplió con arreglar el celular: Eyler no pudo realizar ninguna llamada ese mes. Sin embargo, le llegó una cuenta a su casa de \$97.97. Eyler dice que no tiene por qué pagar, dado que el celular no funcionó correctamente. Telefónica responde que, en dicho contrato, se había estipulado expresamente el pago de \$97.97, sea que se utilice el celular o no, y sin importar la causa. Pese a esto, Telefónica accede a un “reajuste” de la tarifa de \$30. Eyler reclamó ante OSIPTEL y, ante la negativa de ésta, interpuso una demanda judicial de amparo.

El TC decide que la existencia de desigualdad de poder de negociación y de información entre las partes justificaría desconocer judicial o administrativamente dicha cláusula. Hacerlo, además, sería concordante con los derechos de los consumidores y, correlativamente, una obligación de los organismos reguladores y otros poderes del Estado.

Desde una perspectiva clásicamente neoliberal, esta decisión sería fuertemente criticada como una intervención injustificada en la libertad de contratar y, en ese sentido, como una distorsión del mercado, un desincentivo a la contratación, etcétera. Lo que nos interesa destacar en esta oportunidad, no obstante, es que si uno revisa la norma del Código Civil peruano relativa a la anulación de contratos, no podrá encontrar ninguna que justifique la anulación basado en una supuesta “asimetría de poder de negociación”<sup>8</sup>; no obstante lo cual el TC utilizó precisamente dicho criterio para anular el contrato bajo su conocimiento.

*B) Santos Távara vs. SEDAPAL (STC 06534-2006-AA)*

Se trata de una persona que vive en un condominio y tiene un contrato grupal con SEDAPAL. El contrato estipula la facturación individual (a cada uno de los propietarios) del servicio de agua, salvo que el 25% de los propietarios deje de pagar, en cuyo caso SEDAPAL le cortarían el servicio a todos.

Eso fue precisamente lo que ocurrió y el TC decidió que:

*“Una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la propia libertad de contrato. La libertad de contrato garantiza*

---

<sup>8</sup> Artículo 219: “El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- 3.- Cuando su objeto es físico o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declare nulo. (\*)
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.



*la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco.*

*Según la cláusula en análisis la empresa está facultada para resolver el contrato y para suspender la facturación individualizada en el supuesto de que el 25% del total de clientes incurra en mora. La suspensión de la facturación individualizada constituye una estipulación evidentemente "irrazonable". Si el 25% de personas incumplen el pago, entonces se autoriza a que se suspenda el servicio de agua a todos. La morosidad de unas personas termina ocasionando un perjuicio en personas que no tienen esa condición. Se tiene, de esta forma, una evidente ausencia de relación causal entre los actos del usuario responsable, no moroso, y las consecuencias que sobre él gravan: el usuario responsable, no moroso, es perjudicado por incumplimiento del usuario moroso.*

*Tratándose del servicio de agua las empresas que lo brindan deben posibilitar que su forma de provisión esté diseñada de una manera tal que el eventual incumplimiento del pago de parte de unas personas, no pueda afectar al resto. Lo contrario constituye una estipulación manifiestamente irrazonable y, por ello, contraria a la propia libertad de contrato.*

*La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una "irrazonable autor restricción" de determinados derechos constitucionales". (F. J. 3-6).*

Con esto, el TC habría creado una nueva causal de nulidad del acto jurídico: "la irrazonabilidad", la que habrá que ser sumada a las estipuladas en el artículo 219 del Código Civil.

Sin duda la tendencia proteccionista del TC se vio reforzada por el hecho de que en el fondo se trataba del servicio de agua, bien cuya provisión es considerado, tanto por el Tribunal como por tratados internacionales, un derecho fundamental. No obstante, las mismas atingencias que respecto al caso anterior pueden ser hechas.

#### IV. ¿ES CONVENIENTE LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL DERECHO?

Esta pregunta, en una gran extensión, equivale a preguntarnos qué sistema es mejor, si uno basado en la jurisprudencia o uno basado en las normas escritas. Ésta, como podrá entenderse, es una pregunta de larga data<sup>9</sup>, pero que solo recientemente ha intentado ser respondida desde el punto de vista del análisis económico del Derecho<sup>10</sup> o, por lo menos, utilizando criterios que se encuentran en la intersección entre el Derecho y la Economía.

##### 4.1. Puntos en contra del derecho creado por jueces:

###### A) Poco apego por los derechos económicos

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la preservación de las libertades económicas es una política eficiente para el desarrollo de la economía<sup>11</sup>. En este sentido, el hecho de que los jueces tengan, en general, poco apego o predisposición hacia los derechos económicos puede ser considerado algo negativo.

Ha sido resaltado en diversos espacios, incluyendo a jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, que los jueces tienen en general poco apego por los derechos económicos<sup>12</sup>. Las razones de esto son diversas. Pero lo cierto es que, en gran medida, se puede percibir un proceso similar en el Perú, donde tradicionalmente las libertades económicas han sido despreciadas y, más concretamente, donde nuestro Tribunal Constitucional ha sido ambivalente o ineficaz en la protección de derechos

---

<sup>9</sup> VAN CAENEGEM, R.C. “Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History”. Cambridge: Cambridge University Press. 1987.

<sup>10</sup> PONZETTO, Giacomo y Patricio FERNÁNDEZ. “Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison”. En: The Journal of Legal Studies 37. 2008.

<sup>11</sup> Ver, entre otros: FRANKEL, Ellen y Howard DICKMAN (editores). *Liberty, property and the future of constitutional development*. New York: SUNY Press. 1990; GOLDWIN, Robert y William SCHAMBRA (editores). *How Capitalistic is the Constitution?* Washington, D.C.: American Enterprise Institute. 1982 y CATO Institute. “Economic Liberties and the Judiciary”. En: The CATO Journal 4. 1985.

<sup>12</sup> En este sentido: BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. AEI Brookings Distinguished Lecturer. 2003 y SCALIA, Antonin. “Economic Affairs as Human Affairs”. En: “Economic Liberties and the Judiciary”. En: The CATO Journal 4. 1985.

fundamentales de contenido económico, sea por motivos ideológicos o de orden práctico. Así, podemos identificar:

a) *La existencia de un estándar de protección diferenciado para las libertades económicas*

En este sentido, nuestro TC ha señalado que:

*“(…) tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad”. (STC 2579-2003-HD, F. J. 6)*

Y esto ha sido reafirmado en casos y políticas particulares. En un caso involucrando la imposición de propaganda política en la programación de canales de televisión en la época de elecciones, el TC aseveró que, aunque dicha imposición podía limitar el derecho económico de las televisoras a utilizar dichos minutos para vender publicidad comercial, dicha publicidad era sustancialmente menos importante que la política, en la medida en que ésta contribuía a la formación de pluralismo y a la fortificación de la democracia.

Así, en este caso el TC señaló que:

*“A criterio del Tribunal Constitucional, resulta evidente que cuando los recurrentes han efectuado los cálculos a efectos de pretender demostrar que la compensación con la reducción del canon resulta insuficiente para cubrir los costos de la franja electoral, lo han hecho desde una perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial, es decir, atendiendo a los costos de la publicidad televisiva y radial en el mercado. Olvidan, en consecuencia, que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población peruana un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda, sino que se trata, a la luz de lo expuesto, de un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días más próximos al acto de sufragio”. (STC 0003-2006-AI, F. J. 44).*

En otro caso, el TC señaló que las personas jurídicas estaban impedidas de interponer demandas de amparo, en la medida en que ellas buscaban preservar derechos económicos que, en opinión de los magistrados, no eran merecedores de protección constitucional<sup>13</sup>.

*b) Falla en la utilización de criterios y herramientas económicas en la protección de los derechos*

Aunque parezca increíble, nuestro TC ha señalado, en un caso de libre competencia que implicaba la potestad de un ente administrativo –el INDECOPI- para derogar contratos, que:

*“(...) este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja. Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídicos-económico, tal como lo han señalado los expertos que han informado en el proceso (...)”.* (STC 01963-2006-AA, F. J. 14).

Adicionalmente, en casos involucrando claros ejemplos de materias que son abordadas tradicionalmente desde el análisis económico del Derecho, nuestro TC los ha resuelto desde una perspectiva más dogmática, hablando de la violación abstracta de derechos fundamentales, sin tomar en cuenta los costos y beneficios que dichas “violaciones” implicaban.

Así, el TC ha resuelto varios casos involucrando instalaciones de antenas de telecomunicaciones de la empresa Nextel, la que suele poner antenas en lugares urbanos sin contar con las debidas autorizaciones municipales. En un primer momento, su jurisprudencia consideró que dicha práctica constituía una violación al derecho a un medio ambiente equilibrado de los pobladores (STC 0964-2002-AA).

---

<sup>13</sup> STC 04446-2007-AA, de 31 de julio de 2008. Cabe señalar, sin embargo, que dicho criterio ha sido contradicho por el propio TC en una sentencia posterior: STC 01881-2008-AA, de 2 de octubre de 2008.

Luego, misteriosamente, su jurisprudencia varió y consideró que no había tal afectación (STC 4223-2006-AA).

En ambos casos es palpante que el TC no analiza el caso desde una perspectiva económica, pese a que el caso involucra un ejemplo típico de *externalidades negativas*. En ese sentido, hubiese sido acertado que se tome en cuenta consideraciones como el costo de instalación de las antenas, el perjuicio de los vecinos, etcétera.

*B) Los jueces son igualmente maximizadores de beneficios*

Tal como ha sido señalado por autores como Anderson<sup>14</sup> y Glaeser<sup>15</sup>, los jueces, al ser creadores de normas, se encuentra igualmente sujetos a la presión de grupos de interés, aunque habitualmente se ponga énfasis en las reglas y principios que garantizarían su independencia. Anderson inclusive ha sostenido que los abogados son en realidad lobistas. Pero esto, a lo mucho, iguala a los jueces a los legisladores, por lo que no puede ser un buen motivo para preferir a estos últimos sobre los primeros.

Tenemos que encontrar características especiales en la labor de los jueces que los hagan más o menos proclives a la captura por grupos de interés o, por lo menos, a que su actuación facilite u obstaculice el proceso de captura. En este sentido, se ha dicho por ejemplo que los jueces, al interpretar literalmente las normas, estarían facilitando el proceso de captura<sup>16</sup>. Pero también al derogar la regulación anterior, en la medida en que preservarían reglas que han sido obtenidas por grupos de interés ante los reguladores, previamente.

Desde mi punto de vista, sin embargo, no es una cualidad inherente a lo judicial lo que hace que sea conveniente para evitar o dificultar el proceso de captura, sino su sola existencia. Al estar el poder más repartido –en la medida en que la “decisión” acerca

---

<sup>14</sup> ANDERSON, Gary. “The Judiciary”. En: SHUGART, William y Laura RAZZOLINI. *The Elgar Companion to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar. 2001.

<sup>15</sup> GLAESER, Edward; SCHEINKMAN, José y Andrei SHLEIFER. *The Injustice of Inequality*. Disponible en línea en: <http://www.princeton.edu/~joses/wp/InequalityJME.pdf>

<sup>16</sup> POSNER, Richard. *How Judges Think*. New York: Harvard University Press. 2008.

de cuál es la regla aplicable a un caso depende de más de un ente- el proceso de captura se hace más difícil. Así, aunque el Poder Judicial o el TC compitan con el Congreso para capturar recursos dentro del espacio regulatorio, esto dificultaría su captura<sup>17 18</sup>.

Esta crítica, por lo tanto, en gran medida carece de sustento; pues, por un lado, no toma en cuenta que la judicialización tiene, cuando menos, un impacto ambiguo en el proceso de captura y, por otro, parte de la premisa falsa según la cual el Derecho tiene que ser desarrollado por la vía legislativa o jurisprudencial –excluyentemente-, cuando en realidad el Derecho, en un proceso que avanza, es cada vez más formado por una combinación entre ambos tipos de procedimientos legislativos.

### *C) El derecho creado por jueces carece de predictibilidad*

Es verdad, como se ha sostenido, que la creación de normas es menos formal<sup>19</sup> y que es más fácil variar un precedente que una norma escrita. También es cierto, sin embargo, que los cambios jurisprudenciales son más graduales y que existen precedentes vinculantes que, aunque no son tan estables como las leyes, comparten en cierto modo la característica de la estabilidad<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> QUINTANA, Eduardo. “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2005.

<sup>18</sup> SÚMAR, Oscar. “¿Interpretación o configuración del poder?: acerca del precedente que establece la procedencia del RAC contra resoluciones estimatorias” *El amparo contra amparo y el Recurso de Agravio a favor del precedente. Tercer Cuaderno de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia*. Ed. Luis Saenz. Lima: Palestra, 2007.

<sup>19</sup> SUMMERS, R.S. y P.S. ATIYAH. *Form and Substance in Anglo-American Law. A comparative study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press. 1987.

<sup>20</sup> Así, se sostiene que “*Las normas escritas provee de certeza en el corto plazo, pero el stare decisis dota a la jurisprudencia de certeza en el largo plazo, porque la jurisprudencia (a diferencia de las normas escritas) no puede cambiar abruptamente (...)*”. Traducción libre de: “*(...). Statutes provide the short-run certainty of written law, but stare decisis endows case law with long-run certainty, because case law (unlike statutes) cannot change abruptly (...)*”. PONZETTO, Giacomo y Patricio FERNÁNDEZ. Op. Cit. Traducción libre de: “*(...). Statutes provide the short-run certainty of written law, but stare decisis endows case law with long-run certainty, because case law (unlike statutes) cannot change abruptly (...)*”.

De acuerdo a lo dicho, en este punto, nuevamente, no podemos encontrar una crítica válida al derecho jurisprudencial, sino que éste tiene impactos ambiguos respecto a la predictibilidad del sistema de justicia. Quizá por eso, Van Caenegem ha sostenido que:

*“Es desconcertante encontrar que una escuela del pensamiento elogia a la jurisprudencia por su certeza, mientras que otra lo hace por su flexibilidad (este último punto es enfatizado particularmente por los adversarios de la codificación)”<sup>21</sup>.*

*D) El derecho creado por jueces crea una tensión entre poderes: hiper-sensibilidad a un tipo de consecuencias (la lucha entre poderes)*

Siempre que los jueces creen normas, de manera normal, se va a producir una lucha entre los poderes del Estado. Y esto es predecible, en tanto se entienda el proceso regulatorio como una lucha por recursos escasos. Posner<sup>22</sup> ha señalado que partidarios de las interpretaciones literales habitualmente ponen énfasis en este “problema” de la jurisprudencia activista o creadora de normas. Sin embargo, el mismo Posner señala que, al hacer eso, dichos profesores o políticos están poniendo mucho énfasis en una de las posibles consecuencias de la creación jurisprudencial de normas: la creación de tensión con otros poderes del Estado; pero que deja de lado una gran variedad de consecuencias posibles que podrían depender de la mayor o menor inclinación de los jueces por crear un determinado tipo de norma –más o menos cercano al derecho escrito preexistente<sup>23</sup>.

De este modo, prosigue, estos académicos o políticos, serían –al igual que los jueces del *common law*- pragmáticos, al considerar las consecuencias a la hora de decidir las reglas aplicables, pero –a diferencia de ellos- solo tomarían en cuenta un grupo muy reducido de consecuencias, ahí donde un juez del *common law* también tomaría en cuenta valores como la justicia y, principalmente, la eficiencia<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> VAN CAENEGEM, R. C.. Op. Cit.

<sup>22</sup> POSNER, Richard. Op. Cit.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Idem.

De este modo, la crítica relativa a la confrontación de poderes sería, en el mejor de los casos, miope, al no analizar todo el espectro de consecuencias posibles. Adicionalmente, agregaríamos, ésta parte de la premisa de que la jurisprudencia se tiene que adaptar al derecho escrito, cuando en realidad esto no tendría por qué ser así en principio.

#### **4.2. Puntos a favor del derecho creado por jueces**

Como ya hemos señalado, las críticas al derecho creado por jueces, habitualmente, esconden las propias virtudes del sistema judicial. Por un lado, se critica su falta de predictibilidad, lo que al mismo tiempo destaca su flexibilidad y adaptabilidad. Por otro lado, se habla de la posibilidad de que los jueces sean capturados por intereses individuales, pero aquí mismo se entiende que a mayor número de agentes que capturar, más difícil el proceso de captura. Y así.

Por otro lado, aun con sus reveses incluidos, no puede dejar de ponerse énfasis en la labor del TC peruano en la derogación de regulación económica directa. A diferencia de cualquier otra corte en nuestro país, el TC ha servido para derogar normas que instituían monopolios legales<sup>25</sup>, fijaban precios<sup>26</sup> o vulneraban las libertades de empresa<sup>27</sup>, de contratos<sup>28</sup>, de asociación<sup>29</sup> y la propiedad<sup>30</sup>.

De esta manera, aunque algunas actuaciones del TC puedan contribuir al intervencionismo y a la inestabilidad del sistema legal, no se puede dejar de valorar que, en el agregado, su impacto viene siendo positivo en la preservación de libertades económicas.

---

<sup>25</sup> Ver, en ese sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 01881-2008-AA; STC 04446-2007-AA; STC 01311-2000-AA; STC 03610-2008-AA; STC 04408-2005-AA; STC 0498-2001-AA; STC 0009-2001-AI; STC 0004-1997-I; STC 0034-2004-AI y STC 0001-2005-AI.

<sup>26</sup> STC 0008-2003-AI

<sup>27</sup> STC 03866-2006-AA

<sup>28</sup> STC 06534-2006-AA y STC 0003-2004-AI

<sup>29</sup> STC 011-2002-AI y STC 0009-2007-AI y 0010-2007-AI (acumulados)

<sup>30</sup> STC 00007-2006-AI; STC 0964-2002-AA; STC 00541-1990-AA; STC 3179-2004-AA y STC 01209-2006-AA



## V. CONCLUSIONES

El proceso de constitucionalización o judicialización del Derecho no es, por mucho, un fenómeno exclusivo del Perú<sup>31</sup> y, por lo demás, el proceso de confluencia y cambio, no es exclusivo del sistema Romano-Germánico, sino que el propio sistema Anglosajón ha experimentado, en los últimos años, un proceso de “romanización”, en el cual las normas escritas vienen jugando un papel cada vez mayor<sup>32</sup>, siendo que, en realidad, siempre tuvieron un papel importante.

Desde el punto de vista del análisis económico, algunos integrantes de la ALACDE, en parte con razón, han tomado el proceso de constitucionalización o judicialización del Derecho como una amenaza al Derecho Privado, que es un derecho de comprobada eficiencia<sup>33</sup>.

Nosotros consideramos, por nuestra parte, que el derecho judicial no necesariamente se opone a la meta de lograr una mayor eficiencia, sino que más bien es necesario su fortalecimiento en una región como la nuestra que, gracias a la influencia continental europea, tradicionalmente ha relegado a la jurisprudencia a un segundo plano.

Finalmente, tomamos como posible la existencia de un juez como el descrito por Posner<sup>34</sup>, cuya esencia parte del pragmatismo, de la consideración de las consecuencias de sus decisiones, más allá de palabras vacías y elucubraciones teóricas sin fundamento. El pragmatismo es, precisamente, parte de la esencia del análisis económico. Si tenemos unos jueces que no se basan solo en la palabra de la ley, sino que pueden tomar en cuenta las consecuencias de sus decisiones, entonces, ¡en hora

---

<sup>31</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y Maximiliano MARZETTI. “La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del Derecho”. Disponible en: [http://works.bepress.com/juan\\_javier\\_del\\_granado/49/](http://works.bepress.com/juan_javier_del_granado/49/); BENETTI, Luciano. ““Descodificación”, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?”. En: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art2/> y CHEREDNYCHENKO, Ohla. “Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity”. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1083653](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083653)

<sup>32</sup> CALABRESI, Guido. “A Common Law for the Age of Statutes”. Massachusetts: Harvard University Press. 1982.

<sup>33</sup> DEL GRANADO, Juan Javier y Maximiliano MARZETTI. Op. Cit.

<sup>34</sup> POSNER, Richard. Op. Cit.

buena!, no solo tendremos mejores jueces, sino que esto revitalizará al análisis económico del Derecho en la región.

Fuera del ámbito teórico, considero además que este proceso de judicialización representa una gran oportunidad para el análisis económico. Si bien nuestra disciplina tiene mucho que decir sobre el derecho privado y nuestros países se enmarcan en una tradición de codificación y normas escritas, también es cierto que se está forjando una nueva tradición en nuestra región, una tradición que, con suerte, tendrá a los jueces como protagonistas. En esto el análisis económico tiene mucho que decir también, en la medida en que la tradición de la que proviene se basa, precisamente, en el pragmatismo judicial.