

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Boniet
Aequi
Aequi

Año 10 • Número 2

UNIVERSIDAD
BERNARDO
O'HIGGINS

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, Ars Boni et Aequi, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la "técnica de lo bueno y lo equitativo", hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente "técnicas", no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho”.

Año 10, N° 2, diciembre de 2014

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA RESPONSABLE

Mg. Nathalie Walker Silva, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Van De Wyngard Moyano, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile (Presidente).

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Martín Acevedo-Miño, Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina.

Dr. Juan Pablo Albán, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dr. Robert S. Barker, Duquesne University, Estados Unidos.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela. LL.M.

Dante Figueroa, Georgetown Law Center, Estados Unidos.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad de Las Américas, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Mg. Diego Munita Luco, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Colombia.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Chile, Chile.
Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.
Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Dr. Eulogio Pisfil Chavesta, Universidad Nacional de Trujillo, Perú.
Dr. Luis Ignacio Savid-Bas, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa María, Brasil.

COORDINACIÓN GENERAL

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretario de Redacción

Constanza Carrasco Salazar, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Asistente de Redacción

Macarena Álvarez Bulnes, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ayudantes de Redacción

Jhon Troncoso, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Gabriel Salazar, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

PÁGINA DE LA REVISTA

<http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

INDEXACIONES

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex – Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141.

E-mail: arsboni@ubo.cl.

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.

ÍNDICE

Editorial

NATHALIE WALKER SILVA	7
-----------------------------	---

ESTUDIOS**La contratación electrónica ante la directiva de los derechos de los consumidores del año 2011: Su transposición al Derecho español**

HENRRY SOSA OLÁN	11
------------------------	----

Aportes de la ley de Derecho Internacional Privado venezolana a la codificación ius internacional privatista

YARITZA PÉREZ PACHECO	51
-----------------------------	----

El caso palestino – israelí: Implicancias para la sociedad internacional. El Derecho Internacional y su inaplicabilidad en un conflicto de negociación entre actores asimétricos

JAIME ABEDRAPO	83
----------------------	----

Título y justificación de la propiedad

CARLOS CASANOVA GUERRA	105
------------------------------	-----

Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas

JOSÉ FRANCISCO LEYTON JIMÉNEZ	123
-------------------------------------	-----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**Producto no conforme con el contrato: La entrega de un bien usado en cumplimiento de la venta de uno nuevo**

ERIKA ISLER SOTO	165
------------------------	-----

RECENSIONES

Recensión de “Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz”, de Roberto González Álvarez, Lima, Ara Editores, 1ª edición, 2013, 1325 pp.

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO 179

Índice general de la Revista Ars Boni et Aequi, 10 años (2005-2014)
185

Instrucciones a los autores 199

Instructions to authors 209

EDITORIAL

Al cumplirse un decenio de la publicación de la revista *Ars Boni et Aequi*, hemos avanzado en la modificación de su estructura, incorporando nuevas secciones: estudios, comentarios de jurisprudencia y reseñas. Así, el fascículo correspondiente al Volumen 10-N° 2 contiene cinco estudios de autores nacionales y extranjeros, en las áreas de Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Derecho Penal, Contratación Electrónica y Derecho del Consumo. También contempla un comentario de jurisprudencia en materia de Derecho del Consumo y una reseña de una obra publicada el año pasado en Perú, en el ámbito del Derecho Procesal.

A modo de conmemoración del cumplimiento de estos diez años de existencia, hemos incluido también un índice general que clasifica las colaboraciones publicadas desde el primer número de la revista hasta el Volumen 10-N° 1. Este índice pretende facilitar la búsqueda de los trabajos en los distintos números, al estar dividido por materias. De este modo, el índice incorpora quince áreas de interés jurídico. A saber:

1. Derecho Político – Derecho Constitucional.
2. Derecho Internacional.
3. Historia del Derecho – Derecho Romano.
4. Derecho Civil.
5. Derecho de Familia.
6. Derecho Procesal.
7. Derecho Penal.
8. Derecho Comercial – Derecho Tributario.
9. Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
10. Derecho Administrativo.
11. Derecho del Consumo.
12. Justicia Militar.
13. Filosofía y fuentes del Derecho.
14. Enseñanza del Derecho y ejercicio de la profesión de abogado.
15. Nuevos horizontes del Derecho.

Esperamos que el esfuerzo conjunto del equipo de la Revista *Ars Boni et Aequi*, destinado a brindar un servicio útil a abogados, investigadores, estudiantes y, en general, a personas ligadas al mundo del Derecho, siga rindiendo frutos

y posicione cada vez más a nuestra Revista en un lugar privilegiado dentro de las publicaciones científicas del ámbito nacional. Todos estos años de trabajo ininterrumpido nos indican que vamos bien encaminados a lograrlo.

Nathalie Walker Silva
Directora Responsable
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA ANTE LA DIRECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES DEL AÑO 2011: SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

*Electronic contracting to the board
of consumer rights in 2011: Its
transposition into Spanish Law*

HENRRY SOSA OLÁN*

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
México

RESUMEN: La transposición de la Directiva de los derechos de los consumidores del año 2011, ha dado un paso más hacia la unificación del derecho de consumo dentro de los Estados miembros, al armonizar el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la contratación a distancia. Sin embargo, en el caso de la contratación electrónica celebrada con consumidores, a pesar de ser una modalidad de la contratación a distancia, la fragmentación jurídica sigue existiendo, ya que cuenta con una normativa especial, tal y como veremos en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: consumidor, Directiva y contratos.

* Profesor Auxiliar y Becario de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.
Artículo recibido el 4 de abril de 2013 y aprobado el 7 de junio de 2013.

ABSTRACT: The transposition of directive of the consumer in 2011, has taken a step further towards harmonization of the consumer law within member states to harmonize the legal regime of the contract concluded away from business premises and distance contract. However, in the case of electronic contracting made with consumers, in spite of modality of the contract distance, legal fragmentation there being exist, owing, that has a special regulations, as we will see, in the present article.

KEYWORDS: consumer, directive, contracts.

1. CUESTIONES PREVIAS

El Tratado de Roma del 1 de enero de 1958¹, que tuvo como objetivo la creación de un mercado común, no reguló la materia de protección del consumidor, sino que asentó las condiciones para la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas. Tuvieron que pasar alrededor de 14 años para que se dieran las bases necesarias que consolidaran una política en materia de consumo dentro de la Unión Europea. En esta línea, la cumbre de París de 1972, celebrada los días 22 y 23 de octubre, en el apartado 10 de sus conclusiones establece la necesidad de *“reforzar y coordinar las acciones a favor de la protección de los consumidores”*². El antecedente de esta cumbre lo encontramos en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica de Protección al Consumidor, el cual le reconoció los siguientes derechos:

Derecho a la protección de su salud y su seguridad;

Derecho a la protección de sus intereses económicos;

Derecho a la reparación de daños;

Derecho a la información y educación y;

Derecho a la representación (derecho a ser educado)³.

¹ Seis países fueron los que firmaron inicialmente el Tratado de Roma: Francia, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo e Italia. *Vid.* Tratado de Roma.

² *Vid.* Cumbre de París.

³ *Vid.* Programa Preliminar (DOCE nº C 092), de 1975.

Como resultado de la revisión del Tratado de Roma y del *Acta Única Europea*⁴, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, se firma el *Tratado de Maastricht* el 7 de febrero de 1992, estableciendo acciones concretas en materia de consumo en su artículo 129 A, aclarando lo siguiente:

La comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A, en el marco de la realización del mercado interior.

- Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

- El consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al comité económico y social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

- Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente tratado. Se notificará a la comisión.

La aportación principal del tratado comentado es la introducción del *consumidor normalmente informado* y la denominada *labelling doctrine*,⁵ pues anteriormente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) había construido ambos conceptos a través de diversas sentencias, lo cual dio como resultado la aparición de la *Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que sustituye a la anterior Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa*⁶. De este modo se incrementó la protección del consumidor al realizar transacciones transfronterizas con empresas.

Con la aparición del *Tratado de Ámsterdam*⁷ en 1997, se modifican varios aspectos sustanciales en materia de protección al consumidor, entre los más importantes se pueden mencionar: la denominada “cláusula horizontal”

⁴ Vid. Acta Única Europea (DOCE n° L 169), de 1987.

⁵ Vid. GONZÁLEZ (1999) pp. 5-8.

⁶ Vid. Directiva de publicidad engañosa en: Programa Preliminar (DOCE n° L 376), de 2006.

⁷ Vid. Tratado de Ámsterdam, de 2002.

en materia de protección al consumidor, la inclusión de nuevos derechos, la supervisión de medidas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los estados miembros, así como la distinta ubicación de los derechos de los consumidores (art. 153)⁸.

Como podemos observar, las anteriores medidas han ido incrementando la protección del consumidor hasta la fecha. No obstante, como bien señala CÁMARA LAPUENTE, la evolución de la protección del consumidor en Europa se puede dividir en cuatro fases, a saber:

[...] - En *la primera fase* (1957-1972), la Europa de los mercaderes no prestó atención alguna a la defensa del consumidor, sino por la vía indirecta de la libre competencia y la mejora general de la calidad de vida. – En *la segunda fase* (1972-1984), a partir de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de 1972, se potenció una Europa de los ciudadanos en la que el consumidor debía desempeñar un papel central; para ello se definieron sus derechos (“programa preliminar” de 14 de abril de 1975), se establecieron las líneas programáticas de actuación (segundo programa de 1981) y se potenció el comercio intracomunitario (STJCE del “Cassis de Dijon” de 20 de febrero de 1979). – *La tercera fase* (1984-2001) trajo consigo la consolidación de ese diseño, sobre todo en forma de directivas amplias (v. gr., cláusulas abusivas) o específicas (v. gr., “multipropiedad”), continuó la visión prospectiva a través de diversos “planes trienales” y reinventó la importancia de la política de protección de los consumidores mediante las reformas competenciales operadas sobre todo por el Tratado de Maastrich de 1992 y el de Ámsterdam. – La cuarta fase (2001-) se define por la reelaboración y sistematización de las normas de consumo en busca de un mercado interior, con un Derecho común más orgánico y coherente. Fundamentalmente dos textos comunitarios han abierto el proceso de consulta y reflexión para adoptar las nuevas medidas que satisfagan tal objetivo: la comunicación de la Comisión europea sobre “Derecho contractual europeo”, del 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final], y el “Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea” [COM (2001) 531 final], presentado por la Comisión el 2 de octubre de 2001. El debate originado por estos documentos sigue abierto y muy activo [...]⁹.

Resumiendo lo anterior, podemos señalar lo siguiente: en la primera fase de integración de la Unión Europea (1957-1972) no hubo ninguna actividad política en materia de protección al consumidor, sin embargo, en la segunda fase (1972-1984) surge el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea, en donde se contempló una política de protección e información de los consumidores. De este modo, en la tercera etapa (1984-2001) el derecho

⁸ Cfr. (Confróntese) CORCHERO y GRANDE (2007) pp. 58-60.

⁹ CÁMARA (2005) p. 46.

de consumo se consolidó a través de las directivas, las cuales adoptaban el enfoque de armonización mínima¹⁰. Y, por último, en la cuarta etapa, que es en la que nos encontramos, se hace una revisión del acervo comunitario en materia de consumo, lo cual trajo como resultado, la aparición de las actuales directivas de crédito al consumo, prácticas comerciales desleales, tiempo compartido, y la Directiva sobre los derechos de los consumidores¹¹; así como también, propuestas de unificación de la materia de derechos y obligaciones y contratos, como el Marco común de referencia (MCR) y los principios *Acquis group* (AQCP)¹².

A nivel nacional, *la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* (TRLGDCU), regula la materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y contratos a distancia, siendo esta última materia objeto de nuestro estudio. En un principio, la Ley comentada tenía como objetivo armonizar y unificar el régimen jurídico de los contratos fuera del establecimiento mercantil y la contratación a distancia. Sin embargo, tal meta no se logró, aunque con la transposición de la Directiva de los consumidores del año 2011, el legislador español ha enmendado su error, tal y como veremos en otra parte del presente trabajo.

¹⁰ Un ejemplo de una cláusula de armonización mínima, lo encontramos en el artículo 14 de la hoy derogada Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia: *“Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor [...]”*. En la misma línea se pronunciaba el artículo 8 de la Directiva 85/577/CEE, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil: *“La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella”*.

¹¹ Estas normas adoptan un enfoque de armonización plena; por ejemplo, el artículo 22 de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, en el artículo 23.1, aclara lo siguiente: *“En la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan”*. En términos parecidos se pronuncia la actual Directiva sobre los derechos de los consumidores (artículo 4) cuando aclara: *“Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”*.

¹² Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2001), p. 14 y siguientes; COM (2002) p. 208 final; COM (2007) p. 744 final, DOUE 15.3.2007, C 61/1; y Comunicación de la Comisión *“Derecho contractual europeo y revisión del acervo”*, COM (2004) 651 final, pág. 4.

2. DIVERSAS FORMAS DE CONCLUSIÓN DE CONTRATO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Unión Europea, con el fin de promover las transacciones transfronterizas dentro de los Estados miembros, ha creado una serie de contratos con el objetivo de incrementar la protección del consumidor en determinados sectores, entre los que destacan:

- Los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles;
- Los contratos a distancia;
- Los contratos a distancia de servicios financieros;
- Los contratos de tiempo compartido;
- Los contratos de viajes combinados;
- Los contratos de crédito al consumo;
- Los contratos de seguro.

Existen otras materias que tienen una incidencia indirecta en la protección del consumidor, entre las que encontramos la protección contra la discriminación en la oferta de bienes y servicios disponibles para público¹³, protección en materia de seguros e inversiones¹⁴, derecho de los pasajeros y

¹³ En este sector, la Unión Europea ha dictado las siguientes Directivas: Directiva 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2004/122/CE, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro; así como la Propuesta de Directiva sobre el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM 2008, 426.

¹⁴ En esta manera, la protección del consumidor va a depender del volumen de la transacción. Para este sector específico se han dictado las siguientes normas: Reglamento núm. 924/2009, sobre los pagos transfronterizos; la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago; la Directiva 94/19/CE, sobre sistemas de garantía de depósitos; la Directiva 92/49/CE, sobre seguros distintos del seguro de vida; la Directiva 2002/83/CE, sobre seguro de vida; la Directiva 2002/92/CE, sobre la mediación en los seguros; la Directiva 2003/71/CE, sobre folletos; la Directiva 2003/6/CE, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado; la Directiva 85/611/CEE, sobre determinados organismos de inversión colectiva; la Directiva 2004/39/CE, sobre los mercados de instrumentos financieros y la Directiva 97/9/CE, sobre los sistemas de indemnización de los inversores.

viajeros¹⁵, interés económico¹⁶, así como también hay Directivas que regulan los contratos entre profesionales en sectores específicos¹⁷.

Por otra parte, existen también medidas específicas para regular el mercado interno. Tal es el caso de la Directiva 93/13/CEE, la cual tiene como fin evitar importantes desequilibrios en los derechos y obligaciones de los consumidores. Esta Directiva contiene en su anexo una lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Cuando una cláusula sea considerada abusiva, conforme a la Directiva, ésta no será vinculante para el consumidor. La directiva también requiere que los términos del contrato se redacten en un lenguaje sencillo e inteligible, ya que las ambigüedades se interpretarán en favor de los consumidores¹⁸.

La Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, define los criterios generales para determinar si una práctica comercial es desleal, con el fin de indicar un conjunto limitado de prácticas de mala fe prohibidas en toda la UE. Se toma como criterio (si una práctica es contraria a los requisitos de la diligencia profesional) el que distorsione de manera sustancial el comportamiento del consumidor medio. Además, la Directiva establece la diferencia entre las prácticas engañosas y las agresivas, y enuncia los criterios para detectarlas. El anexo I de la Directiva contiene la lista completa de las conductas comerciales desleales prohibidas en toda la UE en cualquier circunstancia. Una especie de «lista negra» de las prácticas comerciales desleales. En ella figuran, por ejemplo, los planes de venta piramidal, el suministro no solicitado, la utilización de la publicidad señuelo (cuando el producto anunciado a buen precio no está disponible) o el uso

¹⁵ Entre las normas que otorgan derechos específicos a los pasajeros y viajeros encontramos las siguientes: Directiva 90/314/CE, sobre viajes combinados; Reglamento (CE) n° 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; Reglamento (CE) n° 1371/2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril, así como las actuales propuestas de Reglamento relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables, COM 2008, 816.

¹⁶ En relación con esta materia, se han promulgado las siguientes Directivas: Directiva 2002/22/CE y 2009/136/CE, sobre el servicio universal; Directiva 2009/72/CE, sobre el mercado interior de la electricidad; Directiva 2009/73/CE, sobre el mercado interior del gas natural, y la Directiva 97/67/CE, sobre el mercado interior de servicios postales.

¹⁷ En lo tocante a relaciones entre personas jurídicas en determinados sectores, existen las siguientes Directivas: Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales, y Directiva 86/653/CEE, sobre agentes comerciales independientes.

¹⁸ *Vid.* European Commission, Consumer affairs - Rights - General Contractual rights.

de publirreportajes disimulados. Esta lista únicamente puede modificarse mediante una revisión de la Directiva¹⁹.

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES AL DERECHO ESPAÑOL

La primera norma que reguló a nivel comunitario la materia de contratos a distancia fue la Directiva 97/7/CE,²⁰ del Parlamento Europeo y del consejo de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, la cual tuvo como antecedente directo la Propuesta de Directiva del año 1992²¹. Sin embargo, con la aparición del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea²², se abrió el debate para la revisión de las Directivas comunitarias en materia de consumo, tal y como lo señala el plan “Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”²³. A raíz de lo anterior, la Comisión Europea se planteó adoptar un enfoque de armonización plena y dejar atrás el enfoque de armonización mínima en las Directivas de consumo, el cual planteó diversos problemas dentro de los Estados miembros al haber una fragmentación de normas en el ámbito de consumo²⁴. De esta forma, se revisaron ocho Directivas de consumo²⁵, dando como consecuencia la publicación del Libro Verde en el año 2007 “sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, en donde se advirtió de determinados problemas como la fragmentación de normas a nivel comunitario y la falta de confianza de los consumidores para contratar en otro Estado miembro al de su residencia habitual; asimismo, se invitó a las partes interesadas a opinar sobre las preguntas debatidas.

Para contrarrestar parte de la problemática comentada a nivel europeo, las actuales Directivas de consumo se han decantado por la armonización plena, entre las que encontramos la Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido y la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo²⁶. No obstante,

¹⁹ Vid. Prácticas comerciales desleales prohibidas en la Unión Europea.

²⁰ Vid. Directiva 97/7/CE (DOCE nº L 144 de 4 de junio de 1997).

²¹ Vid. Directiva de contratación a distancia COM (92), 11 final de 20 de mayo de 1992.

²² Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (2001), 531 final, p. 12.

²³ Comunicación de la Comisión “Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”, COM (2002), 208 final, pp. 14 y ss.

²⁴ La base de datos “EU Consumer Law Acquis Database”, Universität Bielefeld, 2007 sobre la situación actual del derecho de consumo en los Estados miembros, pág. 45.

²⁵ En adelante, “DDC”. Vid. Comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo”, COM (2004), 651 final, p. 4.

²⁶ Tal y como se señala en la exposición de motivos en el punto 3, esta norma también prevé el principio de armonización plena: “A fin de reforzar la seguridad jurídica y poner

como señala la doctrina, el principio de armonización plena no deja plantear ciertos problemas, pues las Directivas que adoptan este principio contienen cláusulas mixtas, es decir, de armonización plena y de armonización mínima²⁷.

En relación con lo anterior, y con el fin de acabar con la fragmentación del mercado interior en determinadas materias, surge la actual *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*. En adelante (DDC).

Esta Directiva consta de 35 artículos y algunas novedades. Por ejemplo, en su artículo dos contiene un elenco enumerado de definiciones en materia contractual, además, en su artículo cinco contiene una lista de información que se debe brindar a los consumidores en todo contrato de consumo. También se armonizan los plazos para desistir a 14 días (art. 9.1), tanto en los contratos a distancia, como en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Otra de las novedades es que se incluye aplicar esta normativa a las descargas *on-line*. Tal previsión es novedosa, pues no se encontraba en la propuesta inicial de la Directiva del año 2008. Asimismo, en las compras por Internet se obliga al empresario a indicar al consumidor

plenamente a disposición de los consumidores y las empresas las ventajas que ofrece el mercado interior, es necesario aproximar más las legislaciones pertinentes de los Estados miembros. Por lo tanto, es preciso armonizar totalmente determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos. No se debe permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones divergentes de las que recoge la presente Directiva. En los casos en que no existan dichas disposiciones armonizadas, los Estados miembros deben tener libertad para mantener o introducir normas de Derecho interno acordes con el Derecho comunitario. Por lo tanto, los Estados miembros deben poder mantener o adoptar disposiciones, por ejemplo, en lo referente a los efectos que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento en las relaciones jurídicas que no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva o disposiciones con arreglo a las cuales no pueda prestarse un compromiso vinculante ni realizarse pago alguno entre el consumidor y un proveedor de servicios de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de productos vacacionales de larga duración hasta que el consumidor no haya firmado el contrato de crédito para financiar la compra de dichos servicios”.

²⁷ Cfr. GONZÁLEZ (2008). Así, el autor indica, que si bien es cierto se dispone de una armonización total (artículo 22.1), en esta materia la actual Directiva deja abierta la puerta a las excepciones contempladas en el artículo 23.

cuándo termina su compra. No obstante, el consumidor también pierde derechos, por ejemplo, la devolución de un bien que se compra a distancia ya no será gratuito, razón por la cual el consumidor asume los gastos de devolución, a menos que el empresario los asuma o el consumidor no haya sido informado de dicha circunstancia. Cabe aclarar que, a pesar de adoptar el enfoque de armonización plena, en su artículo cuatro permite a los Estados miembros introducir disposiciones legales no reguladas por la Directiva, por ejemplo sanciones administrativas, cuando el empresario incumpla con el deber de informar al consumidor de los derechos que le asisten.

A nivel nacional, la DDC ha sido transpuesta por la: *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*²⁸ (en adelante Ley de Consumidores). De esta manera se armoniza y clarifica el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y los contratos a distancia (arts. 92-108 TRLGDCU²⁹).

4. LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA: ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El artículo 92.1 del texto refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) aclara lo siguiente: *“Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”*.

De la definición dada surgen tres características:

1. Que la contratación se realice en el marco de un *“sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”*, es decir, que el empresario que practique contratación a distancia haya diseñado una estrategia de venta en donde los consumidores pueden realizar sus pedidos. Tal sería el caso de una página web, a la cual se pueda acceder de forma permanente. No

²⁸ Boletín Oficial del Estado nº 76 del 28 de marzo de 2014.

²⁹ Vid. exposición de motivos de la Ley de Consumidores, punto II, señala: *“La ley procede a regular conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, siguiendo la técnica jurídica utilizada por la Directiva. De esta forma, se hace preciso modificar el libro II del texto refundido, unificando la regulación de ambos tipos de contratos en su título III, lo que conlleva la eliminación del título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al título IV”*.

obstante, si el empresario en su página web sólo ofrece información sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto, pero no ofrece la posibilidad de contratar en línea, no entra en el concepto de sistema organizado³⁰.

2. Sin la “*presencia física simultánea*” del empresario, del consumidor y usuario. Con esta característica se hace hincapié en la distancia física, por lo tanto, las partes contratantes se deben encontrar en puntos geográficamente distintos. En este sentido, el considerando 20 de la DDC aclara lo siguiente: “[...] *un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería*”.

3. La utilización de una o más “*técnicas de comunicación*” a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo. Según el artículo 2 e) de la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros, una técnica de comunicación a distancia es: “*todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes*”. En este sentido, el artículo 92.1 TRLGDCU aclara que, “*entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax*”.

Por otra parte, existen ciertos contratos que por razón de la materia o su objeto se excluyen de la contratación a distancia³¹.

³⁰ Vid. Considerando 20 de la exposición de motivos de la DDC.

³¹ Vid. Artículo 93 del TRLGDCU, el cual lleva por título: *Excepciones*.

“La regulación establecida en este título no será de aplicación:

^{a)} *A los contratos de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas, temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo.*

^{b)} *A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias.*

De esta forma, la contratación queda perfectamente delimitada por lo que toca a su ámbito objetivo de la materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la cual se encuentra recogida en el artículo 92.2 del TRLGDCU cuando aclara: *“Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil”*:

a) *“Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.*

-
- c) A los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas.
 - d) A los contratos de servicios financieros.
 - e) A los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos.
 - f) A los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda.
 - g) A los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley.
 - h) *A los contratos relativos a la protección de los consumidores y usuarios con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.*
 - i) *A los contratos que, con arreglo a la legislación vigente, deban celebrarse ante un fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebre el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.*
 - j) *A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor y usuario.*
 - k) *A los contratos de servicios de transporte de pasajeros, sin perjuicio de la aplicación del artículo 98.2.*
 - l) *A los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas.*
 - m) *A los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor y usuario”.*

b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).

c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.

d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario, con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario”.

Una vez visto el ámbito objetivo de la contratación a distancia, pasaremos a ver el ámbito subjetivo. El régimen jurídico de la contratación a distancia sólo es aplicable cuando una parte sea considerada consumidor y la otra empresario, razón por la cual quedan excluidos los contratos celebrados entre empresarios y los contratos celebrados entre particulares.

A nivel nacional, el artículo 3 del TRLGDCU define así al “consumidor”. *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.*

Cabe agregar que el concepto comentado es acorde con las Directivas comunitarias que definen el concepto de consumidor, las cuales coinciden con los siguientes elementos: “personas físicas” y “que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial”³². A pesar de que el precepto

³² Artículo 2.1 de la DDC: *“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.*

Artículo 2 (d) de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: *“toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.*

Artículo 2 (e) de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico: *“cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.*

Artículo 2 (a) de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales: *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.*

comentado incluye a las personas jurídicas, en nada contraviene a la normativa comunitaria, debido a que hace la aclaración que serán considerados consumidores siempre y cuando actúen sin fines de lucro, tal y como lo ha dejado claro el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus diversas sentencias, en donde ha excluido a las personas jurídicas del régimen jurídico de protección al consumidor que realizan actividades con fines de lucro³³.

El Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), define en su artículo 6 el contrato de consumo como aquel *celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional [...] En el mismo sentido se decanta el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 15.1.)*.

Lo opuesto a consumidor sería un empresario, el cual es definido en el artículo 4 del TRLGDCU en los siguientes términos: *“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*.

Artículo 2 (b) de la *Directiva 93/13/CEE*, sobre cláusulas abusivas: *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.

Artículo 3 (a) de la *Directiva 2008/48/CE*, de crédito al consumo. Señala: *“consumidor”*: *“persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional...”*

³³ Vid. Las siguientes sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE): *Francesco Benincasa contra Dentalkit* (1997): 3 de julio de 1997, Asunto C-269/95, *Shearson Lehman Hutton n Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993): 19 de enero de 1993, Asunto C-89/91, *Petra Engler contra Janus Versand GmbH* (2005): 20 de enero de 2005, Asunto C-27/02 y *Johann Gruber contra Bay Wa Ag.* (2005): 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, entre otras.

5. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO MODALIDAD DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA: ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

La materia de contratos y obligaciones ha evolucionado a través de la Historia. En el Derecho Romano primigenio, la contratación se realizaba mediante el diálogo, es decir, sin un contrato escrito. Tiempo después, la forma escrita sustituyó a la forma hablada. Hoy, con la aparición de los servicios de la sociedad de la información, se pretende potenciar el comercio electrónico para lograr una mayor celeridad en la vida diaria y mayor comodidad para los usuarios y consumidores; la existencia de Internet³⁴ hace posible comprar un boleto de avión o consultar el periódico desde el ordenador de casa.

³⁴ El comercio electrónico emerge así gracias a las nuevas vías para el intercambio de bienes que utilizan redes de datos electrónicas. La red informática mundial (Internet) ha transformado los métodos tradicionales del comercio: los empresarios disponen de otras formas de dar publicidad a sus productos, difundir sus ventajas y comunicarse con sus clientes localizados tanto dentro como fuera de su país, con costes notablemente bajos. GARCÍA (2000) pp. 29-35.

Es importante destacar que, en un principio, la aparición del fax y del teléfono jugaron un papel muy importante debido a que las distancias se redujeron por estos medios. Asimismo, en la era de la digitalización, la cual predomina actualmente, se ha potenciado el desarrollo tecnológico en materia de telecomunicaciones. Vid. PÉREZ (2007), quien declara que *“las principales tendencias tecnológicas previstas son la migración a redes todo IP, el uso creciente de las comunicaciones inalámbricas y de las plataformas de acceso inalámbricas (a modo de ejemplo, 3G WIFI, WIMAX y satélite), el despliegue de la fibra óptica en las redes de acceso local y la transición a la TV digital. Cabe esperar efectos de gran calado en las arquitecturas de red, los servicios y los dispositivos destinados a los consumidores disponibles en la actualidad. Los agentes del mercado se enfrentan a nuevos competidores y buscan nuevos modelos de negocio ante los cambios que se avecinan en el mercado actual de la nueva economía”*. PÉREZ (2007), p. 25.

La profesora MARTÍNEZ NADAL señala que las nuevas tecnologías han servido de desarrollo del comercio electrónico puesto que *“permiten nuevas oportunidades de negocio, una mayor celeridad en el desarrollo de las relaciones comerciales, principios todos ellos que deben presidir la organización y desarrollo de toda actividad comercial de toda actividad empresarial”*. Además, el comercio electrónico *“favorece también a los consumidores, que, al poder comparar instantáneamente entre una amplia variedad de ofertas, gozan de mayor capacidad de elección, tienen a su alcance productos cada vez más especializados, y se pueden beneficiar de una bajada de los precios a medida que desciendan los costes generales y los de infraestructuras materiales (como edificios y almacenes)”*. MARTÍNEZ (2000) pp. 31-32.

La sociedad de la información abarca diferentes aspectos de la economía, tales como la circulación de bienes, servicios, capitales y trabajos, así como también la apertura a los procesos de formación de opinión en una sociedad globalizada³⁵. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante LSSI) en su anexo, inciso a), define el concepto de “servicios de la sociedad” de la información de la siguiente manera: “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”. Por ejemplo, la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales y el suministro de información por vía telemática³⁶.

Lo dicho en el párrafo anterior cobra importancia debido a que, de acuerdo con los datos mostrados por el Eurobarómetro número 359 (*Comercio transfronterizo y protección del consumidor*) publicado en junio del año 2013, las ventas realizadas por Internet han aumentado ocho puntos, ya que en el año 2011, las ventas a través del comercio electrónico se situaron en un 51%; actualmente la cifra oscila en un 61%³⁷.

Es importante aclarar que cuando un contrato se realice por medios electrónicos, éste se considerará como un contrato a distancia³⁸. Sin embargo,

³⁵ Vid. TUBELLA (2010) pp. 459-460. Para esta autora, el proceso de consolidación de la sociedad de la información descansa sobre cuatro elementos básicos: “1. La rápida implantación de las tecnologías de la información y la comunicación, relacionada con la revolución en la ingeniería genética. 2. El modelo de organización en red como modelo predominante en todas las actividades humanas de todos los ámbitos. 3. El poder decisivo de la creación del conocimiento y la gestión de la información como fuente de poder, riqueza y significación cultural, es decir, la identidad. 4. La interdependencia global de las sociedades mediante la integración de todas sus actividades en redes globales de comunicación”.

³⁶ Volveremos sobre el tema cuando hablemos de los atributos del contrato electrónico (*infra*, 3. 4).

³⁷ Vid. Flash Eurobarometer 359: Retailers’ Attitudes Towards Cross-Border Trade and Consumer Protection, p. 5, en donde se aclara lo siguiente: “Direct sales via shops continue to be the most used retail channel, although use of Ecommerce/internet is increasing - up 10 percentage points to 51% since 2011. Distance sales continue to increase (up 8 percentage points to 61%), predominantly driven by this increased use of E-commerce/internet. The larger the retailer, the more likely they are to use at least one distance sales channel, and the higher the average number of distance channels used”.

³⁸ Vid. En este sentido el artículo 97.7 del TRLGDCU, cuando aclara: “Los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los requisitos

la diferencia estribará en cuanto a su formación, la cual puede ser instantánea o sucesiva, según el medio que se emplee para celebrar el contrato. Por otra parte, con la aparición de la figura de la contratación a distancia se han ido acortando cada vez más los límites entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes, prueba de ello es en la actual DDC, en donde el legislador europeo ha definido el termino contrato a distancia (art. 2.7) tal y como quedó visto.

Dentro de la sociedad de la información encontramos el concepto de “comercio electrónico” entendido como una modalidad de hacer negocios a través de Internet, ya sea a nivel nacional o internacional, en donde las fronteras no tienen límites³⁹. Por ello, el legislador nacional e internacional se han visto en la necesidad de crear un marco jurídico para brindar seguridad jurídica tanto a vendedores como a compradores que realicen sus transacciones en Internet.

Empero, no tendrán la consideración de servicios de la información los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex, el intercambio de información por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3 a) de la Ley 25/1994, de 12 de

que figuran en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley”.

³⁹ Cfr. VARGAS explica que el comercio electrónico se usa para describir el conjunto de las relaciones electrónicas, empresariales y no empresariales jurídicas, y no jurídicas que implican la transmisión electrónica de datos comerciales o de productos de forma digital (VARGAS (2000), p. 32); RODRÍGUEZ y LOZA sostienen que el comercio electrónico es cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente prescindiendo de cualquier tipo de contacto físico. Esta es una definición muy amplia, ya que según ella abarcaría mucho más que la compra y venta de productos y/o servicios (actividad comercial *stricto sensu*) (RODRÍGUEZ y LOZA (2002) p. 41); Para PÉREZ, el comercio electrónico en Internet engloba a los siguientes sujetos: empresas, consumidores, administraciones públicas, usuarios y un número ilimitado de participantes, conocidos y desconocidos (PÉREZ (2004) p. 5).

julio⁴⁰, los servicios de radiodifusión sonora y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

La contratación a distancia y, por ende, la contratación electrónica han tenido un largo camino legislativo en la UE⁴¹. En el Derecho español son diversas las leyes que regulan el fenómeno de la contratación electrónica. Estas normas se han dictado en atención a la transposición de la normativa comunitaria en materia de protección del consumidor, regulando diversos aspectos, tales como las diferentes etapas de celebración del contrato (perfeccionamiento y ejecución), condiciones generales y los deberes pre y postcontractuales de información, entre otros aspectos. No obstante, esta diversidad de leyes ha provocado problemas de fragmentación jurídica e interpretación, razón por la cual se ha tratado de resolver este problema a través de intentos de unificación parcial, como ocurrió con la Ley de Consumidores del año 2014, la cual transpuso la DDC al ordenamiento jurídico nacional, creando un régimen unitario para el caso de los contratos a distancia (arts. 92-108 TRLGDCU). Sin embargo, cuando el contrato se realice por medios electrónicos, ya sea por una página web o correo electrónico, le será de aplicación también la LSSI, por lo tanto, sigue existiendo la dispersión normativa en la materia comentada.

La contratación electrónica es la modalidad del comercio internacional y nacional que, sin duda, tiene un mayor impacto dentro de estas nuevas tecnologías⁴². Por ello, no es de extrañar que la UE cada día se preocupe más por mejorar el servicio en materia de telecomunicaciones. Prueba de esto, es la creación del nuevo Organismo de Reguladores Europeos de

⁴⁰ Por medio de esta norma se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya.

⁴¹ Vid. *Supra*, 1.1.

⁴² Vid. MARTÍN (1995) p. 29: *"En el actual mercado único europeo sería deseable que los consumidores, cuando decidan adquirir un producto o contratar la prestación de un servicio, puedan elegir no solo libre y conscientemente, sino también en las mejores condiciones económicas para sus bolsillos. Sin embargo, cada vez se conocen más anécdotas en las que alguien ha sido víctima de una publicidad engañosa, de abusos indiscriminados, de la compra de productos defectuosos o de la recepción de pésimos servicios. De ahí que la UE, a la vez que fomenta el buen saber hacer y las prácticas correctas de los industriales y profesionales, este intensificando sus esfuerzos con miras a proteger los intereses económicos de la parte más débil en estas relaciones: los consumidores"*.

las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)⁴³, cuya finalidad es mejorar las condiciones de competencia e impulsar las telecomunicaciones que evolucionan rápidamente, como la Internet móvil.

La definición legal de contrato electrónico la encontramos en la LSSI, la cual en su anexo (letra h) lo define “*como aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones*”. La mayoría de la doctrina española coincide con este concepto al señalar que el contrato celebrado por vía electrónica es aquel que se realiza mediante la utilización de redes telemáticas, ya sea a través de páginas web pasivas o activas, correo electrónico u otros medios⁴⁴.

Por otro lado, es importante hacer la distinción entre contratación electrónica directa e indirecta, pues dependiendo de que estemos ante uno u otro caso se aplicarán reglas diferentes a la hora de ejecutarse el contrato. La contratación electrónica directa (*on line*) es aquella en la que los bienes son susceptibles de transmitirse mediante la red, como podrían ser la compra de música, libros, revistas digitales o periódicos en formato electrónico, es decir,

⁴³ Vid. IP/10/62, Bruselas, 28 de enero de 2010, [el] nuevo regulador de la UE inicia su andadura. “*El ORECE está integrado por los responsables de los 27 reguladores nacionales de las telecomunicaciones, asistidos por una oficina que prestará el apoyo profesional y administrativo necesario para su trabajo. La mayor parte de las decisiones se adoptarán por mayoría de dos tercios. Este nuevo organismo emitirá dictámenes sobre el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones de la UE. Asimismo, el ORECE asesorará, apoyará y complementará los trabajos independientes de los reguladores nacionales de las telecomunicaciones, especialmente en lo que se refiere a las decisiones reguladoras que afecten aspectos transfronterizos*”.

⁴⁴ VATTIER habla de comercio electrónico, refiriéndose a los contratos que se forman por medios electrónicos, como las operaciones que se realizan de manera directa, y discurren en las redes telemáticas, y señala que la característica de estos contratos es su naturaleza consensual, ya que se someten a condiciones generales, y tanto el concurso como la oferta son de formación virtual (VATTIER (2000) p. 411). SAINZ comenta que “*contrato electrónico es aquel que se celebra o perfecciona por medios electrónicos. Se incluyen los contratos por medio de teléfono, del télex, del fax y de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión de datos y documentos*” (SAINZ (2001) p. 646). MORO explica que muchas veces se tiende a confundir contratación electrónica, con comercio electrónico, pero el *e-commerce* tiene una acepción más amplia que el concepto de contratación electrónica (MORO (2005)). APARICIO define a los contratos electrónicos como aquellos que son celebrados entre personas distantes a través del empleo de máquinas informáticas que permiten el intercambio de las diferentes voluntades negociales (APARICIO, 2002).

se refiere específicamente a bienes inmateriales; por lo tanto, el contrato es ejecutado también de manera electrónica, bien sea de forma inmediata o bien diferida en el tiempo (p. ej., una suscripción a un periódico digital). En cambio, la contratación electrónica indirecta (*off line*) es aquella que se perfecciona de manera electrónica, pero su ejecución se realiza por medios tradicionales, como sería la entrega del bien mediante correo o paquetería postal.

Al igual que en materia de contratación a distancia, en contratación electrónica existen determinados contratos, los cuales se excluyen del objeto de su regulación por diversos motivos. En este sentido, el artículo 23.4 de la LSSI aclara: *“No será de aplicación lo dispuesto en el presente título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos, la forma documental pública, o que requieran por la Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles o autoridades públicas se registrarán por su legislación específica”*⁴⁵.

Resuelta la cuestión del concepto y ámbito objetivo del contrato electrónico, pasaremos a ver la delimitación subjetiva.

Cuando los contratantes son empresarios se suele hacer mención a la expresión en inglés *Business to Business (B2B)*⁴⁶. En cambio, si este se lleva a cabo entre particulares, es decir, ninguna de las partes tiene la condición de profesional, se denominará *peer to peer (P2P o C2C)*. Al contrario, cuando actúan un particular y un profesional, estaremos en presencia de una

⁴⁵ Estas excepciones hallan su fundamento en el artículo 9 de la *Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico*. Este precepto, sin embargo, hace una interpretación restrictiva de las exclusiones comentadas, al establecer que: *“Los Estados miembros no podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes: a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de Derecho de familia o sucesiones”*.

⁴⁶ *Business-to-business* es la transmisión de información referente a transacciones comerciales electrónicas, normalmente utilizando tecnología como la Electronic Data Interchange (EDI), presentada a finales de los años 1970 para enviar electrónicamente documentos tales como pedidos de compra o facturas. Referencia tomada en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Business-to-business>.

contratación *Business to consumer (B2C)*⁴⁷. Sobre esta última clasificación centraremos nuestra atención, ya que a estos contratos les es aplicable la normativa de protección del consumidor, razón por la cual se le concederá a éste el derecho de desistimiento en ciertos casos.

Además de la clasificación apuntada, encontramos el comercio electrónico desarrollado a través de intermediarios, como sería el caso de “eBay” o “mercado libre”. A estas empresas se les conoce como intermediarios *on line*⁴⁸, pues crean “plataformas informáticas⁴⁹”, las cuales permiten la celebración de contratos *B2B* y *B2C*, incluyendo la venta e intercambio de bienes y servicios entre particulares⁵⁰. No obstante, existen otras clasificaciones, las cuales quedan fuera del objeto de nuestro estudio, entre las que encontramos: *Business to Administration (B2A)*, es decir, las nacidas entre una persona física o jurídica y las administraciones o poderes públicos; y, por último, la clasificación *Business to Employees (B2E)*, que es la relación comercial entre las empresas y sus empleados⁵¹. Como podemos observar, el fenómeno de la contratación electrónica es extenso, ya que abarca tanto a materias de Derecho Público como de Derecho Privado.

⁴⁷ B2C es la abreviatura de la expresión *Business-to-consumer* («del negocio al consumidor», en inglés). B2C se refiere a la estrategia que desarrollan las empresas comerciales para llegar directamente al cliente o consumidor final.

Para PINOCHET, el contrato electrónico es el contrato escrito contenido en soporte electrónico y firmado digitalmente por las partes. Su forma electrónica no es requisito *sine qua non* para existir pues elevaríamos el soporte material a elemento de existencia, olvidándonos del consentimiento expresado en ese medio que es la característica determinante de su clasificación (PINOCHET (2001) p. 44).

⁴⁸ Los intermediarios online son compañías que facilitan las transacciones entre compradores y vendedores, y como contraprestación económica reciben un porcentaje del valor de la transacción. La mayoría de las transacciones se realizan a través de estos intermediarios, que pueden ser brokers o «informediarios», genéricos o especializados, respectivamente.

⁴⁹ En informática, una plataforma es un sistema que sirve como base para hacer funcionar determinados módulos de hardware o de software con los que es compatible. Dicho sistema está definido por un estándar alrededor del cual se determina una arquitectura de hardware y una plataforma de software (incluyendo entornos de aplicaciones). Al definir plataformas se establecen los tipos de arquitectura, sistema operativo, lenguaje de programación o interfaz de usuario compatibles.

⁵⁰ Vid. CARBAJO (2010) p. 166.

⁵¹ B2E (del inglés *business to employee*, empresa a empleado) es la relación comercial que se establece entre una empresa y sus propios empleados. Por ejemplo, una empresa aérea puede ofrecer paquetes turísticos a sus empleados a través de su propia intranet y, además de sus ofertas puede incluir las de compañías aéreas asociadas.

En la contratación electrónica se prevén ciertos principios como especialidad de esta, entre los que encontramos *la equivalencia funcional, buena fe, neutralidad tecnológica e inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos*. Los principios comentados tienen su origen en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), y para el Comercio Electrónico, realizada en 1996 y reformulada en 1998, la cual en su momento tuvo como objetivo hacer frente a los nuevos desafíos tecnológicos que se presentarían a lo largo del siglo XXI en materia de contratación internacional⁵². La norma comentada ha sido tomada como referencia por los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, con el fin de regular la contratación electrónica en sus ordenamientos jurídicos. A continuación comentaremos en qué consiste cada uno de estos principios.

1. *“La equivalencia funcional”* supone validez jurídica al contrato electrónico, así como a la firma y al documento electrónicos⁵³, el fin de no discriminar los distintos actos jurídicos celebrados por medios tecnológicos⁵⁴, tal y como lo aclara el artículo 23.1 LSSI: *“Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”*. De esta manera, la ley permite celebrar contratos electrónicos sin necesidad de previo acuerdo, prevaleciendo la libertad de forma.

2. *La “buena fe”* es otro de los principios rectores en todo tipo de contratación, pues contiene una pluralidad de matices y consecuencias⁵⁵. Es un pilar básico del comercio electrónico, siendo un postulado de la inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica⁵⁶.

⁵² Cfr. ILLESCAS (2007) pp. 22 y 23.

⁵³ Vid. RICO (2007) p. 274.

⁵⁴ Vid. MADRID (2003) p. 23.

⁵⁵ Vid. DIEZ en WIEACKER (1982) p. 19: *“a) la buena fe es considerada, en primer lugar, como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y, por consiguiente, como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma; b) la buena fe es tenida en cuenta, en segundo lugar, como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe; c) la buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico”*.

⁵⁶ Vid. ILLESCAS (2001) p. 54.

Hay que hacer una distinción. La “buena fe subjetiva” consiste en la conducta correcta de los contratantes dentro de la relación jurídica, es decir, de estar actuando conforme a Derecho o, por la ignorancia de estar dañando a un tercero⁵⁷. En cambio, la “buena fe objetiva” es entendida como un modelo de comportamiento honrado, leal y correcto que debe regir en el desenvolvimiento de cualquier relación jurídica, y lleva consigo, por tanto, una valoración de carácter ético-social⁵⁸.

3. La “libertad contractual”. Este principio está reconocido en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo y, al igual que la buena fe, es una manifestación del postulado de inalteración del Derecho de obligaciones y contratos⁵⁹, debido a que la libertad contractual deriva de la libertad del individuo. Si éste es libre para contratar y obligarse, lo que decide le obliga de forma inalterable.

4. La “neutralidad tecnológica”. Con la previsión de este postulado se trata de evitar que las leyes queden obsoletas por motivo de los avances tecnológicos, ya que en la actualidad cualquier medio sirve para celebrar un contrato, por ejemplo, el e-mail, las páginas web, el chat, la videoconferencia, la telefonía móvil, etc.⁶⁰. En este sentido, la DDC, en el punto número 36 de su exposición de motivos, señala: “[E]n los contratos a distancia, es preciso adaptar los requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de determinados medios de comunicación, como las limitaciones de número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios de ventas televisivos. En tales casos, el comerciante debe respetar un conjunto mínimo de requisitos de información y remitir al consumidor a otra fuente de información, por ejemplo facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del comerciante donde

⁵⁷ Vid. DEL OLMO (2004) p. 117.

⁵⁸ *Ibidem*, nota anterior.

⁵⁹ Vid. ILLESCAS (2001) pp. 56-58. HANS Kelsen decía que la obligatoriedad del contrato deriva de la libertad del individuo para contratar, por lo que al intervenir en la creación de esta norma de conducta, llámese contrato, funciona como un legislador de la suya propia sin que le sea posible sustraerse unilateralmente a su observancia por un cambio posterior de voluntad (KELSEN (1974) p. 113).

⁶⁰ Vid. GUIASADO: “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?” GUIASADO (2002), pp. 28 a 47. Sin embargo, como señala la autora, a pesar de que este principio no tiene por objeto privilegiar tecnología alguna, tanto el Derecho comunitario como el español no parecen respetarlo al privilegiar la firma electrónica avanzada, es decir, “la basada en la criptografía asimétrica (clave pública y privada), y que a su vez haya sido certificada por un prestador de servicios de certificación [...]”.

la información pertinente esté directamente disponible y sea fácilmente accesible [...]”.

Así se promueve la innovación tecnológica a nivel comunitario y se fijan las condiciones para mantener un tratamiento igualitario entre las comunicaciones electrónicas, cualquiera sea su forma o medio.

5. *“Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos”.* Según este principio, los contratos celebrados por medios electrónicos entran en la clasificación del Derecho Privado, debido a que el Derecho tecnológico no ha adquirido una autonomía propia, tal y como aclara Rincón Cárdenas: “[...] no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico, en relación con determinados contratos, ha determinado un cambio en el Derecho aplicable, y esto como consecuencia, en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del comercio electrónico”⁶¹.

6. DEBERES CONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Los deberes contractuales de información se encuentran regulados en distintas normas, tales como los servicios financieros⁶², tiempo compartido⁶³, crédito al consumo⁶⁴, etc. Por lo que toca a nuestro objeto de estudio, la DDC prevé en sus artículos 5, 6 y 8, la información contractual que el empresario debe otorgar al consumidor cuando éste realice contratos a distancia. Los preceptos comentados están regulados en los artículos 60, 97 y 98 del TRLGDCU.

La importancia de los deberes contractuales radica, entre otras cosas, en que el consumidor forme libre y correctamente su voluntad contractual, al permitirle elegir, de entre las opciones posibles, el producto que desea adquirir, favoreciendo de este modo la transparencia del mercado⁶⁵.

Entre la información más relevante que el empresario tiene la obligación de entregar al consumidor durante el proceso de contratación (incluso al momento de concluirse el contrato), hallamos las siguientes: las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes y servicios; la identidad del comerciante como su nombre comercial; la dirección geográfica del comerciante y el número de

⁶¹ RINCÓN (2006) p. 31.

⁶² Vid. Artículos 7-9 de la Ley 22/2007, de servicios financieros a distancia.

⁶³ Vid. Artículos 7-9 del Real Decreto 8/2012, de tiempo compartido.

⁶⁴ Vid. Artículos 7-13 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

⁶⁵ Vid. SERRANO y SÁNCHEZ (2013) p. 26, especialmente nota al pie, núm. 6.

teléfono; el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos; el coste de la utilización de la técnica a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica; los procedimientos de pago; cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho; cuando proceda, la existencia de garantías comerciales, así como sus condiciones, etc. Además, cuando la contratación se lleve por medios electrónicos, el empresario deberá otorgar la información prevista en los artículos 10, 27 y 28 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art. 97.7 TRLGDCU).

Cabe señalar que la mayoría de estos deberes se repiten en los artículos 60 y 97 TRLGDCU, razón por la cual hubiese sido preferible que el legislador europeo y español emplearan la siguiente frase: “*cuando la contratación se realice a distancia o por medios electrónicos, adicionalmente se proporcionará la siguiente información*”. De esta manera, se hubieran evitado problemas de técnica legislativa. Lo anterior no quiere decir que estemos en contra de los deberes contractuales de información previstos en el TRLGDCU, por el contrario, se refuerza la protección del consumidor al brindarle información clara y comprensible.

7. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Con la transposición de la *Directiva 97/7* de contratos a distancia, a través de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista), arts. 38-48), se previó un derecho de desistimiento a favor del consumidor o usuario que comprara bienes o contratara servicios a distancia. No obstante, con la entrada en vigor del TRLGDCU en el año 2007, se crea un régimen general de la figura jurídica comentada, el cual fue criticado por la doctrina⁶⁶ debido a que solo tomaba en cuenta dos formas de conclusión de contratos: los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y la contratación a distancia, dejando intacto el régimen jurídico de la LOCM (art. 48). Sin embargo, con la transposición de la DDC por medio de la Ley de Consumidores se unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratos celebrados a distancia como en contratación a distancia (arts. 102-108)⁶⁷. De esta manera, el plazo para desistir del contrato es de 14 días naturales, los cuales se computan de distinta manera: para el caso de servicios, el día de la firma del contrato (art. 104 a del TRLGDCU); en cambio, para el caso de los bienes, el plazo para desistir comienza el día en que el consumidor o un

⁶⁶ Vid. GONZÁLES (2010) p. 125-162; PAISANT (2009) pp. 695-708 y PICATOSTE (2009) pp. 735-758.

⁶⁷ Vid. BERMÚDEZ (2014) pp. 104-117.

tercero por éste indicado adquiriera la posesión material de los bienes (art. 104 b TRLGDCU).

La definición legal de derecho de desistimiento, la encontramos en el artículo 68.1 TRLGDCU: *“el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*. Asimismo, el derecho de desistimiento del consumidor tiene distintos fundamentos, dependiendo de la forma de conclusión del contrato ante la que nos encontremos, por ejemplo, para el caso de contratos a distancia se otorga al consumidor, debido a que éste no tiene la posibilidad real de analizar las características del producto o servicio, ya que muchas veces sólo se le muestra en imágenes; por el contrario, el derecho de desistimiento en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, halla su fundamento en que el consumidor es cogido por sorpresa, por lo tanto no puede comparar otras ofertas⁶⁸.

El consumidor puede ejercer de manera libre su derecho de desistimiento notificándose a la otra parte, sin indicar motivo alguno (art. 68.1 TRLGDCU), recayendo en él la carga de la prueba del ejercicio (art. 106.4 TRLGDCU), por ende, sería aconsejable que utilizara el formulario previsto en el anexo b) del TRLGDCU, el cual facilita su ejercicio y se constituye como un medio de prueba⁶⁹.

⁶⁸ Vid. Exposición de motivos de la DDC en su punto 37, cuando aclara: *“Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado, en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica. El ejercicio del derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato”*.

⁶⁹ Vid. Exposición de motivos de la DDC en su punto 44, cuando señala: *“Las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento existentes en los Estados miembros han ocasionado costes a los comerciantes que realizan ventas transfronterizas. La introducción de un modelo armonizado de formulario de desistimiento que el consumidor pueda utilizar debe simplificar el proceso de desistimiento y aportar seguridad jurídica. Por estas razones, los Estados miembros deben abstenerse de añadir requisitos de presentación al formulario modelo para toda la Unión, por ejemplo, en cuanto al tamaño de letra. No obstante, el consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que quiere desistir del contrato*

Por otra parte, las consecuencias de su ejercicio varían dependiendo si se trata de bienes o servicios. Para el primer caso, la Ley exige al consumidor devolver el bien en el plazo de 14 días (art. 108.1 TRLGDCU), imputándosele únicamente los gastos de devolución, en caso de que el comerciante no los haya asumido. Sin embargo, si el comerciante no le informó al consumidor o le informó de manera errónea de su derecho de desistimiento, el consumidor no tiene la obligación de asumir los gastos de devolución (art. 108.4-3 TRLGDCU). En cambio, para el caso del ejercicio del desistimiento en materia de servicios, el consumidor deberá abonar la parte proporcional del servicio ya prestado, el cual se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio (art. 108.3). No obstante, el consumidor no asumirá ningún coste por: la prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

a) El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien

b) El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3; o bien

1) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

a) El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102.

b) El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento (art. 108.4 TRLGDCU).

Por último, existen excepciones totales y parciales en materia de derecho de desistimiento (arts. 93 y 103 del TRLGDCU), las cuales hallan su fundamento por diversos motivos⁷⁰.

dirigida al comerciante sea inequívoca. Una carta, una llamada telefónica o la devolución de los bienes acompañadas de una declaración clara podría satisfacer este requisito, si bien la carga de la prueba de haber desistido en los plazos establecidos por la Directiva debe recaer sobre el consumidor. Por este motivo, redundará en interés del consumidor la utilización de un soporte duradero al comunicar su desistimiento al comerciante”.

⁷⁰ Vid. ZURILLA (2013) pp. 561-571.

8. OTRAS CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES

Una vez vistas las cuestiones primarias en las que se centró el legislador europeo al momento de elaborar la DDC, es decir, los deberes contractuales de información y el derecho de desistimiento, veremos de manera general puntos que también fueron armonizados por la legislación nacional al transponer la DDC, entre los que encontramos: la nulidad de cláusulas abusivas (art. 83 TRLGDCU); la transmisión del riesgo de los bienes comprados mediante un contrato de venta (art. 66 ter TRLGDCU) y la prohibición de envíos y suministros no solicitados (art. 66 *quáter* TRLGDCU).

El artículo 83 TRLGDCU declara textualmente: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*. Este artículo fue modificado en su redacción, debido a que España no había transpuesto correctamente el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas; esto de acuerdo con la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito⁷¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio

⁷¹ Hasta antes de la entrada en vigor de la DDC, la redacción del artículo 86 TRLGDCU era la siguiente: *“Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.*

^{1.} *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*

^{2.} La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

de buena fe objetiva. En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la *Directiva 93/13/CEE*, de 5 de abril de 1993⁷².

Otra de las cuestiones jurídicas relevantes que se armonizan es la relativa a la transmisión de riesgo en materia de bienes. Cabe aclarar que hasta antes de la entrada en vigor de la DDC, en la legislación española se preveía con carácter general en materia de compraventa la atribución de los riesgos al comprador (art. 1452 CC)⁷³. Sin embargo, no se señalaba a partir de qué momento se transmitía el riesgo al consumidor. En este sentido, el TRLGDCU es más específico al señalar en el artículo 66 ter lo siguiente: “*Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste*”.

La regla comentada se creó debido a que, a nivel comunitario, uno de los principales obstáculos que encuentran los consumidores cuando compran bienes es lo relativo a su pérdida o deterioro, tal y como señala la exposición de motivos de la DDC, en su punto 51:

⁷² Vid. Exposición de motivos de la Ley de Consumidores del año 2014, punto III.

⁷³ Vid. RODRÍGUEZ (2009) pp. 1694-1695, cuando aclara: [...] “*La doctrina tradicional y la jurisprudencia mayoritaria han entendido que el artículo 1452 regula la atribución de los riesgos en el contrato de compraventa, sentando el criterio de que el riesgo corre a cargo del comprador («periculum est emptoris»), si bien distingue dos supuestos distintos: uno, que rige para las ventas de cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente y por un solo precio, en cuyo caso se imputan los riesgos al comprador; y otro, que rige para las cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado, con relación al peso, número o medida, respecto de las cuales no se imputarán tales riesgos al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que se haya constituido en mora [...]. Las razones esgrimidas para justificar la regla «periculum est emptoris», en el artículo 1452 se concretan en que el precepto ha adaptado el sistema de riesgos seguido en nuestra tradición histórica, de pura estirpe romana, en virtud del cual quien se beneficia de los «*commoda obligationis*» desde que surge la obligación de entrega, debe soportar el «*incommodum*» (riesgo) de la pérdida fortuita de la cosa vendida, lo que se evidencia conforme a una interpretación «a sensu contrario» del artículo 1452.III, como del artículo 1096.III”.*

Las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega. El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva. Las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes. Debe considerarse que el consumidor tiene el control de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad).

Asimismo, se armonizan las reglas referentes a los bienes y servicios no solicitados, debido a que se considera una práctica comercial desleal, por lo tanto: *“queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza”* (art. 66.1 quáter TRLGDCU). Sin embargo: *“si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado”* (art. 66.2 quáter TRLGDCU⁷⁴).

9. CONCLUSIÓN

La contratación a distancia, a nivel comunitario y europeo, ha sufrido una transformación total al armonizarse plenamente ciertos aspectos, entre los que se encuentran los deberes contractuales de información y el derecho

⁷⁴ Vid. Exposición de motivos de la DDC, punto 60: *“Dado que el suministro no solicitado, que consiste en suministrar a los consumidores bienes o prestarles servicios que no han solicitado, está prohibido por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), pero no se prevé en la misma ninguna vía de recurso contractual, es necesario introducir en la presente Directiva una vía de recurso contractual que permita dispensar al consumidor de la obligación de efectuar pago alguno por dicho suministro o prestación no solicitados”*.

de desistimiento. El punto de partida fue la aprobación de la Directiva 97/7, de contratos a distancia, la cual adoptaba un enfoque de armonización mínima. Sin embargo, con la aparición de los libros verdes, en los años 2001 y 2007 se pusieron de manifiesto ciertos problemas que obstaculizaban el aprovechamiento del mercado al haber fragmentación de normas, razón por la cual se aprueba la DDC del año 2011.

La DDC no hace honor a su nombre, puesto que sólo abarca dos materias: la de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y la contratación a distancia, excluyéndose la contratación electrónica. Su transposición al Derecho español se ha dado por medio de la Ley 3/2014 de modificación del TRLGDCU, en donde se unifica el régimen jurídico de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (arts. 92 y 108).

El Derecho del consumo de alguna manera ha armonizado la legislación de los Estados miembros en lo tocante a determinadas formas de conclusión del contrato, tales como tiempo compartido, crédito al consumo, servicios financieros a distancia, etc. Ha sido un proceso largo, el cual se renueva constantemente, debido a que el Derecho evoluciona y, en consecuencia, siempre surgen nuevos problemas.

Por otro lado, estamos de acuerdo con la técnica de la armonización plena, la que fue adoptada por el legislador europeo a partir del año 2002, con el fin de contrarrestar los problemas de fragmentación jurídica y aumentar la protección del consumidor en ciertos aspectos, debido a que la técnica de la armonización mínima ocasionó fragmentación de normas, desaprovechándose las ventas a distancia transfronterizas, puesto que se afectaba la confianza de los consumidores en el mercado interior al desconocer la ley que se aplicaría al contrato celebrado.

BIBLIOGRAFIA CITADA

APARICIO, Juan (2002): "Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del e-commerce", *Revista Electrónica de Derecho Informático* (n° 51).

BERMÚDEZ, María (2014): "La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (n° 9) pp. 104 - 117.

CÁMARA, Sergio (2005): "El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo", en REYES LÓPEZ, María (Coord.): *Derecho Privado de Consumo* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 45 - 72.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2001): *Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (1996, 1993, 2001, 2002, 2008, 2010) *Comunicación de la Comisión "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006"*, 23 p. Disponible en: <http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm#2001>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

_____ (2007): *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, 34 p. Disponible en: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_es.pdf>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

CARBAJO, Fernando (2010): "La distribución en internet", en HERRERO GARCÍA, María (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial* (Pamplona, Aranzadi) pp. 163 - 212.

CORCHERO, Miguel y GRANDE, Ana (2007): *La Protección de los Consumidores, Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura* (Navarra, Aranzadi) 161 pp.

DEL OLMO, Natalia (2004): *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia* (Navarra, Aranzadi) 308 pp.

GARCÍA, Ángel (2000): "La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos", *Revista de la contratación electrónica* (nº 6) pp. 29 - 35.

GONZÁLES, C. (2010): "El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia", HERRERO GARCÍA, María (Dir.): *La contratación en el sector de la distribución comercial* (Pamplona, Aranzadi) pp. 125 - 162.

GONZÁLES, Luis (1999): "La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia Gut Springenheide", *Derecho de los Negocios* (nº 103) pp. 1 - 15.

_____ (2008): "La nueva Directiva de crédito al consumo o el discreto encanto de una armonización total (con muchas excepciones)", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (nº 6) pp. 25 - 36.

GUISADO, Ángela (2002): "El comercio electrónico y su disciplina: ¿Un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Derecho de los Negocios* (nº 145) pp. 28 - 47.

- ILLESCAS, Rafael (2007): "Los principios de la contratación electrónica, revisitados", MADRID PARRA, Agustín, (Dir.): *Derecho patrimonial y tecnología* (Madrid, Marcial Pons) pp. 21 - 38.
- (2001): *Derecho de la Contratación Electrónica* (Madrid, Civitas) 351 pp.
- KELSEN, Hans (1974): *El contrato y el tratado, analizado desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho* (Madrid, Nacional) 165 pp.
- MADRID, Agustín (2003): "Regulación del comercio electrónico: examen comparado de las leyes modelo de Uncitral", *Derecho y nuevas tecnologías* (n° 2) pp. 15 - 41.
- _____ (2000): *Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de Certificación* (Segunda edición, Madrid, Civitas) 305 pp.
- MARTÍN, Juan (1995): "Intereses económicos de los consumidores en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos* (n° 10) pp. 29 - 46.
- MORO, María (2005): "La contratación en el comercio electrónico luces y sombras", *Revista de Derecho Informático* (n° 80).
- PAISANT, Gilles (2009): "Los derechos de desistimiento de los consumidores en Francia", GARCÍA RUBIO, M. P. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (España, Civitas) pp. 695 - 708.
- PÉREZ, José (2004): "Vino añejo en botellas nuevas: Algunas consideraciones sobre la autonomía de la voluntad y las condiciones generales de contratación en el ciberespacio", *Revista de Contratación Electrónica* (n° 49) pp. 3 - 52.
- _____ (2007): "Convergencia digital, interconexión de redes IP y otras revoluciones tecnológicas: hacia la convergencia de la defensa de la competencia y la regulación de las comunicaciones electrónicas en la sociedad", *Revista de Contratación Electrónica* (n° 79) pp. 33 - 44.
- PICATOSTE, Victoria (2009): "El intento de unificación del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias: la obligación de información", GARCÍA RUBIO, M. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río, Civitas* (España) pp. 735 - 758.
- PINOCHET, Ruperto (2001): *Contratos electrónicos y defensa del consumidor* (Barcelona, Marcial Pons) 306 pp.

- RICO, Mariliana (2007): "Aspectos jurídicos de la contratación electrónica", RICO CARILLO, Mariliana (Coord.): *Derecho de las nuevas tecnologías* (Buenos Aires, La Rocca) 653 pp.
- RINCÓN, Erick y BARRANTES, Claudia (2006): *Contratación electrónica* (Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario) 237 p.
- RODRÍGUEZ, R (2009): *Comentarios al Código Civil*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) (Tercera edición, Navarra, Aranzadi).
- RODRÍGUEZ, Carlos y LOZA, María (2002): "Los servicios de localización y la contratación móvil en España", *Revista de Contratación Electronica* (nº 26) pp. 41 - 58.
- RODRÍGUEZ, F. (2009): "Comentarios a los artículos 1445-1456 del CC", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.): *Comentarios al Código Civil* (Tercera edición, Navarra, Aranzadi).
- SAINZ, A. (2001): "Contratación electrónica", *AC* (nº 2) pp. 645 - 677.
- SERRANO, María y REYES, Lería (2013): "Del código civil a las directivas comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (nº 31) pp. 23 - 62.
- TUBELLA, Imma (2010): "La sociedad de la información y del conocimiento", MADRID PARRA, Agustín (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología* (Madrid, Marcial Pons) pp. 459 - 464.
- VARGAS, M. (2000): "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *Revista de Contratación Electrónica* (nº 4) pp. 25 - 68.
- VATTIER, Carlos (2000): "El régimen legal de la firma electrónica", *AC* (nº 1) pp. 411 - 419.
- WIEACKER, Franz (1982): *El principio general de la buena fe* (Carro, J. L., Trad.) (Madrid, Civitas) 98 pp.
- ZURILLA, María (2013): "Ámbito y excepciones del desistimiento en el TRLCU y en la Directiva 83/2011", CARRASCO PERERA, A. (Dir.): *Tratado de la compraventa, Tomo I* (Navarra, Aranzadi) pp. 561 - 571.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Acta Única Europea (DOCE no L 169, del 29 de junio de 1987). Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm>, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2009.

Cumbre de París. Disponible en: <<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas>>, fecha de consulta: 9 de noviembre de 2010.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. *Diario Oficial*, 7 de julio de 2000.

_____ 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones. *Diario Oficial*, 8 de agosto de 2000.

_____ 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *Diario Oficial*, 24 de abril de 2004.

_____ 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. *Diario Oficial*, 9 de octubre de 2002.

_____ 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida. *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 2002.

_____ 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros. *Diario Oficial*, 15 de enero de 2003.

_____ 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). *Diario Oficial*, 12 de abril de 2003.

_____ 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 2003.

_____ 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. *Diario Oficial*, 31 de abril de 2004.

_____ 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). *Diario Oficial*, 11 de junio de 2005.

_____ 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. *Diario Oficial*, 27 de diciembre de 2006.

_____ 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 2007.

_____ 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 2007.

_____ 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2008.

_____ 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios. *Diario Oficial*, 27 de febrero de 2007.

_____ 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. *Diario Oficial*, 14 de agosto de 2009.

- _____ 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. *Diario Oficial*, 14 de agosto de 2009.
- _____ 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios. *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1985.
- _____ 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.
- _____ 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. *Diario Oficial*, 23 de junio de 1990.
- _____ 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE. *Diario Oficial*, 11 de agosto de 1992.
- _____ 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial*, 21 de abril de 1993.
- _____ 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos. *Diario Oficial*, 31 de mayo de 1994.
- _____ 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 - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3. *Diario Oficial*, 4 de junio de 1997.
- _____ 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores. *Diario Oficial*, 26 de marzo de 1997.

Directiva de contratación a distancia COM (92), 11 final de 20 de mayo de 1992. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>>, fecha de consulta: 14 de diciembre de 2009.

Directiva de publicidad engañosa en: DOCE no L 376 de 27 de diciembre de 2006. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2006:376:SOM:ES:HTML>>, fecha de consulta: 4 de abril de 2010.

Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico. *Diario Oficial*, 19 de julio de 2000.

Directive 2011/83/EU Of The European Parliament And Of The Council, of 25 October 2011, on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. *Diario Oficial*, 22 de noviembre de 2011.

European Comission, Consumer affairs - Rights - General Contractual rights. Disponible en: <http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm#uct>. Fecha de consulta: 9 de octubre de 2011.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. *Boletín Oficial del Estado* n° 151, 25 de junio de 2011.

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. *Boletín Oficial del Estado* n° 166, 12 de julio de 2007.

Programa Preliminar (DOCE no C 092, de 25 de abril de 1975). Disponible en: <<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=46469:cs&lang=es&list=46469:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>>. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2010.

Reglamento (CE) n° 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril. *Diario Oficial de la Unión Europea* n° 315, 3 de diciembre de 2007.

Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91. *Diario Oficial de la Unión Europea* n° 46, 17 de febrero de 2004.

Reglamento (CE) n° 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2560/2001. *Diario Oficial de la Unión Europea* n° 266, 9 de octubre de 2009.

Tratado de Ámsterdam (DOCE no C 325, de 12 de diciembre de 2002, versión consolidada). Disponible en: <<http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2010.

Tratado de Roma. Disponible en: <<http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Francesco Benincasa contra Dentalkit* (1997): 3 de julio de 1997, Asunto C-269/95. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0269&from=ES>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993): 19 de enero de 1993, Asunto C-89/91. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_035_R_0005_03&qid=1414636484565&from=EN>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Petra Engler contra Janus Versand GmbH* (2005): 20 enero 2005, Asunto C-27/02. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0027&rid=1>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Johann Gruber contra Bay Wa Ag* (2005) 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0464&qid=1414637219424&from=ES>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

APORTES DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO A LA CODIFICACIÓN IUS INTERNACIONAL PRIVATISTA*

Contributions of the Venezuelan Private International Law to the coding of International Ius Privatizing

YARITZA PÉREZ PACHECO**

Universidad Central de Venezuela
Caracas, Venezuela

RESUMEN: Hablar de los aportes de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana en la codificación ius internacional privatista es remontarnos a intentos de codificación interna de vieja data. En Venezuela, esta disciplina nace en las aulas universitarias en 1897, pero no es sino hasta 1998 cuando el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose la primera Ley autónoma en el continente americano. A 16 años de la promulgación de la Ley, el balance es altamente positivo, tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, sirviendo incluso de inspiración a los países americanos para impulsar reformas internas en la materia. Por ello,

* Las ideas aquí expuestas tienen su origen en la ponencia presentada en el marco del XXIX Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Puebla, México, del 28 de noviembre al 3 de diciembre de 2005.

** Abogada (1999), Magíster Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado (2005), Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Investigador-Docente en el Instituto de Derecho Privado adscrita a la Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV, Profesora de Derecho Internacional Privado en la Escuela de Derecho, UCV. También ha impartido la asignatura de Derecho Internacional Privado en la UCAB y UNIMET. Autora del libro "La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado", UCV, 2008, así como de varios artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras.

Artículo recibido el 1 de abril de 2014 y aprobado el 11 de septiembre de 2014.

a través de un estudio exegético se aborda la historia legislativa del Derecho Internacional Privado venezolano y sus repercusiones en el desarrollo de esta disciplina más allá de sus fronteras.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado – Codificación - Conflicto de Leyes.

ABSTRACT: Discuss about the contributions of the Venezuelan Private International Law to the coding of International *Ius Privatizing* addresses us to the attempts of internal encoding of the rules of old data. In Venezuela, they were born inside the universities' classrooms in 1897; however, the interest of the academy was extended to the legislative's scope, approving after a long journey, in 1998 the Law of Private International Law, which was the first of its kind in the Americas. After Sixt teen years of enforcement of the Law, the balance is highly positive, both at the judicial precedents and the scholar doctrine, even working as an inspiration in the American countries to encourage their internal reforms in this field. Therefore, through an exegetical study, this article addresses the legislative's history of Venezuela's Private International Law and its impact on the development of this discipline beyond its territorial frontiers.

KEYWORDS: Private International Law, codification, conflict of laws.

PRESENTACIÓN

El Derecho Internacional Privado venezolano como disciplina jurídica autónoma nace en las aulas universitarias en 1897. Por ello, se afirma que esta materia por muchos años sólo tuvo interés para los profesores universitarios, no haciéndose sentir en la práctica judicial. No obstante, el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose así la primera Ley autónoma en materia de Derecho Internacional Privado en el continente americano.

Entre los países que han modificado sus normas de Derecho Internacional Privado, regulándolas de manera conjunta y agrupándolas en un único cuerpo normativo o ampliando los existentes, podemos citar: Albania, Australia, Austria, Bélgica, China, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Japón, Polonia, Portugal, Rumania, Suiza, Turquía y Venezuela. Y entre los que han iniciado un camino en esta dirección, destacan los Proyectos de Argentina, Uruguay, México y España.

Los sistemas de Derecho Internacional Privado del hemisferio americano no escapan de la dispersión normativa a la que estamos acostumbrados. Salvo Venezuela con una regulación especial en la materia,

nuestros países se encuentran distribuidos y fraccionados por distintos cuerpos legislativos y leyes especiales, en algunos casos se incluyen normas de Derecho Internacional Privado en el título preliminar del Código Civil¹.

En este contexto, la Ley venezolana ha servido de impulso e inspiración a varios países. En consideración a la necesidad de una ley especial en materia de Derecho Internacional Privado, la profesora argentina Sara Feldstein de Cárdenas considera que *“no puede amputarse el objeto de la disciplina e ignorarse la necesidad de su tratamiento legislativo en una futura, añorada y esperada ley de derecho internacional privado, en un código de derecho internacional para la República Argentina. Quizás alguien escuche nuestro sincero clamor”*².

El Maestro mexicano Jorge Alberto Silva Silva, al analizar la nueva Ley de la República Popular China sobre la materia, nos advierte: *“Las leyes de Derecho Internacional Privado especializadas para cada Estado de la comunidad internacional parecen que van proliferando en el mundo, lo que es signo de que cada país está consciente de su participación en las relaciones internacionales y que éstas se han intensificado”*³.

Sirvan las líneas que preceden para presentarles la experiencia venezolana, tanto académica como legislativa, para alcanzar la autonomía normativa en esta materia, así como sus más importantes logros a dieciséis años de la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado.

I. LAS PRIMERAS TENTATIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA INTERNO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO

1. *Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado, 1912*

Las primeras iniciativas de reforma del sistema interno de Derecho Internacional Privado en Venezuela se producen a comienzos del siglo XX. Así, en agosto de 1912, el jurista Pedro Manuel Arcaya presenta el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado⁴. Por primera vez, las ideas de autonomía legislativa en esta materia se hacen sentir, con una propuesta concreta de codificación interna⁵. Arcaya propone que se eliminen de todos los códigos las disposiciones de Derecho Internacional Privado y

¹ MAGALLÓN (2007) p. 3.

² FELDSTEIN DE CÁRDENAS (2003).

³ SILVA (2010) pp. 863-873.

⁴ PARRA-ARANGUREN (1974) p. 54. Ver texto del proyecto en MAEKELT (1995) pp. 112-129. MAEKELT ET. AL. (2005 a) pp. 5-9.

⁵ PARRA-ARANGUREN (1974) pp. 52-53. BONNEMAISON (2002) pp. 13-14.

se reúnan en una ley especial. El proyecto no llegó a ser presentado para su discusión. Sin embargo, logró influir en la reforma del Código Civil de 1916⁶.

La doctrina internacional vio en el Proyecto Arcaya un trabajo serio, digno de estudio, al que lamentablemente no se le prestó la atención que merecía⁷.

2. Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-1965

En 1958 fue nombrada una comisión especial, por el entonces Ministro de Justicia Andrés Aguilar, integrada por los juristas Joaquín Sánchez Covisa, Roberto Goldschmidt y Gonzalo Parra-Aranguren, para preparar el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, retomándose así la idea de reformar el sistema interno de Derecho Internacional Privado venezolano. En 1963, la comisión presenta el Proyecto de Ley y aun cuando no fue discutido por el Congreso venezolano, la doctrina nacional se manifestó a su favor⁸. A pesar de la publicación del proyecto en 1963, *“el más profundo silencio fue la categórica respuesta del medio jurídico venezolano”*⁹. Como veremos más adelante, este proyecto va a ser ligeramente modificado en 1965.

El proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963 consta de 60 artículos, distribuidos en 12 capítulos¹⁰. Por constituir este proyecto la base fundamental de la actual Ley de Derecho Internacional Privado, hemos considerado relevante exponer brevemente el contenido de cada uno de sus capítulos.

El Capítulo I se dedica a las disposiciones sobre las fuentes, el tratamiento del Derecho extranjero como Derecho, los conflictos de leyes en el Derecho extranjero -en especial los casos de ordenamientos jurídicos plurilegislativos- y algunas instituciones generales de Derecho Internacional Privado (reenvío de primer y segundo grado, reconocimiento de derechos adquiridos y orden público).

En el Capítulo II se prevén disposiciones relativas al domicilio de personas físicas, tanto como factor de conexión como criterio atributivo de jurisdicción, *“mucho más acorde a la idiosincrasia de los Estados del Continente americano”*¹¹. Califica en forma autónoma el domicilio de las personas físicas, entendido como el lugar en el cual se tenga la residencia habitual. Asimismo, contempla el domicilio de la mujer casada, quien podrá tener

⁶ HERRERA (1960) p. 213.

⁷ MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 8.

⁸ MAEKELT (2000 a) p. 126.

⁹ PARRA-ARANGUREN (1998) p. 375.

¹⁰ Ver texto del proyecto en Maekelt (1995) pp. 137-148. MAEKELT *ET. AL.* (2005 a) pp. 15-19.

¹¹ MAEKELT (1979) p. 106.

un domicilio propio y distinto al del marido, el domicilio de los menores y funcionarios públicos.

En el Capítulo III se incluye una de las principales innovaciones del proyecto al referirse a la regulación del estatuto personal, sometiéndolo al derecho del domicilio. Además, incluye normas referentes al cambio de estatuto, el cual no restringe la capacidad adquirida; la institución de la *lex in favore negotii* y somete la constitución y el funcionamiento de las personas jurídicas al derecho del país de su constitución.

El Capítulo IV se dedica a la familia, incluyendo disposiciones relativas a la validez, la forma y los efectos del matrimonio; el divorcio y la separación de cuerpos; la adopción; las relaciones entre padres e hijos legítimos y naturales, además de la filiación.

El Capítulo V se refiere a los supuestos vinculados con la constitución, contenido y extensión de los derechos reales sobre los bienes, los cuales se someten al derecho del lugar de su situación y, en caso de conflictos móviles, se consagra el respeto de los derechos válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el derecho de la nueva situación del bien mueble en cuestión.

El Capítulo VI dispone normas relacionadas a las obligaciones contractuales y extracontractuales. Las primeras se rigen por el derecho indicado por las partes, siempre que exista una vinculación internacionalmente admisible entre ese derecho y la obligación. En ausencia de elección del derecho aplicable, las obligaciones se rigen por el ordenamiento jurídico con el cual están más directamente vinculadas, en razón de sus caracteres objetivos y subjetivos. Por otra parte, somete las obligaciones extracontractuales (hechos ilícitos, la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa) al derecho del lugar donde se realiza el hecho originario de la obligación.

El Capítulo VII se dedica a las sucesiones, las cuales se someten al derecho del domicilio del causante. Consagra el respeto a la legítima y el traspaso de bienes de la sucesión al Estado, en casos donde no existan o se ignoren los herederos.

En el Capítulo VIII se aborda la forma de los actos jurídicos, estableciendo factores de conexiones alternativos, con el fin de favorecer la validez de los mismos.

El Capítulo IX se dedica a la competencia procesal internacional y establece como criterio general atributivo de jurisdicción el domicilio del demandado en territorio de la República. Asimismo, consagra criterios especiales cuando se trate de asuntos originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, las relativas a la universalidad de bienes y al estado

de las personas o relaciones familiares. Además, contiene disposiciones relacionadas con las medidas provisionales, aunque los tribunales venezolanos no tengan jurisdicción para conocer del fondo del litigio. También se incluyen disposiciones sobre la competencia territorial interna.

El Capítulo X se refiere a los requisitos que deben reunir las sentencias extranjeras para que surtan efectos en Venezuela. También se dedica al procedimiento judicial al establecer las normas relativas a la competencia y la forma del mismo, así como también las de cooperación judicial internacional. Además, consagra un trato igualitario al Derecho extranjero con relación al Derecho nacional, obligando al juez a aplicar de oficio el Derecho extranjero competente y al mismo tiempo, conceder los mismos recursos establecidos por la ley.

Por último, en el Capítulo XII se incluyen las disposiciones finales sobre las normas derogadas por la Ley y su entrada en vigor.

El Proyecto 1963-1965 deja plasmada la necesidad de regular el Derecho Internacional Privado de manera autónoma, concretándose los trabajos de armonización y adaptación de las soluciones de los casos con elementos extraños a la realidad venezolana, de un sistema signado por la escasez y dispersión de las normas sobre la materia.

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963, fue ligeramente modificado en 1965. Entre estas modificaciones se destaca, en primer lugar, la referente al cambio de domicilio de las personas físicas. Según el Proyecto de 1963, dicho cambio tiene lugar después de un año de haber ingresado en el territorio del Estado donde es adquirido el nuevo domicilio; en la revisión de 1965 se agrega un elemento: la intención de fijar residencia habitual (artículo 8). Por otra parte, se verifican cambios en el capítulo relativo a la familia, se elimina la diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales al referirse a las relaciones de éstos con sus padres, para englobarlas bajo la mención de “relaciones entre padres e hijos”, sometiéndolas al domicilio del hijo (artículo 25); la adopción se somete al domicilio del padre o del adoptante y al derecho del domicilio del hijo o adoptado (artículo 24), respectivamente; se incorpora una disposición referida a la tutela y demás instituciones de protección de incapaces, reguladas por la ley del domicilio del incapaz (artículo 26)¹².

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1965, aunque no fue objeto de discusión por parte del entonces Congreso de la República, encontró amplia difusión tanto en Venezuela como en el extranjero. Además, el proyecto “*sufrió el impacto de los trabajos emprendidos por la comisión revisora del Código de Procedimiento Civil, designada por el Ministerio de Justicia. En 1975 fue concluido el proyecto que reguló tanto la competencia procesal internacional como el reconocimiento y la ejecución de*

¹² MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 19.

las sentencias extranjeras”¹³. Dichas modificaciones fueron hechas tomando en cuenta los preceptos establecidos en la materia por el Proyecto de Ley de Normas.

Entre las razones por las cuales este proyecto no se convirtió en Ley se mencionan: la falta de madurez del foro venezolano para la aplicación práctica del Derecho Internacional Privado; las dificultades inherentes a su adaptación a la legislación vigente debido a lo novedoso de sus soluciones, así como la falta de interés por la materia, lo cual se redujo a las aulas universitarias y a las corporaciones científicas¹⁴.

3. La acogida del Proyecto 1963-1965 por la doctrina extranjera

El Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado 1963-1965 recibió comentarios favorables por parte de varios autores extranjeros¹⁵, entre ellos cabe destacarse:

Richard Lombard, quien, en su obra *American-Venezuelan Private International Law*, resalta la labor de los proyectistas venezolanos al incluir en una ley las reglas de conflicto necesarias para determinar el Derecho aplicable y la jurisdicción competente, proponiendo al mismo tiempo, una serie de cambios importantes al ordenamiento jurídico vigente para la época. Lombard destaca el cambio del factor de conexión personal; el reconocimiento expreso al reenvío; los principios bajo los cuales se determina el domicilio y las disposiciones en cuanto a la forma de los actos. Asimismo, este autor considera que, en cuanto a los otros aspectos, el proyecto es una compilación de las disposiciones legales existentes y las reglas generalmente aceptadas¹⁶.

Para el jurista brasileño Haroldo Valladão, el proyecto es “*notable, autónomo y actualizado, y busca combinar la justicia y seguridad con la realidad social, económica y humana del país*”¹⁷.

Werner Goldschmidt elogia “*la solución de independizar la codificación del Derecho Internacional Privado en un cuerpo legal propio*”, y en sus planteamientos hace una breve referencia a las disposiciones correspondientes a la parte general del proyecto, por considerarlas normas de orientación para el intérprete en la solución de las problemáticas que se le presenten.

Por su parte, Rodolfo de Nova consideró el proyecto venezolano como un detallado y cuidadoso trabajo. En sus comentarios destaca las previsiones sobre la calificación autónoma del domicilio de las personas físicas, de las

¹³ PARRA-ARANGUREN (2001) p. 169.

¹⁴ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 9-20.

¹⁵ *Ibidem* pp. 20-26.

¹⁶ LOMBARD (1965) p. 29.

¹⁷ VALLADÃO (1971) p. 162.

personas sujetas a patria potestad, de la mujer casada y de los funcionarios públicos. Distingue las disposiciones relativas al reenvío y al orden público, resaltando, con relación a este último, su uso como mecanismo para exceptuar la aplicación del Derecho extranjero sólo cuando sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano¹⁸.

También, de Nova hace alusión a la determinación del Derecho extranjero aplicable, cuando en ese Estado coexisten diferentes leyes, caso que debe resolverse conforme a los principios vigentes en dicho ordenamiento jurídico. Llama la atención sobre la falta de respuesta ante el eventual problema que podría presentarse si dicho Estado extranjero no tiene reglas uniformes relativas a los conflictos de leyes, ni criterios para solucionarlos¹⁹.

La doctrina alemana también se hizo eco de la iniciativa venezolana. Paul Heinrich Neuhaus, aunque considera que el ideal es la uniformidad del Derecho Internacional Privado a través de convenciones internacionales, reconoce que ello acarrearía una gran dificultad, por cuanto cada Estado desea apartarse lo menos posible de su Derecho nacional. Ante esta situación, el autor prefiere la promulgación de buenas leyes nacionales de Derecho Internacional Privado; más aún, de una legislación adaptada a la realidad nacional, tomando en cuenta factores de orden histórico, social y humano. Destacó la redacción sencilla de las reglas contenidas en el proyecto; todo ello con el fin de ofrecer regulaciones completas para todos los asuntos que revisten relevancia jurídica. Neuhaus también resaltó la importancia del cambio del factor de conexión nacionalidad por domicilio.²⁰

Por otro lado, Neuhaus criticó las regulaciones contenidas en los artículos 35 y 37. La primera referida al Derecho a la legítima sobre bienes de la sucesión ubicados en Venezuela, con lo cual esta figura se convierte en parte del orden público venezolano, aun en casos que involucren a extranjeros. La segunda, de importancia menor según el jurista alemán, alude a los *bona vacantia*, por la cual los bienes de la sucesión, cuando los herederos no existan o se ignoren, pasan al patrimonio de la Nación venezolana. En su opinión, falta en esta disposición la norma venezolana del Derecho interno contenida en el artículo 832 del Código Civil, que señala “pagándose con ello las obligaciones insolutas”, que podría ser agregada por vía de interpretación²¹.

Neuhaus observó ciertas regulaciones problemáticas en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado venezolano, como el fraude a la ley, con la incorporación de algunas regulaciones que facilitan

¹⁸ DE NOVA (1964) pp. 557-559.

¹⁹ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 21-22.

²⁰ NEUHAUS (1970) pp. 55-64.

²¹ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 22-24.

la manipulación del factor de conexión en varias materias como: capacidad, constitución y demás relaciones con las personas jurídicas; el divorcio y la separación de cuerpos. Por ejemplo, en materia de determinación del derecho aplicable a la capacidad a través de la excepción de la *lex in favore negotii*, cuya conexión de favor es el “derecho que rija el contenido del acto” (artículo 15), es decir, el derecho elegido por las partes en materia de obligaciones convencionales (artículo 29), el cual podría ser elegido por una de ellas en atención al que le resultare favorable para la determinación de su capacidad o incapacidad. Otra disposición problemática, en opinión de Neuhaus, se encuentra en la definición de domicilio como factor de conexión personal (artículo 7 al 10). Finalmente, consideró como digno de aplauso que, en el artículo 32 del proyecto, se hiciera alusión a la aplicación de las normas imperativas de la ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones de interés general, con lo cual se toman en cuenta los intereses estatales y no solamente las expectativas de los intervinientes en la relación contractual²².

A su vez, Fritz von Schwind resaltó, igualmente, la inclusión de disposiciones del Derecho Procesal Internacional, Civil Internacional y Mercantil Internacional en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. En su opinión, el proyecto contiene principios y líneas básicas para el desarrollo jurisprudencial del sistema de Derecho Internacional Privado. Aun cuando el artículo 1 no señala expresamente cuáles son los principios generales de esta disciplina jurídica, puede considerarse que son directrices para la administración de justicia²³.

Toma también en cuenta la regulación del reenvío ulterior y de primer grado; el reconocimiento de derechos adquiridos conforme a criterios internacionalmente admitidos, siendo una “*solución generosa que favorece el Derecho extranjero, resguardando al mismo tiempo los intereses del país*”; la excepción del orden público para impedir la aplicación de un ordenamiento jurídico foráneo y, el cambio del factor de conexión personal de nacionalidad por domicilio, respondiendo así a “*las influencias del sistema americano, las tendencias de otros países sudamericanos y la disminución de la ola nacionalista del siglo pasado [XIX] y de la primera mitad de nuestro siglo [XX]*”²⁴.

²² NEUHAUS (1970) p. 64.

²³ VON SCHWIND (1967) pp. 693-702.

²⁴ *Ibidem*, pp. 701-702.

II. EL CAMINO HACIA LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. *El papel de las Reuniones Nacionales de Profesores de Derecho Internacional Privado*

En 1995, a iniciativa de todas las cátedras de Derecho Internacional Privado de las universidades venezolanas, los profesores de la materia se reunieron en Caracas, en la sede de la Universidad Central de Venezuela, el día 15 de diciembre, para proceder a la revisión y actualización del Proyecto de 1963-1965.

En esta primera Reunión Nacional se consideró conveniente que el texto del proyecto permaneciera sin modificaciones y en caso de algunos posibles ajustes, éstos se realizaren durante los debates parlamentarios, en el entonces Congreso de la República. En consecuencia, se acordó mantener sus disposiciones fundamentales, ya que éstas se adaptaban a las nuevas leyes vigentes en Venezuela y su articulado recoge la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia patria. En dicha reunión se acordó la elaboración de dos cartas: una dirigida al Ministro de Justicia, Dr. Rubén Creixems, y otra a la Comisión Permanente de Política Exterior del Senado de la República. En ellas, los profesores de Derecho Internacional Privado solicitaron a los respectivos despachos "*apoyar la iniciativa ante el Congreso de la República*"²⁵.

La Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado fue celebrada en Caracas, el día 27 de abril de 1996, en la sede de la Universidad Católica Andrés Bello. En ella se discutió el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, tomando en cuenta los antecedentes de las normas; el análisis del contenido del articulado; las disposiciones por derogarse; la posición de la doctrina y la jurisprudencia al respecto y, finalmente, las recomendaciones y conclusiones. En esta reunión se discutieron los siguientes aspectos²⁶:

Se recomendó ampliar la exposición de motivos, como instrumento de ayuda al intérprete y a la autoridad encargada de aplicarlo.

Se indicó la importancia de las instituciones generales del Derecho Internacional Privado, no sólo porque reafirman la autonomía de esta disciplina, sino también por ser elementos coadyuvantes para el juez en la búsqueda de la solución más justa al caso concreto, de manera tal que se cumplan con los "*objetivos de las normas venezolanas de conflicto*". Esta expresión quedó finalmente plasmada en los artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.

²⁵ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 78-79.

²⁶ *Ibidem*, pp. 79-86.

En cuanto a la aplicación del Derecho extranjero, se observó su semejanza con la disposición del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. El proyecto se limita a formular y consagrar la concepción jurídica de su aplicación y la remisión global al ordenamiento jurídico extranjero. Por otra parte, fueron considerados los artículos 57 y 58, pues ambos complementan lo dispuesto en la norma del artículo 2 del proyecto y en ese sentido, se refieren al tratamiento procesal del Derecho extranjero, reafirmando la concepción jurídica de considerarlo como Derecho, ya que se otorgan los mismos recursos que existen para la protección del Derecho interno. Asimismo, fue sugerida la sustitución de la expresión de oficio del artículo 57 por una redacción semejante a la del artículo 2 de la Convención Interamericana al referirse, en consecuencia, a la obligatoriedad de aplicar el Derecho extranjero. Esta concepción se mantiene en las disposiciones adoptadas en la Ley de Derecho Internacional Privado (artículos 2, 60 y 61).

Asimismo, se consideró que la regulación del reenvío de primer y segundo grado resultaba muy lograda, ya que responde a la respuesta dada por la jurisprudencia venezolana en la interpretación del artículo 483 del Código de Comercio, en el cual se admite sólo el reenvío de segundo grado para los casos de determinación de la capacidad para obligarse por una letra de cambio.

Se analizó el artículo 5 del proyecto, sobre el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas, siempre que no sean contrarias a los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto o si el Derecho venezolano reclama competencia legislativa exclusiva en la materia. Este artículo, en opinión de los presentes en la reunión, permitiría al Juez encontrar la solución adecuada en cada caso, por su flexible redacción. Sin embargo, se reflexionó sobre la dificultad de definir cuáles son "*los criterios internacionalmente admisibles*" para determinar el reconocimiento o no de los derechos adquiridos.

Se consideró pertinente adaptar el Proyecto de Ley a lo regulado en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, sobre todo en aquellos aspectos que no están contemplados en él, como la cuestión incidental, el fraude a la ley, la adaptación y la institución desconocida. La institución del fraude a la ley fue la única que no se adoptó en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.

En relación al artículo 1, en atención a las fuentes del Derecho Internacional Privado venezolano, se amplía la aplicación de las fuentes internacionales para el Derecho Internacional Privado, las cuales pueden encontrarse en fuentes distintas de los tratados²⁷. Se consideró especialmente la alusión a los principios generales de Derecho Internacional Privado que, a

²⁷ GUERRA (2000) pp. 155-156.

falta de limitación expresa a los principios venezolanos, abarca los de carácter universal, coincidiendo así el artículo en su segunda parte del con el artículo 8 Código de Procedimiento Civil (el cual quedaría derogado con la entrada en vigor de la Ley especial) y el artículo 4 del Código Civil venezolano.²⁸

En relación al orden público, en su concepción *a posteriori*, los presentes en la reunión concluyeron sobre la importancia de esta institución al limitar la aplicación del derecho extranjero declarado como competente, cuando su aplicación conduzca a resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Además, se consideró pertinente, atendiendo a la más autorizada doctrina, la incorporación de una previsión expresa referida a las normas de aplicación inmediata. Ambas recomendaciones fueron acogidas en la Ley de Derecho Internacional Privado (artículos 8 y 10, respectivamente).

Sobre la calificación del domicilio de las personas físicas, se propuso sustituir la residencia principal por residencia habitual. También se sugirió incluir el estatuto autónomo de menores e incapaces, entendido como el lugar donde éstos tengan su residencia habitual, dejándose de lado el domicilio de sus padres, tutores, curadores o representantes legales.

Respecto al derecho aplicable a las personas jurídicas (artículo 17), se suscitaron amplias discusiones debido a que la exposición de motivos se refiere a que las normas en la materia rigen sólo para instituciones del Derecho civil. Se pensó que las normas relativas a temas propios del Derecho comercial y otros escapaban de las características generales del proyecto y, en consecuencia, debían desarrollarse en el seno del Derecho mercantil. Por ello, se reflexionó sobre la formulación general del artículo, sin definir si se trataba de personas jurídicas civiles o mercantiles. Finalmente se concluyó en que ello redundaría en una aplicación flexible del precepto. La fórmula finalmente adoptada en la Ley de Derecho Internacional Privado hace referencia a *“las personas jurídicas de carácter privado”* (artículo 20).

²⁸ Artículo 4 del Código Civil: *“A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”*.

Artículo 8 del Código de Procedimiento Civil: *“En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho, aceptados generalmente”*.

Acerca de las personas jurídicas también se discutió sobre la posibilidad de incorporar una norma que estableciera el domicilio de las mismas. Finalmente, se consideró que la mejor solución era dejar de lado esta posibilidad y copiar el contenido del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas, por cuanto éste comprende la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, la disolución y la fusión de las mismas. Esta propuesta no fue acogida en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.

En cuanto a las disposiciones en materia de familia, se sugirió sintetizar el contenido de las normas previstas en los artículos 22, 23 y 25 del proyecto en un sólo artículo, con base a los principios constitucionales de igualdad filiatoria y al estatuto autónomo del menor. El texto de la Ley de Derecho Internacional Privado consagró en un sólo artículo el establecimiento de la filiación y las relaciones entre padres e hijos, sometiéndolas al derecho del domicilio del hijo (artículo 24).

También se propuso eliminar la referencia a los requisitos para la validez de la “*legitimación*” en el artículo 24 del proyecto, ya que en la reforma del Código Civil de 1982 se obvió toda referencia a la misma. En consecuencia, la legitimación debía incluirse en los artículos sobre filiación, dejando la regulación sobre adopción en un sólo artículo, en los siguientes términos: “*Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción*” (artículo 24). Esta fue la fórmula que finalmente se acogió en la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (artículo 25). En cuanto a esta última materia, se discutió la conveniencia de mantener la aplicación acumulativa del Derecho del domicilio del adoptante y del adoptado, a la luz de las nuevas tendencias en el ámbito interamericano de aplicar el Derecho de la residencia de este último. Incluso, se mencionó la posibilidad de incorporar una solución semejante a la consagrada en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción (artículo 3).

Acerca del derecho aplicable a los bienes, se consagra el principio *lex rei sitae* en concordancia con las normas convencionales y estatales que, sobre la materia, existen en el ordenamiento jurídico venezolano. Se acordó incluir una solución sobre conflictos móviles en los casos de derechos reales sobre bienes muebles (artículo 28), en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5 sobre las situaciones jurídicas válidamente creadas. Se planteó la interrogante en cuanto a qué sucedería cuando no se hubiese finalizado el lapso requerido para constituir un Derecho, especialmente en relación con los aspectos relativos a la prescripción. La respuesta pareció estar dirigida a la aplicación del Código Bustamante en los casos pertinentes, así como la disposición transitoria del Código Civil.²⁹ Otra duda se refirió a la regulación

²⁹ Artículo 1988, Código Civil: “*Las prescripciones que hubieren comenzado a correr antes de la publicación de este Código, se registrarán por las leyes bajo cuyo imperio principiaron;*”

de los bienes incorporales. Se concluyó que el Proyecto de Ley daba una respuesta satisfactoria, con una consagración sencilla y general del principio *lex situs*, ante la multiplicidad de aspectos problemáticos que se pueden presentar en la práctica. Finalmente, fue acordado dejar estas normas tal y como se encontraban consagradas en el proyecto.

Con relación a las obligaciones contractuales se resaltó el grado de avance del proyecto al reconocer el principio de autonomía de la voluntad de las partes para elegir el Derecho aplicable a la relación jurídica contractual y, en su defecto, su determinación debe atender a la vinculación más estrecha, en virtud de los elementos objetivos y subjetivos de la misma. No obstante, se planteó la necesidad de adaptar el proyecto a la codificación interamericana, por tal motivo se sugirió adoptar el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, que excluye la posibilidad de reenvío. También se consideró la eliminación del artículo 31 del proyecto, por la posibilidad de aplicar las normas imperativas extranjeras, incluso cuando no formen parte de la ley aplicable al contrato. Igualmente, se expuso la posibilidad de aplicación de la *Lex Mercatoria* como principio general en esta materia.

En materia de obligaciones extracontractuales, específicamente las provenientes de actos ilícitos, la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa, se adoptó como factor de conexión el lugar donde se realiza el hecho originario de la obligación. En efecto, a fin de flexibilizar esta solución, se sugirió incluir en el artículo 33 del proyecto, una cláusula de escape que señale “*a menos que dicho Derecho no tenga vinculación suficiente con el caso*”, o incluir como primer factor de conexión, el domicilio común de las partes y subsidiariamente, el lugar donde se realizó el hecho.

En las disposiciones sobre sucesiones, se consagra su regulación a través del derecho del domicilio del causante. Se analizó la regulación de carácter unilateral del artículo 37, referida a la *bono vacantia*, considerándose en él la ausencia de la parte final correspondiente al artículo 832 del Código Civil, de acuerdo a lo indicado por Neuhaus³⁰.

En referencia al Capítulo VIII, de la forma de los actos, se consideró muy acertada la flexibilización de la regla *locus regit actum*, al consagrarla conjuntamente con otros dos factores de conexión alternativos: el derecho que rige el contenido del acto o el domicilio común del o los otorgantes (artículo 38).

pero si desde que éste estuviere en observancia, transcurriere todo el tiempo requerido para las prescripciones, surtirán éstas su efecto, aunque por dichas leyes se requiera mayor lapso”.

³⁰ NEUHAUS (1970) p. 58.

Con respecto a las previsiones sobre competencia procesal internacional, se destacó la distinción entre las nociones de competencia procesal internacional (jurisdicción) y la competencia territorial interna. Sin embargo, se sugirió incluir dos normas: una sobre la derogatoria convencional de la competencia internacional directa, para sustituir el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, y otra sobre la litispendencia internacional.

En relación al reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras, se propuso adaptar sus soluciones a las contenidas en la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo (1979) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York (1958)³¹. Además, se propuso incluir en el artículo 53 un ordinal que consagrara la exigencia del orden público material, el cual no fue acogido al estimarse que este problema se encontraba cubierto por la disposición general de artículo 8, en el que se consagraba la excepción de orden público internacional³².

En cuanto al procedimiento, se reflexionó sobre la necesidad de calificar en el artículo 55 del proyecto la noción de “*funcionario*” ante el cual se desenvuelve el procedimiento, para determinar el derecho aplicable a la competencia y la forma del procedimiento.

Como producto de la Primera Reunión Nacional de Profesores, el Ministerio de Justicia recibió el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en 1995, acompañado de la carta suscrita por todos los profesores de las cátedras de Derecho Internacional Privado del país, y este Ministerio decidió consultar al respecto a la Procuraduría General de la República. Este despacho, a su vez, solicitó un estudio al Consejo de Asesoría Jurídica de la Administración Pública (CAJAP), el cual analizó el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, en su sesión del día 18 de septiembre de 1995.

³¹ Los presentes en la reunión consideraron pertinente la inclusión en el proyecto de las siguientes soluciones, para el reconocimiento y ejecución de las sentencias, laudos arbitrales y actos emanados de autoridades extranjeras: (i) *Orden público*, es decir, que el laudo, sentencia o acto no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en el cual se pida el reconocimiento o ejecución; (ii) *Competencia exclusiva*, lo cual implica que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le corresponde para conocer del negocio, según las leyes y tratados internacionales; (iii) *Eficacia parcial*, es decir, en caso de que una sentencia, laudo o resolución extranjera no puedan tener eficacia en su totalidad, el Juez o el tribunal podrán admitir su eficacia parcial. Cfr. MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 85.

³² GUERRA (1998) p. 133 MADRID (2003) p. 379.

Finalmente, se emitió un memorándum, de fecha 20 de noviembre de 1995, en el cual se expresó apoyo al mencionado proyecto por “contener ideas pertenecientes a corrientes acordes con las concepciones jurídicas más modernas en Derecho Internacional Privado”. Se concluye que “sin menoscabo de cualquier observación y actualización que posteriormente pueda realizar el Congreso de la República al proyecto en cuestión... coincidimos en la necesidad de su pronta discusión en el foro parlamentario de forma tal que, en el corto plazo, podamos contar con un nuevo instrumento legal capaz, dada la calidad en su contenido, de dirimir un sinnúmero de problemas que produce su inexistencia”³³.

2. Los debates en el órgano legislativo nacional

El 3 de julio de 1996, la Comisión de Política Exterior de la Cámara del Senado, del entonces Congreso de la República, recibió el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. Dicha comisión solicitó a la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica efectuar los estudios pertinentes sobre el Proyecto de Ley, la cual recomendó “su más pronta aprobación”. Acto seguido, la Comisión Permanente de Política Exterior del Congreso determinó la aprobación de los ajustes efectuados al proyecto, el día 19 de noviembre de 1996³⁴.

La primera discusión del Proyecto de Ley se llevó a cabo el 27 de mayo de 1997³⁵. En ella, por una parte, se planteó la posibilidad de darle carácter de orgánica a la Ley y, por la otra, se presentaron inquietudes sobre el título de ésta. La materia fue objeto de consulta a la Dra. Tatiana B. de Maekelt, quien, a su vez, presentó un estudio acerca de las distintas denominaciones que se le han dado en el Derecho Comparado a las leyes sobre Derecho Internacional Privado³⁶.

En esta discusión se mencionó el estudio efectuado por la Oficina de Asesoría Jurídica del Congreso para determinar si la Ley podía o no colidir con la Ley de Arbitraje Comercial. Finalmente, se sometió el artículo 1 a la aprobación de la Cámara. La primera sesión concluyó con la consideración y aprobación, en primera discusión, de los artículos 2 al 10, ambos inclusive³⁷. En la segunda sesión, el día 22 de mayo de 1997, se consideraron y aprobaron sin modificaciones los artículos 10 al 19, ambos inclusive³⁸. La única observación realizada por el Senado correspondió a los títulos o denominaciones que

³³ MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 87.

³⁴ Diario de Debates del Senado, Caracas, No. 26, 1997, p. 13.

³⁵ *Ibidem*, pp. 12-25.

³⁶ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 88-89.

³⁷ *Ibidem*, p. 89.

³⁸ Diario de Debates del Senado, núm. 27, Caracas, 1997, pp. 9-18.

precedían a cada uno de los artículos, por lo que ordenó un estudio sobre su eliminación³⁹.

Acto seguido fueron considerados y aprobados sin modificaciones los artículos 20 al 22, 24 al 26, 28 al 37, 40 al 49, 52 al 55 y 62 al 66. Entre los artículos aprobados con observaciones vale la pena destacar el artículo 23, respecto al cual se solicitó *“Que la comisión revise la primera parte que dice (si tuvieran domicilios distintos se aplicará el derecho del último domicilio común), porque conforme al Derecho venezolano, el domicilio es una decisión conjunta de los cónyuges y en muchos Estados se mantiene que el domicilio es decisión del marido, lo que puede colocar a la mujer en desventaja en materia patrimonial”*⁴⁰.

En primera discusión en la Cámara del Senado, se declaró aprobado el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado y se ordenó su remisión a la Comisión Permanente de Política Exterior del Senado, a los efectos de la segunda discusión, el 26 de noviembre de 1997, en la cual se procedió a la lectura del Informe de la Comisión de Política Exterior del Senado del Proyecto de Ley con las respectivas observaciones. Se señaló que, conforme al Reglamento de Interior y Debates, la aprobación del informe y las disposiciones contenidas en el proyecto se haría capítulo por capítulo, y en aquéllos en los cuales hubiera modificaciones, se votarían las proposiciones emanadas de la comisión. Finalmente, concluida la lectura, se declaró aprobado⁴¹.

La Cámara de Diputados recibió el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado aprobado por la Cámara del Senado, el 29 de noviembre de 1997⁴². Una vez aprobado el proyecto en primera discusión por la Cámara de Diputados, fue remitido a la Comisión Permanente de Política Exterior⁴³. A su vez, la comisión lo sometió a consideración de la Subcomisión de Tratados, Legislación y Asuntos Jurídicos, la cual en reunión extraordinaria consideró el proyecto y emitió un informe favorable a la aprobación del mismo⁴⁴. Posteriormente, la Comisión Permanente acordó, en su sesión del día 14 de mayo de 1998, *“que se apruebe en segunda discusión el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado”*⁴⁵.

³⁹ MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 90.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 90-91.

⁴¹ Diario de Debates del Senado, núm. 76, Caracas, 1997, pp. 8-9.

⁴² MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 98-99.

⁴³ Diario de Debates de la Cámara de Diputados, núm. 54, Caracas, 1998, p. 1869.

⁴⁴ MAEKELT *et. al.* (2005 a) pp. 102-105.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 100.

La segunda sesión de la Cámara de Diputados fue celebrada el día 9 de julio de 1998⁴⁶. En esta sesión se sometió a aprobación, en segunda discusión, del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, de acuerdo al texto aprobado en primera discusión, declarándose aprobado⁴⁷.

3. Aprobación de la Ley de Derecho Internacional Privado

El Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado se convirtió en Ley el 6 de agosto de 1998 y entró en vigencia el 6 de febrero de 1999. El acto de aprobación fue celebrado en el Palacio de Miraflores (sede del Poder Ejecutivo Nacional), con la presencia de los Doctores Gonzalo Parra Aranguren, Tatiana de Maekelt e Hilarión Cardozo, Ministro de Justicia, así como de otros representantes del gobierno nacional y de la cátedra de Derecho Internacional Privado venezolana.

En su discurso, el Dr. Gonzalo Parra Aranguren realizó un recuento del largo proceso normativo, desde la creación de la Comisión Especial para la preparación de una Ley de Aplicación de Normas de Derecho Internacional Privado en 1958, la publicación del proyecto en 1963, su acogida en el extranjero y sus favorables comentarios por notables juristas⁴⁸.

La Dra. Tatiana B. de Maekelt, por su parte, subrayó la importancia de esta Ley especial ante *“la situación confusa e indefinida de nuestro sistema actual, el creciente distanciamiento entre los tratados ratificados por Venezuela y las dispersas y contradictorias normas internas y sobre todo, el cada vez mayor número de situaciones con elementos foráneos, producto de la intensa globalización”*. Además, señaló que se trata de una ley marco, cuya principal innovación es el cambio del factor de conexión personal nacionalidad por domicilio. Concluyó su intervención reconociendo la labor de los proyectistas Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez Covisa y Gonzalo Parra Aranguren, así como también a los miembros de las cátedras de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, *“quienes sin desmayar, han seguido los pasos que condujeron a la aprobación de esta ley”*⁴⁹.

Finalmente, el Dr. Hilarión Cardozo expresó su satisfacción por la aprobación de la Ley por parte del Ejecutivo Nacional y elogió la labor de los Doctores Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana B. de Maekelt⁵⁰.

⁴⁶ “Diario de Debates de la Cámara de Diputados”, núm. 70, Caracas, 1998, p. 2271.

⁴⁷ MAEKELT *et. al.* (2005 a) p. 107.

⁴⁸ PARRA-ARANGUREN (1998) pp. 376-377.

⁴⁹ MAEKELT (1998) p. 380.

⁵⁰ CARDOZO (1998) p. 381.

La Ley venezolana ha recibido comentarios positivos alrededor del mundo. En Brasil, Nadia de Araujo la considera un ejemplo de modernización de las teorías del siglo XIX⁵¹.

4. Características

Entre las características de este instrumento normativo destacan:

Se trata de una Ley especial que consagra la autonomía legislativa en la materia, lo cual se corresponde con la tendencia actual.

La Ley establece normas generales en materia de Derecho Internacional Privado venezolano. En efecto, se prefirió incluir normas generales relativas al Derecho Civil Internacional, lo que serviría de base para resolver otros problemas del Derecho Privado, en particular del Derecho Mercantil. Así, no regula materias de Derecho Público como: Administrativo y Financiero; Derecho Penal; Derecho Mercantil como títulos valores y sociedades; Derecho Laboral; y Derecho de Autor y Propiedad Industrial.

En general, la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana adopta el método analítico analógico propuesto por Savigny, abandonando de esta manera el esquema estatutario, unilateral y manciniano que caracterizaba el sistema derogado.

En su estructura, la Ley consta de 64 artículos, repartidos en 12 capítulos: disposiciones generales, domicilio, personas, familia, bienes, obligaciones, sucesiones, forma y prueba de los actos, jurisdicción y competencia, eficacia de las sentencias extranjeras, procedimiento y disposiciones finales.

5. Objetivos de la Ley

En la exposición de motivos de la Ley se señalan, entre otros, los siguientes objetivos:

Eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que plantea el artículo 8 del Código Civil.

Adaptar el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado a la realidad social del país y a los avances consagrados por la codificación convencional, interamericana y de La Haya, y por la codificación nacional extranjera más reciente.

⁵¹ ARAUJO (2011) p. 102.

Sin lugar a dudas, la Ley de Derecho Internacional Privado aporta las soluciones más modernas a los casos de tráfico jurídico externo al consagrar soluciones más allá de la técnica conflictual, que responden a las necesidades prácticas acordes con las modernas corrientes doctrinarias y legislativas en el Derecho Comparado, que dotan al juez de las herramientas necesarias para alcanzar la solución más justa y equitativa en cada caso concreto⁵².

6. Regulaciones más relevantes

Las principales soluciones abordadas en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolano son:

Tratamiento del derecho extranjero: el artículo 2 consagra la aplicación del Derecho extranjero de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo y, por imperativo del artículo 60, el juez deberá aplicarlo de oficio, aun cuando las partes podrán traerlo al proceso. Además, en su caso, se admitirá el recurso de casación por falta o falsa aplicación, así como por errónea interpretación⁵³. Siempre deberán tomarse en cuenta los objetivos de las normas venezolanas de conflicto.

Así, se admite la tesis jurídica en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero, lo cual es particularmente importante ya que la legislación interna venezolana no tenía una disposición sobre este aspecto, a pesar de lo previsto en el Código de Derecho Internacional Privado (conocido como Código Bustamante, La Habana, 1928) y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979⁵⁴.

Da solución al problema de los sistemas jurídicos plurilegislativos en su artículo 3, indicando la aplicación de los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero del Estado plurilegislativo.

Regula las instituciones generales otorgándole al juez ciertas libertades al consagrar la posibilidad de encontrar soluciones que sean más justas. Estas instituciones constituyen un nuevo elemento para el desarrollo del Derecho Internacional Privado en sintonía con las exigencias de las nuevas realidades, en la búsqueda de soluciones más acordes con los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en pro de la justicia y la equidad en cada caso concreto⁵⁵. Estas instituciones son: reenvío, situaciones jurídicas válidamente creadas, cuestión incidental, adaptación, orden público internacional, institución desconocida, normas de aplicación inmediata o necesaria.

⁵² MAEKELT (2000 b) p. 150 y MADRID (2000) p. 139.

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Foreign Credit Insurance Association contra Naviera Rassi, C.A. (NAVIARCA) y otros* (2001).

⁵⁴ FELDSTEIN (2008) pp. 37-41.

⁵⁵ MADRID (2000) pp. 108-109.

Se admite el reenvío de primer y segundo grado (artículo 4), pero en cualquier otro caso deberá aplicarse la norma material que sea declarada competente por la norma venezolana de conflicto. Las situaciones jurídicas válidamente creadas serán reconocidas siempre que hayan sido constituidas conforme a un Derecho que se atribuya competencia de acuerdo a criterios internacionalmente admisibles (artículo 5), mejorando de esta manera las soluciones contenidas en nuestras fuentes internacionales (Código Bustamante y Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado). Sólo se establecen tres limitaciones al reconocimiento de estas soluciones: 1) orden público, 2) competencia exclusiva del Derecho venezolano y 3) objetivos de las normas venezolanas de conflicto.

La fórmula adoptada en la reglamentación de la cuestión incidental, pone en evidencia el aspecto valorativo atribuido al Derecho Internacional Privado contemporáneo. La Ley no vincula al juez con ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, él tendrá que escoger una de ellas teniendo siempre en cuenta la justicia material del caso concreto (artículo 6).

También se consagra la adaptación como un método del Derecho Internacional Privado para dar solución a los casos de fraccionamiento del Derecho aplicable a una misma relación jurídica (artículo 7).

Respondiendo a la evolución del Derecho Internacional Privado, el orden público se consagra como una excepción (artículo 8). Sólo en última instancia debe descartarse la aplicación del Derecho extranjero, si es “*manifestamente*” incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano⁵⁶.

La institución desconocida deja de ser la institución negativa propuesta por Savigny, para convertirse en una útil herramienta para que el juez no descarte el Derecho extranjero sin ir más allá y buscar una institución o procedimiento análogo en el ordenamiento jurídico venezolano (artículo 9).

La Ley consagra como una limitación a la normal aplicación de la norma de conflicto y por ende del Derecho extranjero a las normas de aplicación necesaria o inmediata (artículo 10)⁵⁷. Por último, ni las calificaciones ni el fraude a la ley están regulados por nuestra Ley a través de una norma general.

La gran innovación de la Ley está constituida por el cambio de factor de conexión para la regulación del estado y la capacidad de las personas de nacionalidad a domicilio (Capítulo II). Al acogerse el criterio del domicilio se abandona la tradición venezolana vigente desde 1862, según la cual el estatuto personal se regía por el derecho de la nacionalidad de las personas,

⁵⁶ *Ibidem* pp. 110-115.

⁵⁷ ROMERO (1999) pp. 139-141.

proporcionándole un contenido específico al domicilio, “*residencia habitual*”, distinto al contenido en el artículo 27 del Código Civil, “*asiento principal de los negocios en intereses*”⁵⁸.

En la parte relativa al Derecho Civil Internacional se regulan las siguientes materias: personas físicas (Capítulo III, artículos 16-19); personas jurídicas (Capítulo III, artículo 20); familia (Capítulo IV, artículos 21-26); bienes (Capítulo V, artículos 27-28); obligaciones (Capítulo VI, artículos 29-33); sucesiones (Capítulo VII, artículos 34-36); y forma y prueba de los actos (Capítulo VIII, artículos 37-38).

En la parte relativa al Derecho Procesal Civil Internacional, materia en que se introduce la novedad de unificar los criterios atributivos de competencia internacional e interna, se regulan las siguientes materias: jurisdicción o competencia procesal internacional (Capítulo IX, artículos 39-47); competencia territorial interna (Capítulo IX, artículos 48-52); eficacia de las sentencias extranjeras (Capítulo X, artículos 53-55) y procedimiento (Capítulo XI, artículos 56-62). En estas materias las soluciones incluidas en la Ley responden fundamentalmente a dos objetivos: aclarar algunas confusas disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1986 y completar los vacíos que ese Código presenta⁵⁹.

En cuanto a las derogatorias producidas por la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, la pregunta, en este caso, está dirigida a la diversidad de leyes internas que contienen tanto normas de conflicto como normas materiales de Derecho Internacional Privado, frente al carácter general de la derogatoria contenida en el artículo 63 de la Ley: “*Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de la presente ley*”. La exposición de motivos sugiere la derogatoria de los artículos 9, 10, 11, 26 (aparte final), 104, 105, 106, 107, 108 y 879 del Código Civil; y 2, 4, 6, 8, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 (primer aparte), 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la doctrina ha analizado cuidadosamente la normativa anterior a la Ley, resultando añadidas otras normas a las enunciadas en la exposición de motivos, en la publicación “*Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatoria y Concordancia*”⁶⁰.

La escogencia de esta fórmula general está acorde con el carácter general de la Ley y, además, es circunstancial y provocada por razones de conveniencia y oportunidad del momento: la identificación de las específicas y concretas normas derogadas por la Ley hubiere dificultado su discusión y aprobación por un cuerpo colegiado como el entonces Congreso de la

⁵⁸ HERNÁNDEZ-BRETÓN (2001) pp. 133-134.

⁵⁹ MAEKELT (2003) p. 392 y PÉREZ (2003) pp. 603-604.

⁶⁰ MAEKELT (2009) p. 66.

República, ya que su discusión por separado, artículo por artículo, hubiere causado demoras excesivas en el proceso de discusión de la Ley ⁶¹.

La ley es una versión actualizada del proyecto elaborado en 1963, ligeramente modificado en 1965, en la cual se concilian las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado, con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana. El más importante aporte de la Ley al sistema venezolano actual consiste en resaltar de una manera muy especial el rol del juez, quien tendrá que tener en cuenta la justicia material de cada caso concreto, en la resolución de situaciones con elementos de extranjería⁶².

III. LOS PRIMEROS DIECISÉIS AÑOS DE LA LEY

En términos generales, la Ley de Derecho Internacional Privado ha tenido una acogida muy positiva tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacional e internacional, lo cual se evidencia en el número de decisiones judiciales en las cuales se aplican las disposiciones de la Ley y el interés de los estudiosos del derecho en comentar sus disposiciones. También debe resaltarse el importante número de leyes especiales venezolanas en las cuales se incluyen disposiciones llamadas a regular supuestos de hecho con elementos de extranjería en sus respectivos ámbitos materiales de aplicación, así como la legislación y proyectos de regulaciones de otros países inspirados en la Ley venezolana.

1. *Jurisprudencia*

La jurisprudencia venezolana, en especial la del Tribunal Supremo de Justicia, ha aplicado, en la mayoría de los casos, coherentemente las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado⁶³. El máximo tribunal tempranamente se percató de la entrada en vigencia de la Ley y de la aplicación inmediata de algunas de sus disposiciones, catalogadas como procesales. Sin embargo, debemos mencionar que en algunas ocasiones erróneamente ha aplicado disposiciones derogadas por esta Ley especial.

Los aspectos de mayor desarrollo jurisprudencial han sido los relativos al orden de prelación de fuentes, el domicilio de las personas físicas tanto como factor de conexión personal y, especialmente, como criterio atributivo de jurisdicción, reconociéndose la vigencia de las nociones prevista en el

⁶¹ MAEKELT (2003) pp. 404-405.

⁶² MAEKELT (2000) p. 136 y GUERRA (2003) pp. 497-519.

⁶³ Para seguir la actividad del Tribunal Supremo de Justicia en esta materia, se recomienda consultar el e-Boletín de Legislación y Jurisprudencia sobre Derecho Internacional Privado, en el sitio web <http://legislacionyjurisprudenciaucv.wordpress.com/>

Derecho material venezolano para el domicilio de las personas jurídicas, ya que nada se previó al respecto en la Ley de Derecho Internacional Privado.

Sin duda alguna es el Derecho Procesal Civil Internacional el que mayor impacto tiene en la jurisprudencia nacional. Así, en materia de jurisdicción y reconocimiento de sentencias extranjeras es amplio el número de decisiones⁶⁴.

A pesar de ello, no puede afirmarse que la jurisprudencia patria haya nutrido significativamente al Derecho Internacional Privado, ya que se ha limitado, en el mejor de los casos, a una interpretación exegética de las disposiciones consagradas en la Ley.

2. *Doctrina*

La doctrina contribuye en la interpretación de la Ley, labor que en esta materia tiene particular importancia dada la pluralidad de ordenamientos jurídicos que potencialmente se encuentran vinculados a la relación jurídica, y dificulta la solución del supuesto *internacional privatista*. La doctrina en torno a la Ley de Derecho Internacional Privado puede catalogarse como abundante, variada y de alto rigor científico. Un importante número de monografías publicadas en Venezuela y en el exterior, así como obras colectivas demuestran esta “*explosión*” bibliohemerográfica que no es más que el reflejo de la necesidad de divulgación que se tiene frente a un instrumento novedoso y de alto valor científico y no sólo legislativo⁶⁵.

3. *Leyes especiales*

La Ley de Derecho Internacional Privado no pretende abarcar la regulación exhaustiva de todos los supuestos con elementos de extranjería, por ello la misma sólo constituye el marco general sobre el cual debe construirse el sistema, permitiéndose así la aprobación de leyes especiales que incluyan, entre sus normas, disposiciones sobre Derecho Internacional Privado cuando se considere necesario.

Es oportuno destacar, dado el carácter general de la Ley, que la disposición prevista en el artículo 63 establece la derogatoria de todas las disposiciones que regulen “*la materia objeto de esta Ley*”, constituyendo la excepción a la regla la vigencia de aquellas normas incluidas en los instrumentos jurídicos de carácter especial, siempre y cuando no violen

⁶⁴ Una revisión de la jurisprudencia en estas materias se analiza en: PÉREZ (2013) y también en PÉREZ (2011).

⁶⁵ Entre otras, caben destacar las siguientes obras colectivas: AA.VV. (2001), AA.VV. (2003), MAEKELT *et. al.* (2005 a), MAEKELT *et. al.* (2005 b), MAEKELT *et. al.* (2006), MAEKELT *et. al.* (2010) y MADRID (2011).

las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado. Asimismo, continúan vigentes las normas previstas para los supuestos no regulados por esta Ley especial⁶⁶. Entre las leyes especiales promulgadas antes o después de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado vale la pena destacar las siguientes⁶⁷:

Ley sobre Derecho de Autor, de 1993. Determina cuándo se aplicará el Derecho venezolano a las diversas obras del ingenio (artículos 125-129).

Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido, de 1995. Determina que los contratos sobre multipropiedad y tiempo compartido, celebrados conforme a ordenamientos jurídicos extranjeros, para ser ejecutados en territorio venezolano se regirán por el Derecho venezolano en todo lo referente a la creación, regulación o extinción de los derechos reales (artículo 3).

Ley de Arbitraje Comercial, de 1998. Prevé la posibilidad de reconocimiento automático de los laudos arbitrales y, en consecuencia, la posibilidad de ejecución forzosa sin previo exequátur (artículo 48).

Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, de 2001. Establece normas sobre solemnidades y formalidades de ciertos actos (artículo 6), sobre presunción del domicilio (artículo 12) y sobre la eficacia jurídica de los certificados electrónicos extranjeros (artículo 44).

Ley de Comercio Marítimo, de 2001 (artículos 10 al 13 y 332-333). Regula supuestos de inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, para las acciones en materia de transporte de bienes o de personas que ingresen al territorio de la República. Establece criterios especiales para los supuestos de abordajes ocurridos en aguas jurisdiccionales venezolanas (artículo 332) y los supuestos en los cuales los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, a favor de los tribunales de otro país (artículo 333).

Ley de Procedimiento Marítimo, de 2001. En el Capítulo II, intitulado *“De la jurisdicción y de la competencia de los tribunales marítimos”*, se establece que la jurisdicción de los tribunales marítimos se determinará por lo dispuesto en las leyes respectivas y en los tratados y convenios internacionales (artículo 5).

⁶⁶ MAEKELT (2003) pp. 404-407.

⁶⁷ Ver listado completo, actualizado para la fecha de su edición, en MAEKELT *et. al.* (2006) pp. 875-900; 963-1.015; 1.105-1.114; 1.231-1.284; 1.339-1.357 y 1.387-1.398. También en MAEKELT (2005) pp. 218-220.

Ley General de Puertos, de 2001. Establece el orden de prelación de fuentes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 81).

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de 2007. Regula la adopción internacional (artículo 407).

Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, de 2008. Incluye dentro de la competencia de los Tribunales Marítimos de Primera Instancia el conocimiento “de la ejecución de sentencias extranjeras, previo al exequátur correspondiente” y “de la ejecución de laudos arbitrales y resoluciones relacionadas con causas marítimas” (artículo 128).

CONSIDERACIONES FINALES

Los intentos de autonomía legislativa en materia de Derecho Internacional Privado son de vieja data. Fue muy largo el camino recorrido, pero finalmente, gracias a la incansable tarea de un grupo de eminentes juristas en la materia, quienes supieron impulsar y difundir sus ideas, desde el 6 de agosto de 1998, Venezuela cuenta con una Ley de Derecho Internacional Privado.

A 16 años de la promulgación de la Ley, el balance es altamente positivo, tanto a nivel de la jurisprudencia patria como de la doctrina nacional y extranjera, sirviendo incluso de inspiración a los países americanos para impulsar sus reformas internas en la materia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV. (2001): *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, T. I y II (Caracas, Universidad Central de Venezuela-Fundación Roberto Goldschmidt) p. 958.

AA.VV. (2003): *Temas de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Juan María Rouvier* (Nº 12) (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 929.

ARAUJO, Nadia de (2011): *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira* (5ª edição, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife) p. 660.

BONNEMAISON, José Luis (2002): *Instituciones y Normas de Derecho Internacional Privado* (Caracas, Vadell Hermanos Editores) p. 158.

CARDOZO, Hilarión (1998): “Palabras con motivo de la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado”, AA.VV. *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998*

(*Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia*), Colección Libros Homenaje N° 1 (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 381-382.

DE NOVA, Rodolfo (1964): "Current Development of Private International Law". *The American Journal of Comparative Law* (vol. XIII, N° 1-4) pp. 542-569.

HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio (2001): "El domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado venezolano actual", AA.VV. *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I. (Caracas, Universidad Central de Venezuela-Fundación Roberto Goldschmidt) pp. 131-141.

HERRERA MENDOZA, Lorenzo (1960): "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad", *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos* (Caracas, Editorial El Cojo) pp. 123-236.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (2003): "Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros" (Brasil, Câmara de Arbitragem Empresarial), disponible en <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/panorama.php>>, fecha de consulta: 16 de enero de 2010.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo (1998): "La aplicación del derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional", *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996) Comentarios, Serie Eventos N° 11* (Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales) pp. 109-140.

LOMBARD, Richard (1965): *American – Venezuelan Private International Law*. Bilateral studies in private international law, N° 14 (New York, Columbia University: Oceana Publications) p. 7125.

MADRID M., Claudia C. (2000): "Instituciones generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (N° 117) pp. 107-142.

MADRID M., Claudia (coord.) (2011): *La Empresa y sus Negocios de carácter Internacional* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) p. 192.

MAEKELT, Tatiana B. de (1979): *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I)* (Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 154.

MAEKELT, Tatiana B. de et. al (2005a): *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, T. I y II (Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 1307.

_____ (1995): *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, T. I y II (3ª ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 1200.

_____ (1998 b): "Palabras pronunciadas en el Palacio de Miraflores con motivo del Ejecútese de la Ley de Derecho Internacional Privado, el 6 de agosto de 1998", AA.VV. *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Colección Libros Homenaje N° 1, Vol. I (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 375-377; 379-380.

_____ (1998 c): *Diario de Debates de la Cámara de Diputados* (N°s. 19, 54, 70), Caracas.

_____ (2000 a): *Análisis de las Fuentes en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado* (Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 223.

_____ (2000 b): "El Futuro del Nuevo Derecho Internacional Privado venezolano en el próximo Siglo", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* (N° Especial) pp. 115-138.

_____ (2000 c): "Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (N° 117) pp. 143-161.

_____ (2001): "Los Trabajos preparatorios de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado", AA.VV. *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Colección Libros Homenaje N° 1, Vol. I (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 149-164.

_____ (2003 a): "Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado", *Temas de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Juan María Rouvier* N° 12 (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 385-408.

_____ (2003 b): "La noción de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana", *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello - Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados) pp. 497-519.

_____ (2003 c): “Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado”, AA.VV. *Temas de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Juan María Rouvier* (N° 12) (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 361-383.

_____ (2005 a): *Teoría General del Derecho Internacional Privado* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) p. 473.

_____ (2005 c): *Derecho Internacional Privado. Materiales para el Estudio de la Carrera de Derecho*, T. I y II (Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 971.

_____ (2008): “El control de constitucionalidad del derecho extranjero”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (N° 132) pp. 11-43.

_____ (2009): *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y Concordancias* (5ta. Edición, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) p. 69.

_____ (2010): *Derecho Procesal Civil Internacional* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) p. 824.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea (2007): “La reforma del sistema de derecho internacional privado en la República Argentina”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (N° 14), disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num14>>, fecha de consulta: 12 de enero de 2010, pp. 1-23.

NEUHAUS, Heinrich (1970): “Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado”, AA.VV. *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza* (Caracas, Universidad Central de Venezuela) pp. 53-64.

PARRA – ARANGUREN, Gonzalo (1974): “Los precedentes venezolanos del Código Bustamante”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UCAB (N° 17) pp. 9-118.

PÉREZ PACHECO, Yaritza (2003): “Cooperación Judicial Internacional en materia de Derecho Privado. Algunas cuestiones de Forma. Análisis del Sistema Venezolano”, *Temas de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Juan María Rouvier* (N° 12) (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia) pp. 597-620.

_____ (2011): *La sentencia extranjera en Venezuela* (Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 211.

_____ (2013): *La Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado* (2da. edición, corregida y actualizada, Caracas, Universidad Central de Venezuela) p. 225.

ROMERO, Fabiola (1999): "La norma de aplicación inmediata o necesaria", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (N° 112) pp. 125-148.

SILVA SILVA, Jorge Alberto (2011): "La República Popular China estrena una ley sobre la aplicación de la ley a las relaciones civiles vinculadas con el extranjero", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. 131), disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx>>, fecha de consulta: 14 de febrero de 2010.

SERVICIO AUTÓNOMO DE INFORMACIÓN LEGISLATIVA (1997): *Diario de Debates del Senado* (Nos. 26, 27 y 76), Caracas.

VALLADÃO, Haroldo (1963): *Direito Internacional Privado (Introdução e parte geral, Vol. I)* (3º Edição, revista e actualizada, Rio de Janeiro, Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, Freitas Bastos S.A.) p. 261.

VON SCHWIND, Fritz (1967): "Disposiciones Generales del Proyecto venezolano y las recientes tendencias del Derecho Internacional Privado", AA.VV. *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt* (Caracas, Universidad Central de Venezuela) pp. 691-702.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley de Arbitraje Comercial. *Gaceta Oficial* n° 36.430, 7 de abril de 1998.

Ley de Comercio Marítimo. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.551, 9 de noviembre de 2001. Reforma Parcial, *Gaceta Oficial* N° 38351, 5 de enero de 2006, mediante la cual se reforman los artículos 5, 7, 11, 18, 29 y 32.

Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. *Gaceta Oficial* n° 37.148, 28 de febrero de 2001. Ley de Reforma Parcial publicada en la *Gaceta Oficial* n° 38.351, 5 de enero de 2006.

Ley de Procedimiento Marítimo. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.554, 13 de noviembre de 2001.

Ley General de Puertos. *Gaceta Oficial* n° 37.292, 27 de septiembre de 2001. Reimpresión por error material. *Gaceta Oficial* n° 37.331, 23 de noviembre de 2001. Reformas Parciales. *Gaceta Oficial* n° 37.589, 11 de diciembre de 2002 y *Gaceta Oficial* n° 39.140, 17 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos. Decreto n° 6.126, con rango, valor y fuerza de ley. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.890, 31 de julio de 2008.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.859, 10 de diciembre de 2007.

Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.022, 18 de diciembre de 1995.

Ley sobre Derecho de Autor. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 4.683, 1 de octubre de 1993.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo de Justicia, *Caso Foreign Credit Insurance Association contra Naviera Rassi C.A. (NAVIARCA) y otros* (2001): 20 de diciembre de 2001, fallo n° RC-0451, expediente 2000-000871.

EL CASO PALESTINO–ISRAELÍ: IMPLICANCIAS PARA LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU INAPLICABILIDAD EN UN CONFLICTO DE NEGOCIACIÓN ENTRE ACTORES ASIMÉTRICOS

*Palestine – Israel Case. Implications
in the International Society. The
International law and it's not
application between asymmetric
states in conflict*

JAIME ABEDRAPO*
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

* Subdirector de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Vicepresidente de Derechos Humanos de la Federación Palestina de Chile y Dr. en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario Ortega y Gasset y la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor UDP.

Artículo recibido el 15 de julio de 2014 y aprobado el 12 de octubre de 2014.

RESUMEN: El conflicto Israelí - Palestino nos demuestra empíricamente las limitaciones del derecho internacional cuando éste intenta imponerse en un conflicto entre dos actores asimétricos. En este caso se contraponen el imaginario de una potencia sobre un pueblo no autónomo que además no posee elementos útiles de negociación frente a las aspiraciones de expansión territorial. Las negociaciones no han tenido acuerdo que permita que las normas del *ius cogens* sean respetadas, lo que atenta contra la credibilidad y legitimidad de los pilares fundacionales de la Sociedad Internacional amparada en la Carta de las Naciones Unidas.

PALABRAS CLAVE: Conflicto, Derecho Internacional, Derechos Humanos, negociaciones y autodeterminación.

ABSTRACT: The Israeli - Palestinian conflict empirically demonstrates the limitations of international law when it tries to prevail in a conflict between two asymmetric players. In this case the imaginary power of a non-autonomous nation also lacks helpful elements to negotiate with the aspirations of territorial expansion contrasts. Negotiations have not agreed to allow the *jus cogens* norms to be respected, thus undermining the credibility and legitimacy of the foundational pillars of the International Society under cover of the United Nations Charter.

KEYWORDS: Conflict, International law, Human rights, Negotiations and self-determination.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, los actores centrales del sistema internacional se han mostrado partidarios de la creación del Estado Palestino, entre ellos el ex Primer Ministro israelí Ehud Olmert¹; el ex Presidente de Estados Unidos George W. Bush², quien lo manifestó en su visita de enero de 2007 a Israel y los territorios palestinos; Tony Blair en su calidad de representante del cuarteto (EE.UU., UE, Rusia y ONU) para las negociaciones en el Medio Oriente;

¹ El Primer Ministro de Israel sostuvo que “la solución dos naciones, dos Estados” constituye “la solución para las aspiraciones nacionales y de cada pueblo”. Myre (2006).

² Discurso del Presidente Bush en Annapolis, en la apertura de las negociaciones palestino – israelí, el 27 de diciembre de 2007. Esta declaración es parte de un trabajo de acercamiento de Estados Unidos a la ANP, tras el escenario de división interna entre Al Fatah y Hamas. Por ello, cabe recordar que en agosto de 2007, Estados Unidos otorga 80 millones de dólares para la seguridad policial del gobierno de Abbu Mazen. www.elpais.es, 1 de agosto de 2007.

el ex Mandatario galo Nicolás Sarkozy³, entre otros. ¿Por qué afirmar que comparten la creación de un Estado Palestino y no actuar en concordancia, sabiendo que en justicia no caben dos posiciones al respecto, especialmente desde el derecho internacional de los derechos humanos? En tal sentido, la hipótesis del presente artículo es que a pesar de las innumerables etapas de negociación entre israelíes y palestinos, se puede demostrar que el real escollo para alcanzar un acuerdo que conduzca a la paz regional es la inconsistencia entre la defensa comunicacional de los actores centrales (potencias más relevantes) a la reivindicación de los palestinos a su autodeterminación, bajo el amparo del derecho internacional, y los intereses de los mismos en relación al Estado de Israel, el cual privilegia las “razones de Estado” en cuanto a la expansión de su soberanía efectiva sobre el territorio ocupado. Por ello, los Estados representados en Naciones Unidas tienen una responsabilidad en relación a los cimientos de la sociedad internacional y la normativa o principios que la sostienen. De lo contrario pareceríamos condenados a un progresivo proceso de descomposición de las instituciones de los distintos regímenes internacionales y un retorno cada vez más evidente a un mundo nuevamente subsumido bajo la anarquía, como es precisamente en la actualidad la tendencia más palmaria.

Muchos autores han trabajado las hipótesis relativas a la viabilidad de solución del conflicto sin tener en consideración un marco jurídico, es decir, unas negociaciones que se desarrollen tras la condicionalidad mínima de un respeto a las normas del *Ius Cogens*. Estas líneas de argumentación están muy difundidas, tal es el caso de Luis Boserberg, quien centra su análisis en los elementos intransables por las partes como una manera de llegar a una paz justa y duradera. Con ello de inmediato se asume que el derecho internacional de los derechos humanos es un estorbo o una complicación inaceptable para encausar la negociación. La comunidad internacional debe aceptar un doble rasero, es decir, normas del *Ius Cogens* para unos y no para otros. Ello, con tal de auspiciar o legitimar un acuerdo que hipotéticamente alcance una estabilidad regional y la creación de un Estado Palestino, pero sin considerar dichas normas. Esto cuenta con el añadido de que ambas partes no tienen igualdad jurídica ni poder relativo en la mesa de negociaciones. Recordemos que estamos en presencia de un Estado (Israel) al frente de un pueblo que aspira a una autodeterminación, la cual es condición necesaria para consagrar sus derechos individuales, colectivos y los de tercera generación.

Boserberg argumenta que la solución atraviesa por cautelar cuatro aspectos irrenunciables para las partes: el Estado Palestino, el estatus de

³ En la Conferencia de Donantes para la creación del Estado Palestino realizada en París en diciembre de 2007, como resultado de las negociaciones impulsadas en Annapolis, el presidente francés sostuvo que es “hora de crear el Estado Palestino”, por razones de seguridad de la región.

Jerusalén, la cuestión de los refugiados y las colonias judías (asentamientos); *“obviar alguno de ellos conduciría al fracaso cualquier intento de alcanzar la paz”*⁴.

Lo anterior cobra más sentido si observamos los hitos de las negociaciones desde la década de los noventa, cuando se inicia el proceso de reconocimiento mutuo y una ruta para la creación de un Estado Palestino, que como veremos no ha conseguido nada significativo en torno a ello. En este aspecto, tesis como las de Bosemberg, Steven Brams⁵, Anat Berko⁶, entre muchos otros, dan cuanta de negociaciones fallidas respecto de las estrategias asumidas ante los temas intransables, que clasificados con ciertas diferencias y enfoques, coinciden básicamente en el asunto del derecho al retorno de los refugiados palestinos, estatuto de Jerusalén, fronteras estables (definitivas, cuestión que conlleva la problemática de los asentamientos judíos y la conectividad de la Franja de Gaza con Cisjordania) y últimamente la exigencia de Israel de ser reconocido por los palestinos como un Estado Judaico. En esas línea de investigación, el derecho internacional es visto como una variable secundaria e incluso contraria a la consecución de la paz.

Veamos, sucintamente, la evolución del conflicto a través de las instancias de negociación durante los últimos 20 años:

Proceso de negociación Palestino – Israelí	Temas	Resultados
9 de septiembre de 1993: Declaración de Principios.	Sobre los arreglos interinos de auto-gobierno e intercambio de cartas de reconocimiento entre la OLP y el Gobierno del Estado de Israel.	Palestina reconoce la existencia del Estado de Israel y éste, a su vez, valida como negociador a la OLP.
29 de abril de 1994: Protocolo de París.	Sobre relaciones económicas, del acuerdo Gaza-Jericó.	Bases de un futuro intercambio de bienes y servicios.
4 de mayo de 1994.	Intercambio de cartas entre la OLP y el Gobierno del Estado de Israel.	Negociación sobre un acuerdo sobre Franja de Gaza y el área de Jericó.

⁴ Bosemberg (2009) p. 143.

⁵ Brams-Kiologour (1988).

⁶ Berko-Erez (2010).

28 de septiembre de 1995: Acuerdo interino Palestino – Israelí.	Sobre la ribera occidental y la Franja de Gaza.	Se busca unidad política en Palestina previo a un acuerdo entre las partes (Israel – Palestina).
17 de enero de 1997: Firma de un nuevo protocolo.	Retiro en Hebrón por parte de la potencia ocupante.	Ninguno.
23 de octubre de 1998.	Memorándum de Sharm El-Sheikh.	Proceso de negociación truncado.
Julio de 2000: negociación Israelo – Palestina.	Camp David	No hay acuerdo principalmente sobre el derecho al retorno. La negociación termina sin resultados positivos.
28 de septiembre de 2000.	Ariel Sharon visitó Haram al Sharif, provocando las protestas palestinas generalizadas que marcaron el inicio de la segunda Intifada contra la ocupación israelí.	Colapso de todo el proceso de negociación.
Reapertura de las negociaciones: diciembre de 2000.	Publicación de Parámetros Clinton.	Nueva ofensiva de la diplomacia estadounidense que no conduce a un acuerdo entre las partes. No hay acuerdo en las fronteras, Jerusalén y derecho a retorno, por mencionar los aspectos más relevantes.
Enero de 2001: negociaciones de Taba.	Reporte del comité. Hechos de Sharm El-Sheikh (el reporte de la Comisión Mitchell).	Conseguirá el cese al fuego Palestino – Israelí (junio de 2001). Se establece el denominado Plan Tenet, plan de seguridad propuesto por el Director de la CIA. Comienzan a desdibujarse los acuerdos de Oslo.

<p>28 de marzo de 2002: intercede en el conflicto la Liga Árabe. Declaración de Beirut.</p>	<p>Respalda la iniciativa árabe de paz (conocida como Iniciativa Saudí).</p>	<p>Se propone a Israel reconocer un Estado Palestino a cambio del reconocimiento de Israel, estableciendo relaciones diplomáticas con todos los países miembros de la Liga Árabe. Israel no aceptó.</p>
<p>30 de abril de 2003: nace la Hoja de Ruta, iniciativa del cuarteto (EE. UU., ONU, UE y Rusia).</p>	<p>Se presenta una carta de navegación para la solución de los dos Estados, permitiendo la creación del Estado Palestino y estableciendo fronteras seguras para Israel.</p>	<p>Inaplicable hasta hoy.</p>
<p>15 de noviembre de 2005.</p>	<p>Acuerdo sobre movimiento y acceso entre Israel y Palestina.</p>	<p>Ello tras la salida unilateral de Israel de la Franja de Gaza.</p>
<p>29 de marzo de 2007: Declaración de Riyadh.</p>	<p>La Liga Árabe reitera su apoyo a la iniciativa árabe de paz.</p>	<p>Israel no acepta.</p>
<p>27 de noviembre de 2007: Conferencia de Annapolis. Participan 56 países.</p>	<p>Relanzamiento de las negociaciones de status permanente entre los palestinos y los israelíes.</p>	<p>El Presidente George W. Bush reimpulsa el proceso de negociaciones que culminará sin ningún avance. Termina el proceso con la construcción de nuevos asentamientos israelíes en territorio palestino.</p> <p>La administración Obama también ha intentado reabrir el diálogo y el proceso de negociaciones, sin llegar a ningún resultado.</p>

TABLA: ELABORACIÓN PROPIA.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CUESTIÓN PALESTINA

A modo de preámbulo, antes de entrar en materia de derechos humanos y derechos políticos, miremos en líneas gruesas aspectos de intereses estatales en un marco geopolítico. Desde la mirada del Presidente Obama, *“existe un*

*camino para asegurar que Gaza pueda prosperar económicamente, mientras que Israel está en condiciones de mantener sus legítimas necesidades de seguridad*⁷. En esta afirmación comenzamos a comprender por qué no se ha creado el Estado Palestino, entendiendo que ello lleva implícito la liberación de un pueblo. Las palabras del Presidente de EE.UU. nos llevan hacia la banalización de la problemática. Efectivamente, se presenta el asunto desde la perspectiva económica en Gaza y desde la legítima seguridad de Israel. En ese sentido, ninguna seguridad es legítima cuando ésta contempla la ocupación de un pueblo, el cual no goza de las mínimas garantías de libertad, por lo que pretender adquirirla en esos términos no sólo es una falta jurídico – ética, sino que es razón suficiente para prolongar el conflicto, lo que por lo demás no es, desde la perspectiva político – estratégica, ajeno a los intereses del Estado de Israel, el cual está en pleno proceso de expansión territorial y de limpieza étnica⁸ para consolidar sus objetivos políticos: un Estado judaico, donde hay (por lo menos hasta ahora) población nativa que profesa otras creencias.

Recordemos que los temas de agenda en las negociaciones de Camp David (2000) y Tabas (2001) son claves para comprender los intereses de Israel y su negativa frente a normas del *Ius Cogens* y, en general, del derecho internacional vigente: Derecho a Retorno, fijación de fronteras estables y disputa por Jerusalén⁹. Asuntos presentados por Israel como no negociables.

La fijación por Israel de dichos intereses nacionales es la causa del fracaso de las negociaciones y se opone al respeto del derecho internacional de los derechos humanos. En ese ámbito, el derecho a retorno consagrado en la legislación internacional como una norma “Erga Omnes”, es decir, reconocida por la comunidad internacional en varios tratados y convenciones,

⁷ Diario El Mercurio, sección internacional, 7 de julio de 2010.

⁸ En datos: en 1993 se registran 268.311 colonos, para 1999 ya eran 357.355 y la tendencia es a incrementarse fuertemente. Jerusalén, capital cultural árabe establecida por la liga árabe, ha destinado sólo un 13% de su territorio a la población árabe, en tanto que la población judía ocupa en torno al 47% y las áreas verdes el 40%, lo cual en sí deja en evidencia el interés por limpiar étnicamente la zona. Esto ha ido acompañado de un aumento en las demoliciones de las habitaciones de palestinos. Los asentamientos como el de Mod`in illit (territorio ocupado) pasaron en 1994 de ser unos 2.000 a 38.000 en 2007, Betar illit pasó en igual tiempo de 5.000 a 34.000, entre otros. Negotiations Affairs Departament (2007).

⁹ En el plan de partición de 1948, Jerusalén se estableció como una ciudad bajo administración internacional, sin embargo las negociaciones entre las partes reivindicaban el control de ella. Israel en una primera etapa del oeste y los representantes palestinos del este. Para agosto de 1980, Israel aprobó la Ley Jerusalén, que designa esta ciudad “entera y unificada” como su capital, cuestión que provocó la resolución 478 de la AG, que señala que dicha ley es una “violación al derecho internacional”.

tales como los acuerdos de Ginebra¹⁰, la propia Carta de las Naciones Unidas y, para ser más concretos, en la problemática del Estado Palestino –en la resolución 194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas vigente hasta hoy¹¹–, es obstaculizado por el interés territorial de Israel.

Israel se opone sistemáticamente a la aplicación de dicha norma, lo que queda de manifiesto en la construcción de más y más asentamientos en territorio palestino, recordando que los colonos adhieren al sionismo, cuestión que vincula la tierra a la promesa de Yahvé, por lo que mientras no exista una fuerza capaz de detener su expansión a través de los territorios reivindicados, difícilmente abduquen de su imaginario estatal¹². En ese sentido, cabe señalar que actualmente la creación del “muro de seguridad”¹³ y de nuevos asentamientos de facto, ha significado la anexión de al menos 45,5% del West Bank a Israel y la tendencia hasta hoy no se ha revertido. En definitiva, este punto no sólo se relaciona con la situación de los refugiados y las dificultades de retornar a sus tierras, sino que además es un desincentivo para negociar las fronteras definitivas, necesarias al momento de crear el Estado Palestino, pleno en lo jurídico y real sobre el mapa.

III. OSLO: CONSOLIDACIÓN DE LA EXPANSIÓN DE ISRAEL Y EL FIN DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

Desde que Palestina reconoció a Israel como Estado en el proceso vivido en la Conferencia de Madrid (1991) y el posterior acuerdo de Oslo (1993), la ocupación se ha ido materializando a través de hechos consumados. De alguna manera, Oslo vino a servir a Israel para consolidar la política de desplazamiento de la población palestina que se inició en 1948 (tras la resolución 181 de la Asamblea General que creó el Estado de Israel, que

¹⁰ Cuarta Convención de Ginebra, cuyo artículo 49, ratificado por Israel en 1951, sostiene que la potencia ocupante no puede transferir población dentro del territorio ocupado.

¹¹ Resolución 194 del 11 de diciembre de 1948, que hace alusión a la expulsión forzada de centenares de miles de palestinos: “...hay lugares para permitir a los refugiados que deseen regresar a sus hogares lo más pronto posible y vivir en paz con sus vecinos, y que se deben pagar indemnizaciones a título de compensación por los bienes a aquellos que decidan no regresar a sus hogares...”.

¹² Negotiations Affairs Department (2007), p. 5.

¹³ Las razones de seguridad que han motivado la construcción del muro, han permitido que desde 2004 a la fecha se redujeran los atentados suicidas a la población civil de manera drástica. Sin embargo, la Corte Internacional de la Haya falló en junio de 2004 (sin ser vinculante por no contar con el reconocimiento de Israel) que éste es ilegal, contrario al derecho internacional, por tanto debe ser destruido y los palestinos indemnizados, ya que su recorrido anexa nuevos territorios a Israel.

otorgó el 55% del territorio a Israel y el 44% a los palestinos) y la de 1967, en que Israel ocupó hasta el 100% de la superficie denominada por los palestinos como la “Palestina Histórica” o anterior a 1948¹⁴.

En cifras, desde 1947 a 1949, período llamado por Israel como la *batalla por la Independencia*, unos 726.000 palestinos (cristianos y musulmanes) se transformarían en refugiados, ya que debieron abandonar sus hogares y desplazarse de sus tierras. Luego, en 1967, fueron unos 200.000 palestinos los que salieron del West Bank y de la Franja de Gaza¹⁵.

Esta situación ha determinado que la ONU estime un total de 4,7 millones de refugiados¹⁶ de origen palestino con derecho a retornar a sus hogares, cuestión que Israel desconoce por “razones de seguridad”, sobre todo en el entendido de que su interés de Estado, su “razón de ser” y “derecho político”¹⁷, es mantener un Estado Judaico, para lo cual considera fundamental un equilibrio demográfico que preserve esa característica dentro de sus fronteras, por lo que aceptar el derecho a retorno le significaría perder tal equilibrio.

Las normas internacionales se confrontan con los intereses políticos del Estado de Israel. La ley internacional consagra el derecho a retorno y además no legitima la anexión de territorios mediante la vía armada, recordando que la construcción del Estado de Israel se produce luego de la Declaración de los Derechos del Hombre (1948) y de la Carta de Naciones Unidas (1945)¹⁸,

¹⁴ Es conveniente recordar que antes del inicio del mandato del Reino Unido (1922), la “Palestina Histórica” se constituía de aproximadamente un 89% de población árabe (musulmanes y cristianos) y un 11% judío. Los porcentajes demográficos comienzan a modificarse luego de la llegada a territorio palestino de judíos sionistas, en período de mandato británico. Tras el “ataque preventivo” de 1967, Israel ocupa el West Bank, incluyendo Jerusalén (en el plan de partición la define como territorio internacional), la Franja de Gaza y los Altos del Golán. Carter (2007).

¹⁵ Negotiations Affairs Department (2007).

¹⁶ Prohibición de actividad colonizadora: artículo 49 (6) de la Convención de Ginebra. En 1951 se declaró que “La potencia ocupante no deberá deportar o transferir partes de su propia población civil hacia el territorio que ocupa”.

¹⁷ Derecho político entendido como autogobierno, en cuanto a optar por el sistema político que soberanamente desean e instauración de normas propias. En este sentido, un Estado judaico.

¹⁸ Carta de Naciones Unidas, artículo 2: “Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquiera otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

por lo que no cabrían interpretaciones jurídicas del antiguo régimen o del sistema jurídico clásico, el cual reconocía el derecho a la guerra y con ello, la anexión del territorio.

En este aspecto, cabe observar un precedente en estas materias, que dice relación con el respeto al Derecho a Retorno. Este es el acuerdo marco de paz de Bosnia - Herzegovina o Protocolo de París (2003), que significó el fin de la Guerra de los Balcanes. Allí, las partes no estuvieron dispuestas a negociar el derecho a retorno por considerarlo inalienable, posición que fue compartida por las potencias que participaron de la negociación (especialmente Estados Unidos), toda vez que su relativización podía generar un precedente para una mayor anarquía internacional, al proyectar la idea de que mediante la fuerza se podría desplazar a población originaria y luego desconocer sus derechos. *“All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property...”*¹⁹.

Para comprender la importancia de los derechos humanos y la cuestión palestina, debemos adentrarnos en una visión ontológica que nos permita tener una perspectiva de lo gravitante que es el respeto, garantía y protección de los derechos humanos, ya que cuando éstos se violan sistemáticamente se está frente a un problema político, cultural y “civilizacional”. Las razones de Estado, en muchas ocasiones (quizás demasiadas) han deshumanizado nuestra sociedad internacional, pero no por ello se puede renunciar a reivindicar la dignidad humana, que más que nacer de un consenso entre las partes, se sustenta en la razón, cuestión que lleva implícito el amor (respeto) por el prójimo, lo cual se traduce en una protección a la dignidad de las personas (todas), lo que en sí lleva implícito el sentido de pertenencia en el otro, es decir, el nosotros (sociedad internacional), y no en disonancia o exclusión hacia los demás.

IV. VISIÓN ONTOLÓGICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA Y LA LIBERTAD EN PALESTINA

Debemos recurrir a la filosofía política desde la perspectiva del bien común y del recto obrar, como una manera de argumentar a favor de las

¹⁹ Declaración de Dayton 2003, Anexo Refugiados. Recordemos que estas negociaciones se inician en 1995 y las partes fueron representadas por el Presidente serbio de entonces Slobodan Milosevic, el croata Franjo Tudjman y el bosnio Alija Izatbegovic, siendo mediador Estados Unidos, cuyo Presidente era Bill Clinton.

normas existentes de carácter inalienable, para alejarnos del debate limitante de los consensos, que tienden a focalizar la atención en la negociación entre las partes, como si no existiera una mirada trascendente y rectora que pueda asignar responsabilidades, en especial a la potencia ocupante.

En efecto, en el contexto de la ocupación en Palestina, hay quienes señalan que no tiene mucho sentido llevar a “*papel*” una plétora de derechos, ya que ello hace aún más difícil su respeto, sobre todo desde la perspectiva de satisfacer normas universales en “*distintas culturas*”.

Dicho lo anterior, si nos convencemos de las bondades de no insistir en la cristalización y consecuente cumplimiento de las normas relativas a los derechos/obligaciones de la persona y, a su vez, no exigimos el cumplimiento de las leyes internacionales vigentes, estamos frente a la deshumanización del sistema internacional.

Desde la visión pragmática y las tendencias a la *real politiks* se evidencia un riesgo de insuficiente tutela de los derechos, ya que en dicho sentido los postulados de que las “cosas son como son y no como debieran ser” en un contexto de intereses, que siempre se antepondrán a las más trascendentales normas, nos lleva a dividir entre derechos y reivindicaciones como una forma “eficiente” y práctica de asumir el tema de los derechos humanos, o si se quiere “realista”²⁰, en cuanto a no insistir en la comprensión de la naturaleza humana y decidir fundamentar las normas sobre la base de una convención de carácter procesal formal –consensual– de codificación de éstas, evitando así la discusión filosófica substancialista. Esta característica se hace más fuerte en el postmodernismo al cual asistimos, que crea condiciones para poner fin a las narrativas sustentadas en el Derecho de Gentes, lo justo y lo injusto, teniendo como consecuencia una legitimidad de los actos de Estado, como los de Israel, que se oponen a la aplicación del derecho *Ius Natural* (y las respectivas normas del *Ius Cogens*), tendiendo a relativizarlo y a aferrarse a vertientes del paradigma realista que han servido de sustento teórico para legitimar actos de guerra atentatorios a la dignidad humana como masacres, y paradójicamente el mismo Holocausto Judío de la Segunda Guerra Mundial.

En definitiva, una mirada ontológica parece urgente si se trata de derechos humanos, ya que en Palestina Ocupada estamos frente a una prescindencia de la ética/decencia para relacionarse con terceros (otros), que no están contemplados en la construcción estatal por razones religiosas y étnicas, pero que viven allí desde tiempos inmemoriales. Así, la tendencia

²⁰ Morgenthau (1986) pp. 60-64.

postmoderna por profesar un interés por legitimar un Estado amoral, termina atentando contra las normas del *Ius Cogens*, es decir, contra los cimientos de la civilización expresados en las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Los criterios de eficiencia y realismo no responden al tema cultural de fondo: ¿cuáles son los derechos humanos? Esta pregunta resulta en extremo relevante para los que viven bajo ocupación, cobrando especial sentido tomar distancia del positivismo y buscar respuestas en la recta razón. Sí, salimos de la modernidad y valorar la filosofía política de corte personalista, cuyo eje central radica en la persona humana.

Al respecto, debemos centrarnos en la verdad, la cual orienta la función rectora de la ley. De hecho, por Nueva Ley conocemos la primacía de lo interior sobre lo exterior, del espíritu por sobre la letra, cuestión que nos permite valorar la existencia concreta de la misma, pero en su acción práctica. Durante la historia hemos apreciado cómo las civilizaciones se plantean el asunto, presentando diferentes formas de preguntar por lo mismo: *¿de qué espíritu somos?*²¹

Hoy, por experiencias como las vividas (o soportadas) en Palestina, la esfera política (internacional) nuevamente se pregunta qué ha pasado con el *Ius Cogens* o normas imperativas, básicamente por los acontecimientos cruentos, persecuciones, asesinatos selectivos, todos crímenes contra la humanidad. Por tanto, la paradoja se mantiene, ya que avanzamos en materia de un sistema de protección de los derechos humanos en términos mundiales, pero a la vez no brindamos respuestas concretas en el ámbito de la humanización del sistema internacional. Por el contrario, se relativizan los derechos humanos y se vacían en su conceptualización, una paradoja que se profundiza en tiempos postmodernos.

Es así como caemos en confusiones mentales y en parálisis ante el largo drama palestino, ya que por un lado se cuenta, por ejemplo, con un Tribunal Penal de Justicia con alcance relativo desde 2002 en el escenario internacional, pero algunos Estados, como Israel, se han rehusado a ratificarlo. Ciertamente, ahora que Palestina fue reconocida en su estatus de Estado Observador en NU, tendrá la potestad de llevar hasta el tribunal a la potencia ocupante por crímenes cometidos en su contra, sin embargo, el interés de este trabajo no es ver el TPI como un arma arrojada contra la política de Tel

²¹ Maritain (1983) pp. 106 – 110.

Aviv, o un elemento más en la estrategia de negociación entre las partes. El asunto es insertar la discusión en el nivel que le corresponde, *en el derecho de un pueblo a la libertad*.

En esa dirección y en un primer alcance parece apropiado sostener que, a la vista de lo señalado hasta aquí, los derechos humanos son más que el texto universal de respeto a los derechos del hombre, fruto de un diálogo cultural y entendimiento entre todas las civilizaciones²². Tiene que ver con la esencia y la existencia propia del ser. En esta visión centrada en el ser humano se nos aparecen “otras” perspectivas, entre ellas posiciones del relativismo muy vigentes que favorecen a Israel, como por ejemplo las ideas de Martin Heidegger, quien se interesó, desde un escepticismo, por el “pensamiento oriental”, particularmente por el taoísmo y el budismo zen en distintos conceptos abstractos (culturales) como la “NADA” (vacuidad), en contraposición al “SER”, restando cualquier verosimilitud a las visiones substancialistas, que son las que establecen la existencia de un ser que se desarrolla y que es un fin en sí mismo, asunto que es la causa final del derecho a la libertad de un pueblo, cuestión a lo que Heidegger responde que Ser y Nada es lo mismo²³. No existe identificación entre uno y otro, por tanto no somos más que entes, por lo que cualquier noción de libertad no responde más que a subjetivismos. En ese contexto teórico, el problema entre palestinos e israelíes sería un asunto de ellos, sin que exista, desde la ética del derecho o del bien común, condicionamiento alguno al actuar del Estado o potencia ocupante.

Por ello podemos concluir que no basta con interesarse por descubrir las creencias y cosmovisiones de las diversas civilizaciones o tradiciones filosóficas, sino que, además, es necesario atender a cuál ha sido el camino o pensamiento que ha permitido, permite y permitirá defender la existencia de derechos fundamentales atemporales, universales e inalienables que dan sentido y sostén a reivindicaciones a favor de los derechos humanos. En este ámbito, urge una definición respecto de qué y cuáles son los derechos de toda persona humana, sean palestinos, israelíes, musulmanes, cristianos o judíos.

²² El concepto de civilización no es sólo empleado en el sentido de una determinada organización social en base a ciertos valores o principios en un contexto histórico, sino que de manera intrínseca conlleva un rasgo esencial, el cual es el respeto a la dignidad de la persona humana. Para introducirse más en el tema, se recomienda leer a Maritain (1977).

²³ Heidegger (1941) p. 123.

V. ¿QUÉ Y CUÁLES SON LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA?

Respecto de las preguntas ¿qué y cuáles son los derechos de la persona?, Raymond Aron, siguiendo el pensamiento de Santo Tomás, señala que se deben respetar los derechos humanos en el entendido a su relación al ser. Es decir, éstos existen en la medida que el hombre es.

Otros ofrecen respuestas desde el historicismo, esto es, relacionan los valores o principios para cada época, lo que en definitiva significaría que los derechos humanos de hoy no tienen por qué ser los mismos de mañana o de los que fueron reconocidos en el pasado. En esa lógica, Aron se pregunta si se puede o no hablar de verdad en función de la eficacia histórica que haya manifestado una filosofía²⁴. Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos sostener que no sería apropiado extender el listado de derechos humanos con los cuales comprometernos, sino que por el contrario –desde una visión efectiva y eficiente– quedarnos con algunos, para así exhibir logros sobre esas materias. Al respecto, se podría entender que el derecho a la liberación está en sintonía con la eficacia del pueblo para su propia autodeterminación.

Dicho argumento se esgrimió por potencias coloniales para evitar la descolonización y de paso mantener la explotación de territorios que no les pertenecían, y hoy es sistemáticamente argumentado por Israel y organizaciones derivadas de Bretton Woods (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), hechas a imagen y semejanza de EE.UU. (1944), las que han establecido parámetros y condiciones para apoyar la creación de un Estado Palestino. Esto en sí representa un sinsentido desde la perspectiva de los derechos humanos.

En efecto, estos órganos que establecen las reglas del juego crediticio, comercial y financiero del sistema internacional contemporáneo, han optado por defender sus intereses confundiendo los medios y los fines, ya que presentan “legítimas” condiciones para apoyar el fin de la ocupación. Esto resulta ilegal/ilegítimo porque anteponen normas económicas y perspectiva de gestión por sobre normas del *Ius Cogens*. Ello implícitamente representa una tendencia hacia la vacuidad de los derechos humanos, una ampliación del pragmatismo amoral (que se transforma en inmoral) y una deshumanización del sistema internacional.

²⁴ Aron (1997) p. 42.

En la filosofía moral moderna se relaciona a los derechos humanos con la democracia, observando que ello es producto de la evolución histórica desde la Ilustración, que postuló que todas las personas son iguales en dignidad y derechos; que la soberanía reside en el pueblo y por tanto las personas tienen derechos frente al Estado que son superiores y anteriores a éste. Esto es muy diferente a una democracia meramente formal, ya que implica una legitimidad en el quehacer del Estado. No cualquier acto de la mayoría es legítimo, en especial cuando ésta actúa en contra de derechos inalienables consagrados en varios instrumentos jurídicos y reconocidos desde el personalismo.

En esa lógica, pero desde la sociología, Aron indica que las teorías políticas amparan un fundamento de verdad en una parcialidad, lo que permite comprender primeramente la confusión respecto de los fundamentos de los DD.HH. y, en segundo término, la instrumentalización de los mismos. Israel argumenta a favor de los derechos humanos sólo desde una perspectiva limitada y parcial, limitada porque sólo se preocupa de los suyos e infringe el de los demás en vista a su interés estatal, y parcial porque sólo argumenta desde una singular concepción de seguridad, la cual justifica cualquier política de Estado, aunque ésta atente contra la dignidad de otros (palestinos).

De alguna manera, lo dicho anteriormente podemos situarlo en la paradoja que nos señala Costas Douzinas, en el campo de los derechos humanos y el principio organizativo²⁵, sobre todo si hacemos el ejercicio de analizar el contexto internacional desde el quehacer de Israel, y en el de muchas otras acciones que potencias “democráticas” realizan en la denominada “lucha contra el terrorismo”. Se advierte allí un desorden de los principios que animan la política internacional. La involución en el respeto de los derechos humanos es flagrante en los crímenes cometidos por el ejército de Israel contra la población de Gaza en 2009; la ocupación de Irak y Afganistán, con los respectivos crímenes en Abu Ghraib y la bahía de Guantánamo, entre otras acciones al margen del respeto de los derechos humanos, encabezadas por Estados “democráticos”, lo cual representa una línea de acción contraria a la protección de los derechos humanos, que tienden al fin de la sociedad internacional, lo que significaría el regreso a la anarquía mundial.

En definitiva, vivimos en un período de cuestionamiento de los contenidos de los derechos humanos, ya que si estamos hablando de derechos intrínsecos del hombre, reconocerlos no dependería exclusivamente de la voluntad soberana de los Estados (menos si son democráticos). La denominada sociedad del conocimiento tiene rasgos utilitaristas y estaría renunciando a la reflexión (templanza y justicia) para adoptar la especialización, reduciendo la felicidad

²⁵ Douzinas (2008).

o buena vida (en términos clásicos) a un sistema en que se pueda aplicar a todos y, particularmente, que se pueda medir o cuantificar, lo cual se observa particularmente en la mentalidad crematística y comercial²⁶, la que de alguna manera explica indirectamente que la libertad tenga nuevos significados inmanentes y menos ontológicos. Así llegamos a comprender (no compartir) la afirmación presentada en la introducción de este artículo por parte del Presidente Obama, en relación a abordar desde lo económico la situación en la Franja de Gaza. Esa visión la expresó después que la población de dicho lugar sufriera crímenes de guerra por parte del ejército de Israel, como lo estableciera el informe Goldstone de NU.

Este punto es crucial para dar un sustento filosófico (ahondar en las causas últimas) que nos permita demandar y reivindicar normas más ajustadas a nuestra naturaleza, sin solicitar “clemencia” o “misericordia”, sino que simplemente apelar a la dignidad propia del ser humano y desde allí proponer (y demandar) políticas a escala humana.

El argumento de lo anterior encuentra una sólida base tras constatar que *“el hombre es un animal político, es decir, que la persona humana reclama la vida política, la vida en sociedad, no solamente con respecto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil”*²⁷, lo que nos permite sostener que las personas son un todo de todos. Esta visión de la naturaleza humana no es recogida y difundida en un período de paz y prosperidad que ofreciera las condiciones para pensar en las virtudes del hombre, sino que, por el contrario, ésta recoge las ideas de Aristóteles, las cuales fueron valoradas por la tradición cristiana, en especial en momentos en que se desarrollaba la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) por parte de autores personalistas²⁸.

Estas ideas y visiones del ser humano nos brindan una plataforma de entendimiento de una verdad motora al desarrollo de la condición humana, otorgándonos un sentido ontológico que nos permite, mediante el derecho, levantar una visión humanista de la sociedad. Esta visión demanda y exige la liberación de Palestina.

*“El hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia es el peor de todos...”*²⁹. Con ello, podemos inferir que el hombre es un animal social, por lo que su desarrollo como tal depende de

²⁶ Aguilera (2009) pp. 319 – 324.

²⁷ Maritain (1977) p. 17.

²⁸ Díaz (2004) p. 25.

²⁹ Aristóteles (2003) p. 48.

su vida en sociedad, la cual debe brindar las condiciones para el cultivo de sus virtudes³⁰, adquiriendo un sentido intrínseco en lo humano, el derecho al desarrollo, ya que las leyes que rigen la comunidad política no son ajenas a sus necesidades. Éstas deben facilitar el perfeccionamiento del hombre, causa primera de todo ordenamiento social y político.

VI. ÚLTIMAS REFLEXIONES: DERECHOS HUMANOS Y LA CUESTIÓN PALESTINA

A menudo se afirma que la noción de los derechos humanos se modifica cada vez que en el plano de las ideas se registran variaciones, ya sea para comprender cómo aprehendemos la realidad o cuál es el papel de la moral en relación a la dignidad³¹ de las personas. *“Una sociedad justa puede ser realizada solamente en el respeto de la dignidad trascendente de la persona humana. Ésta representa el fin último de la sociedad, que está a ella ordenada”*³². En una línea consecuente, la dignidad requiere considerar al prójimo como otro yo, cuidando primeramente su vida y los medios necesarios para vivirla³³.

Martin Buber nos ilustra sobre la conformación del nosotros, en una relación entre el yo y el tú que en definitiva nos presenta la comunión. Es decir, el ser surge del “yo – tú”, ya que el yo no existe en soledad o en sí, sino que existe en relación al tú. El desafío entonces está en nuestra propia autorrealización, en la que no puedo acceder tras el yo, sino que a través de mi proyección en el tú ante el cual nos *desarrollamos* en el NOSOTROS. Esta es la visión del *panhumanismo* sobre el desarrollo integral de la persona humana, que no es indiferente de mi propia potencia de ser, es decir del otro que se puede transformar en nosotros. Las relaciones interpersonales sustentadas en la utilidad del otro, nos mantienen en la imposibilidad de la plenitud³⁴.

La lógica moderna, en líneas generales, sigue teniendo como objeto la dominación de la naturaleza, cuestión que ha tenido una especial influencia

³⁰ Por virtud de la justicia estamos entendiendo el aprecio de lo justo. Para profundizar sobre la noción de justicia, se recomienda leer a Aristóteles, en su obra Retórica. En ella el autor diferencia un discurso sofista (el arte de la argumentación en sí misma) versus el aprecio por la verdad cuyo instrumento principal es la razón.

³¹ Concilio Vaticano II. Const. past. Gaudium et spes, 26: AAS 58, 1966, pp.1046 – 1047.

³² Ídem, p. 1046.

³³ Concilio Vaticano II, Const. past. Gaudium et spes, 27: AAS 58, 1966, p. 1047.

³⁴ Buber (2006) pp. 11 – 109.

en la revolución material, cuyo sustento primero ha sido el conocimiento práctico y la idea de transformación de la realidad³⁵. Ello, a su vez, ha tenido fundamentos teñidos de “moralidad”, ya que la atención se desplazó del hombre como fin a un proyecto político o económico, en el cual él es un instrumento, cuestión que puede ser advertida en el sionismo. En efecto, esa moral no estudia el acto propiamente, sino que éste queda subordinado al fin ideológico presentado. Siendo más claros, podríamos sostener que toda política que mantenga y fortalezca el objeto o interés nacional de Israel sería “buena”, sin reparos acerca de los costos de su implementación.

Con lo señalado advertimos que existe una contradicción entre el discurso político de defensa de los derechos humanos y la inacción debido a un juego de intereses políticos. De hecho, como se indicó en un comienzo, parecen existir coincidencias en la necesidad de crear un Estado Palestino con plenos derechos en NU, incluso como una forma más eficiente de garantizar la seguridad del Estado de Israel. Sin embargo, las políticas de Estado tendientes a establecer un Estado Judío en consideración con su imaginario han frustrado toda posibilidad de poner término a la ocupación de los territorios palestinos.

En ese sentido, a los históricos obstáculos de un acuerdo en las negociaciones –derecho a retorno³⁶, fijación de fronteras estables y Jerusalén– se suma la condición de reconocimiento del pueblo judío a los palestinos. De alguna manera, estos factores permiten comprender que Israel no tiene voluntad de lograr algún nivel de acuerdo, el cual limitaría la expansión territorial que desde 1948 ha conseguido sobre territorio palestino³⁷.

Israel siempre encuentra “razones” para no aceptar la legislación internacional; recordemos que en el pasado proceso de negociación de Anápolis, se esgrimió el argumento relativo a las divisiones entre partidos

³⁵ Camelo (2006). En términos históricos, estas ideas (prácticas y de transformación) tienen su consecuente repercusión en el proceso conocido como Revolución Industrial, iniciado a mediados del siglo XIX en Londres.

³⁶ Derecho de los Refugiados. Resolución 194 de la Asamblea General de la ONU: “a los refugiados (palestinos) que deseen volver a sus hogares y vivir en paz con sus vecinos, debe permitirse hacerlo en la más temprana fecha practicable...”.

³⁷ Cabe destacar que el programa de viviendas de Israel de 2009 pretende construir 73.000 en Palestina ocupada para unos 280.000 nuevos colonos. De éstas, 5.700 estarían ubicadas en Jerusalén – Este (es decir, en territorio ocupado), lo que su vez significaría expulsar a unas 1.500 personas palestinas de sus actuales hogares. www.emol.cl, octubre de 2009.

palestinos (Hamás y Al Fatah) para no presentar siquiera una propuesta de solución. Siempre tendrá argumentos para no hacer presente una alternativa de creación del Estado Palestino, que al menos reconozca algunos de los ejes centrales que demandan los palestinos y que están consagrados por el Derecho Internacional. Cabe destacar que en el más reciente y frustrado proceso de negociación no se consiguió ninguna restricción o condicionamiento a Israel, el cual ni siquiera renovó la moratoria de asentamientos en Jerusalén³⁸.

Todo nos indica que mientras no se reconozcan e impongan algunas normas mínimas del derecho internacional, la ocupación sobre los palestinos y la razón de Estado de Israel será la constante.

En conclusión, la comunidad internacional, por medio de los actores centrales representados en el cuarteto, ha impulsado periódicamente negociaciones entre las partes. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de éstas y los juegos de poderes e intereses que están detrás, se ha podido evidenciar que son inconducentes si es que el objeto de las mismas tiene que ver con la liberación de un pueblo que hasta hoy vive bajo ocupación. Por ello, el destino del pueblo palestino es incierto, sobre todo porque siguiendo la evolución del conflicto pareciera sentenciado a defender su identidad y sus derechos inalienables desde su propia resistencia, en el marco de un apoyo internacional en lo humanitario, declarativo y discursivo, pero falto de acción en la defensa del derecho internacional de los derechos humanos, que en sí requiere de decisiones políticas, inclusive militares.

De no asumir los Estados representados en Naciones Unidas su responsabilidad en aras de la sostenibilidad de la sociedad internacional, amparado en hacer respetar los principios generales del derecho, podemos esperar una aceleración en el franco proceso de *newentropía* del mismo. Mientras las directrices en materia de seguridad y defensa mantengan la protección de los intereses de los actores centrales, quienes en última instancia no han aceptado la idea de imponer un Estado Palestino viable en orden a un mínimo de respeto al derecho internacional; mientras el lobby sionista sostenga el incumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad de NU, Asamblea General de NU, Consejo de Derechos Humanos de NU, recomendaciones del Tribunal Internacional de Justicia, entre otros, el pueblo palestino seguirá siendo reconocido por su larga y tenaz lucha por su libertad e Israel por sus logros territoriales a través de hechos consumados.

³⁸ Resolución n° 476: "Reconfirmar que todas las acciones tomadas por Israel (potencia ocupante), que pretenden alterar el carácter y estatus de Jerusalén, no tienen validez legal alguna".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA, Carlos (2009): “Antropología y Calidad de Vida”, *Testimonio de Verdad. Libro homenaje a Fernando Moreno Valencia* (Santiago, Centro de Estudios de Investigación Filosófica) 429 p.
- ARISTÓTELES (2003): *Política* (Madrid, Editorial Alianza) 339 p.
- ARON, Raymond (1997): *Estudios Políticos* (México, Editorial Fondo de Cultura Económica) 548 p.
- BOSEMBERG, Luis (2009): “El Conflicto Palestino – Israelí. Una Propuesta para la Negociación”, *Colombia Internacional* (n° 69, enero – junio) pp. 142 – 161.
- BERKO, Anat y EREZ, Edna (2010): *Género, las Mujeres Palestinas y el Terrorismo* (Madrid, Centro de Información de Inteligencia y Terrorismo del Centro para Estudios Espaciales – CSS).
- BRAMS, Steven y KIOLGOUR, Marc (1998): *Teorías de Juegos y Seguridad Nacional* (Madrid, Centro de Documentación del Ministerio de Defensa) 199 p.
- BUBER, Martin (2006): *Yo y Tú y Otros Ensayos* (Argentina, Ediciones Lilmod) 262 p.
- _____ (2000): *Imágenes del Bien y del Mal* (Buenos Aires, Ediciones Lilmod) 256 p.
- CAMELO, Andrés (2006): “Génesis y Apoteosis del Postmodernismo”, *Revista electrónica del Centro de Estudios del Trabajo, Cedetrabajo (DESLINDE)* (julio, 2009): pp. 1-13.
- CARTER, Jimmy (2007): *Palestine. Peace Not Apartheid* (UK, Editorial Cox & Wyman Ltd.) 264 p.
- CONCILIO VATICANO II (1966): Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, 26: AAS 58, 1966. En *Compendio de la Doctrina de la Iglesia*. Conferencia Episcopal Argentina. 2005.
- DÍAZ, Carlos (2004): *Mi Encuentro con el Personalismo Comunitario* (Madrid, Fundación Emmanuel Mounier) 194 p.

DOUZINAS, Costas (2008): *El Fin de los Derechos Humanos* (traducc. de Ricardo Sanín Restrepo, Oscar Guardiola – Rivera y Omar Alonso Medina, Editorial Legis) 462 p.

GONZÁLEZ, Julio y SÁENZ, Paz (2002): *Legislación Básica de Derecho Internacional Público. Responsabilidad de los Estados* (Madrid, Editorial Tecnos) 1184 p.

HEIDEGGER, Martin (1941): *De la Esencia de Fundamento en Ser, Verdad y Fundamento* (Buenos Aires) 119 p.

MARITAIN, Jacques (1983): *De Bergson a Santo Tomás de Aquino. Ensayos de Metafísica y Moral* (Buenos Aires, Club de Lectores) 251 p.

_____ (1977): *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural* (Buenos Aires, Editorial Leviatán) 126 p.

MORGENTHAU, Hans (1986): *Política entre las Naciones* (Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano) 718 p.

NEGOTIATIONS AFFAIRS DEPARTEMENT (2007): "Palestinian Refugee". *Eye on Palestine*. Rammallah.

REMIRO BROTONS, Antonio (2007): *Derecho Internacional, Parte VI, La Protección de Pueblos y Gentes* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch) 1269 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Carta de Naciones Unidas. 26 de junio de 1945. Disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/charter/>>, fecha de consulta: 26 de octubre de 2014.

Declaración de Dayton. Anexo Refugiados. 2003.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287. Disponible en: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>>, fecha de consulta: 16 de abril de 2012.

Resolución n° 476, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre las medidas tomadas por Israel en Jerusalén, 30 de junio de 1980.

Resolución n° 194, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1948.

TÍTULO Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD

Deed and justification of the property

CARLOS CASANOVA GUERRA*

Universidad Santo Tomás

Santiago, Chile

RESUMEN: Este trabajo prueba que la propiedad privada sobre bienes materiales encuentra su título en la justicia distributiva y en el principio de subsidiaridad. Refuta las concepciones liberal-lockeana y marxista del derecho de propiedad. En particular, sostiene que los males que los marxistas atribuyen a la propiedad privada como a su causa se deben más bien al carácter de los hombres y no se resolverían, sino que se agravarían, con la abolición de la propiedad. Muestra que hay diversos posibles regímenes justos de propiedad y que debe revisarse hondamente el sistema de “propiedad intelectual”. Sostiene que la propiedad privada sobre bienes intelectuales es, en cambio, contraria a la subsidiaridad.

PALABRAS CLAVE: propiedad privada, justicia distributiva, subsidiaridad, marxismo y liberalismo.

ABSTRACT: The paper proves that one is entitled to have private property due to distributive justice and to the principle of subsidiarity. It refutes the Liberal-Lockean and the Marxist conceptions of the right to property. It demonstrates, in particular, that the evils which Marxist thinkers consider as flowing from private property as their cause would not disappear but, rather, worsen if private property were abolished. It demonstrates that there are a variety of possible just property systems and that the system of “intellectual property”

* Profesor del Centro de Estudios Tomistas de la Universidad Santo Tomás. También es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O’Higgins y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. <carlosacasanovag@gmail.com>. Una versión previa de este trabajo se presentó en el Congreso Estudiantil de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, en el año 2010.

Artículo recibido el 27 de mayo de 2014 y aprobado el 17 de julio de 2014.

must be submitted to a thorough revision. It holds that private property concerning intellectual rights is contrary to subsidiarity.

KEYWORDS: private property, distributive justice, subsidiarity, marxism, liberalism.

INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad ha sido concebido de las maneras más diversas a lo largo de la historia y en las distintas sociedades. Intentaremos llevar a cabo una reflexión en el estilo de la filosofía clásica, que apunte a lo esencial y, por lo mismo, quede abierta a diversos modos concretos de encarnar eso esencial. En esta tarea, sin embargo, nos veremos forzados a considerar un par de concepciones rivales de la clásica, precisamente porque, o bien toman un aspecto accidental y lo intentan transformar en esencial, o bien niegan que haya algo así como un “derecho”.

I. PARECE QUE EL TÍTULO NATURAL DE PROPIEDAD SEA EL TRABAJO

A partir del siglo XIV, y en el contexto de la controversia entre el fraile franciscano Guillermo de Ockham y el Papa Juan XXII, surgió una visión peculiar de la propiedad como “*derecho individual*”, desligado del contexto político. Sin muchas modificaciones, esta perspectiva fue recogida por John Locke y situada en un sistema mecanicista¹. Según ella, el derecho natural de propiedad no es otra cosa que el poder del individuo sobre aquellos bienes que son producto de su trabajo o que se hacen productivos a causa de su trabajo. Puede uno, por ejemplo, apropiarse la tierra por medio del cultivo, pues gracias a éste aquélla produce 99 o 999 veces más que sin cultivo. A su vez, el derecho que protegen los jueces no es ese derecho natural, sino los poderes que la ley positiva concede a los individuos. En el estado de naturaleza no hay leyes propiamente dichas porque no hay autoridad que las sancione, ni hay, por tanto, derechos propiamente tales, ya que cualquier

¹ Cfr. (1689), §§ 27, 32, 40-45; (1980), Libro II, Capítulo 21, especialmente §§ 24-31, 41, 68-69, 73-75, a la luz de la interpretación de Hobbes y de Locke que ha dado STRAUSS (1953), especialmente, pp. 169-170 (sobre todo la nota 4) y 227. Hoy en día se interpretan los derechos lockeanos tal como los entiende Leo Strauss. Pero se cree generalmente que este modo de entenderlos es una reinterpretación, pues originalmente se concibieron en un contexto metafísico que aceptaba la ley natural y los derechos dados por Dios (Cfr. FLIKSCHUH (2008), p. 381; y su fuente, DUNN (1990), pp. 9-25). Me parece que quienes interpretan de este otro modo a Locke no tienen en cuenta tres cosas: su habilidad como escritor y su interés de no aparecer como un hobbesiano, y sus explícitas afirmaciones mecanicistas en el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, que incluyen la negación de ley alguna que no tenga sanción efectivamente conocida y temida (cfr. Libro I, §§ 5-13).

individuo puede agredir a otro y nada garantiza que en la lucha subsiguiente triunfe otra cosa que la fuerza bruta. El modo de salir de tal estado hobbesiano de guerra de todos contra todos, de acuerdo con Locke, consiste en someterse voluntariamente al Estado (que ha de ser constitucional y parlamentario, a diferencia del *Leviathan* hobbesiano) y a las leyes dadas por él. Tales son los comienzos de la tradición “liberal”.

Sin embargo, en esa misma tradición, tal como fue continuada por Adam Smith y David Ricardo, se propugna una identificación entre las leyes positivas y unas presuntas “leyes naturales”, calcadas supuestamente de la física newtoniana², pero, en realidad, de un tipo semejante al “Derecho natural” de los sofistas antiguos³. Esto llevó a buscar la consagración en la ley positiva del título natural de propiedad, que sería el trabajo productivo. Se aducía que la ley debe proteger la “prudencia”, es decir, la frugalidad y la industria, que producen “naturalmente” su fruto: el enriquecimiento del hombre “prudente”⁴. Una vez establecida por esa vía la acumulación originaria de un capital o un patrimonio, habría, según ellos, que conceder al individuo “autónomo” la posibilidad de disponer, conforme al “principio de autonomía de la voluntad”, de los bienes que hubieran llegado a su propiedad⁵.

² Sobre el intento smithiano de imitar el método newtoniano, *cf.* HETHERINGTON (1983) pp. 497-505. Sobre el naturalismo de Adam Smith en general, véase la nota siguiente.

³ Según los sofistas antiguos, lo “natural” sería una lucha por la dominación de unos sobre otros, y no una ley jurídica o moral (*cf.* PLATÓN (1967), *Leyes* X, 890a). La ley jurídica, además, sería “lo que conviene al más fuerte” (*cf.* PLATÓN (1967), *República* I, 338c y ss.). En los “liberales” se concibe una igual homogeneidad entre las leyes naturales y las leyes sociales, aunque de contenido un tanto diferente: también en sociedad, como en el estado de naturaleza, cada uno busca su propio interés, pero en sociedad ello resulta en el interés general (*cf.* SMITH (1984), part 3, chapter 5, pp. 164 y ss.).

⁴ Sobre los efectos “naturales” de la prudencia, de acuerdo con Adam Smith, *cf.* (1984) pp. 166-167. En David Ricardo se encuentra la misma doctrina, en la base de la explicación ideológica de la “acumulación originaria”. Sobre una crítica mordaz a esta explicación, *cf.* MARX y ENGELS (2005), Tomo I, capítulo n° 24, pp. 891 y ss.

⁵ Brevemente quiero decir que Kant pertenece a la tradición liberal y por ello concibe la propiedad, en primer lugar, como un asunto del individuo. Por esta razón, en la *Metafísica de las costumbres* él intenta primero justificar el establecimiento de la relación sujeto-objeto que se halla en la propiedad, cuyo único título originario sería la ocupación. A partir de allí pasa a fundar todo el Derecho Civil con el principio de la autonomía de la voluntad, perfeccionado por la aparición del “estado civil”, en el que se supera el hobbesiano y lockeano “estado de naturaleza” (aunque Kant trata sobre la usucapión y sobre la sucesión *mortis causa*, dice que en ambas “el sujeto adquiere de otro”, por medio de una “mera idea de la razón práctica” [*cf.* KANT (1999) pp. 291-294 y 305 y ss. de la edición de la Academia de Berlín a cargo de Natorp, tomo VI, § E]. La adquisición *mortis*

En la obra de esos mismos autores, la teoría del título natural de la propiedad se traduce en la creencia de que sólo aquellos hombres que realizan una *“actividad productiva”* tienen un verdadero derecho a la propiedad, es decir, sólo los sujetos que representan la tierra, el trabajo o el capital. Los políticos y los eclesiásticos, primero, y luego incluso los terratenientes, serán vistos como meros parásitos. También los pobres caerán en esa categoría. Ricardo y Malthus son explícitos en considerar a los pobres de esta manera⁶. En ellos se inspirará más tarde Darwin para concebir sus hipótesis biológicas.

Los *“derechos”* de los liberales no son más que facultades de los poderosos, como vio bien Gustav Zagrebelsky en *El derecho dúctil*⁷. El individuo que puede apropiarse de las cosas por su esfuerzo tiene derecho y dispone de él de manera soberana y autónoma.

Desde adentro de la tradición de la economía política y del liberalismo surgió su némesis. Karl Marx sostiene, igual que John Locke, que el título

causa le plantea un problema peculiar, precisamente porque se aproxima a ella a la luz de un único principio, el de la autonomía de la voluntad. El enredo llega a ser cómico a los ojos de un jurista, debo confesar). Sin embargo, es verdad que en Kant esta tendencia liberal es luego corregida por cierta preocupación por la justicia que se manifiesta en su descripción del *“estado civil”*. Sigue siempre, con todo, dentro del horizonte de una concepción voluntarista del Estado, como la que se inicia con Guillermo de Ockham (cfr. KANT (1999), pp. 313 y ss. de la edición de Natorp). Por otra parte, Kant piensa que todos los hombres tienen el deber de adherirse al *“estado civil”* (diferente al estado de naturaleza o al *“despotismo”*). Estamos obligados a aceptar el *“pacto fundacional”* sin considerar el contenido ni condición material alguna. Los disidentes también están obligados, aunque el régimen sea tiránico desde el punto de vista de su contenido; los proletarios, aunque se los explote hasta que mueran de hambre. Esto en virtud de que lo exige una *“corrección”* (si no adherimos no podemos ser *“correctos”*), que Kant concibe como un fantasma ideal no fundado en inteligibles reales, y como si no dependiera de condiciones materiales de ninguna manera, como si en asuntos jurídico públicos no interesara la felicidad o el bienestar, y como si la justicia no tuviera que ver con los contenidos de los pactos o leyes (cfr. *ídem*, pp. 313-318, §§ 45-49). Desde luego, estas afirmaciones kantianas sorprenden al lector. Ellas constituyen, en efecto, una suerte de exhortación para que los hombres sean *“perfectos”* y se sometan fielmente al tipo ideal de Estado que Kant ha concebido. Pero él ha dicho que *“es una contradicción que me proponga como fin la perfección de otro”* (*ídem*, p. 386). Es fácil percibir que el idealismo trascendental de Kant puede preparar el camino al materialismo de Marx y a su *“Dictadura del proletariado”*, y que la única alternativa frente a este dilema es el realismo clásico.

⁶ Cfr. RICARDO (1995) pp. 33 y ss., y 71 y ss. Adam Smith fue diferente en este punto.

⁷ Cfr. ZAGREBELSKY (1997), Capítulo 4: *“Derechos de libertad y derechos de justicia”*.

natural de la propiedad es el trabajo. Pero, a diferencia de Locke, destaca Marx el valor de la cooperación en el proceso productivo y la condición de “*animal social*” que caracteriza al ser humano⁸. Observa entonces que puesto que el trabajo es colectivo, la propiedad también debería ser colectiva y no privada.

No debe pensarse que este ver al hombre como “*animal social*” signifique lo mismo que el aristotélico describir al hombre como “*animal político*”. Marx, igual que los liberales, piensa que lo político es artificial, más aún, ideológico. El Estado, la filosofía, la religión y, con ellos, la justicia misma, no son sino máscaras de interés de clase. Por ello, también según él, los políticos, los filósofos y los sacerdotes son meros parásitos o, peor aún, instrumentos de explotación al servicio de los capitalistas y empresarios. De aquí que proponga, como todos sabemos, que los proletarios tomen el poder con sus propias manos, colectivicen por la violencia revolucionaria los medios de producción.

Por supuesto, Marx es consciente de que la revolución no la llevan a cabo los trabajadores, sino su “*vanguardia*”, el Partido y la Liga Comunistas; y de que tras la revolución habrá poder estatal, “*filosofía*” y actividad de administración y control de la producción⁹. La diferencia residirá en que en el momento oportuno, cuando llegue la encarnación de la utopía, caerán las máscaras ideológicas y el poder perderá, así, su carácter político.

El choque contra lo que Marx considera “*ideología*” no perdona a los derechos individuales de la tradición liberal. Con razón apuntan Marx y Engels, por ejemplo, que en el contrato de trabajo el “*proletario*” no tiene la misma “*autonomía de la voluntad*” que el patrón, y que pretenderlo no puede ser sino una máscara ideológica oligárquica. Sin embargo, la negación marxista de toda justicia y derecho, el rechazo de los mismos como mera máscara ideológica no deja lugar sino para la lucha sin cuartel y sin canon racional entre ideologías rivales. O para la total destrucción del “*enemigo*” por parte de los comunistas y la sujeción a-jurídica de los pobladores que sobrevivan a la revolución a la voluntad del Partido o la Liga Comunistas.

⁸ MARX y ENGELS (1906) pp. 315-316. Para una exposición detallada de las fuentes y de la interpretación aquí supuesta, *cfr.* CASANOVA (2010) pp. 415-459.

⁹ *Cfr. Infra*, nota 18.

II. TODO TÍTULO DE PROPIEDAD EXISTE EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Es importante recordar que una consideración adecuada de la propiedad exige apartarse de las dos ideologías dominantes, liberal y marxista. En efecto, hay que percibir que la propiedad no es un “*poder*” que un individuo conquiste para sí mismo, sino una [cuasi] relación jurídica que tiene sentido solamente en el contexto de la república. Marx dice la verdad cuando apunta que la cooperación es necesaria para la producción y, añadamos, apropiación y goce de bienes. Pero él incurre en un engaño ideológico cuando afirma que esa cooperación es sólo “*social*”, no política. Sin el juez que administre justicia, sin el gobernante que garantice la paz, sin el clérigo y el filósofo que ilustren las almas, no puede haber orden social ni disfrute de bien alguno. La propiedad como auténtico derecho, así, se da en el contexto de una distribución justa de bienes comunes.

Toda sociedad posee reglas de distribución, pero, para que la sociedad pueda llamarse “*república*”, esas reglas deben guardar alguna proporción, deben responder a un “*derecho común*”¹⁰. No una igualdad absoluta, que incluso en su retórica demagógica Marx rechazó “no se pedirá ni se dará a todos lo mismo”, sino algún tipo de igualdad proporcional, de acuerdo con la común dignidad¹¹, el trabajo, los méritos, la función que se desempeñe en la sociedad, ciertas reglas abstractas, etc. Teniendo en cuenta todos estos criterios, las diversas sociedades han atribuido una parte de los bienes a sus gobernantes, a sus filósofos y hombres de letras o de ciencias, y a sus clérigos. También las sociedades comunistas, con sus ideólogos, sus santuarios seculares, sus museos, etc.

La distribución en una república debería además dejar para el común disfrute importantes bienes públicos, que cada sociedad puede definir

¹⁰ Sobre la justicia distributiva, *cfr.* ARISTÓTELES (1970) V 2-3. Sobre la necesidad del respeto (aun por las mayorías) de un “*Derecho común*” para que pueda existir una república, *cfr.* CICERÓN (1984) pp. 140 y 142.

¹¹ Esta común dignidad es lo que ha llevado a la doctrina católica a hablar del “*destino universal de los bienes* [materiales]”. Por supuesto, ese “*destino universal*” no niega la apropiación privada en el caso de bienes materiales. Ahora bien, en el caso de bienes intelectuales, nos encontramos ante un fenómeno enteramente distinto. El sistema de patentes y de derechos intelectuales necesita de una revisión profunda –por lo menos–, pues se ha convertido en una manera de monopolizar bienes que deberían ser públicos o alcanzar mayor difusión. Sobre este punto volveremos en el texto.

de modos diversos, pero que han de expresar y concretar la naturaleza comunitaria de la vida civil. El principal de esos bienes, y fundamento de todos los demás, es un derecho [común], que no hace acepción de personas, que no toma partido ni por los ricos ni por los pobres.

Además, la distribución debe entregar a los diversos ciudadanos, algunos bienes como "*proprios*", también bienes materiales y económicos. Obviamente, el modo concreto como esto se realice puede ser muy distinto en diversas sociedades. Revisemos primero, entonces, la justificación de la propiedad particular y, luego, la posible diversidad de regímenes de propiedad.

1. Justificación de la propiedad y la posesión privadas

La justicia distributiva, al igual que todos los demás aspectos de la vida política, ha de considerarse dentro del contexto de la justicia general. Esto significa que la regla última que legitima un principio de distribución es el bien común político. Vamos a considerar este bien en su aspecto inmanente, como el recto orden de la sociedad política. Si estudiamos la justicia distributiva a la luz de ese recto orden, será fácil comprender por qué debe haber propiedad particular, como poder jurídico y no meramente fáctico. He aquí una serie de argumentos a favor de la propiedad privada o particular:

A) La polis no es una entidad sustantiva, como un animal, sino que su unidad es sólo unidad de orden, como la de un equipo de fútbol. Está constituida por una serie de instituciones menores, como la familia o las escuelas o las universidades o las empresas o los sindicatos, y por personas individuales. En el caso de la polis, el bien del todo no excluye el bien de las partes. En efecto, no puede decirse que una sociedad política sea perfecta o feliz, si las instituciones menores que allí existen o las personas que viven en ella son monstruosas o desgraciadas. El tipo de fin al que se ordena la polis, entonces, excluye que pueda haber una absorción del bien del individuo en el bien del todo, como en cambio puede ocurrir en el ejército. La victoria es un resultado distinto de la praxis, lo cual no ocurre con el fin de la actividad propia de la ética y política, que es la felicidad, es decir, la praxis perfecta misma¹². Ahora bien, si toda la propiedad "*de los medios de producción*" fuera pública o social, la sociedad política ya no estaría integrada por un conjunto de instituciones menores, porque éstas quedarían disueltas, como vio bien Aristóteles¹³. En consecuencia, ninguna actividad humana puede llevarse a

¹² Cfr. ARISTÓTELES (1963) II 5, 1264b15-26.

¹³ *Ídem*, *Política* II 1-5.

cabo sin bienes económicos. Pero si el poder de decisión sobre los bienes económicos pasara a la administración del Estado, entonces las instituciones menores perderían su consistencia. Difícilmente podrán madurar y ser felices las personas individuales en tal sociedad.

a) Este punto se conecta inmediatamente con el principio de subsidiaridad, como es obvio. La formulación liberal del mismo, como la de Hayek, sostiene que hay que evitar dar el control de la economía a un planeador central porque la multitud de los agentes económicos posee conocimientos y flexibilidad que no puede poseer el planeador central, de tal manera que la acción de esos agentes en el mercado es necesariamente más eficaz que la del planeador central. Además, la autoridad no debería interferir en las valoraciones de los agentes económicos descentralizados¹⁴. Pero yo no pretendo usar esta formulación liberal, sino la republicana. De acuerdo con esta última, una institución superior no debe hacer lo que puede hacer una inferior, y una institución no debe hacer lo que puede hacer una persona. Algunas de las razones que inspiran el principio en su versión republicana son muy diferentes a la justificación liberal-utilitarista que de él da Hayek. Veamos tres razones republicanas: (i) el bien común, la felicidad o actividad virtuosa de la polis se alcanza por medio de la felicidad o actividad virtuosa de los ciudadanos. Si éstos pierden la capacidad de actuar por sí mismos no pueden perfeccionarse y madurar. Ha de promoverse, por tanto, la iniciativa individual para alcanzar el bien común, lo cual implica también la promoción de las asociaciones menores entre los ciudadanos. En esta dirección van las críticas de Aristóteles a la *República* de Platón, y también la doctrina social de la Iglesia¹⁵; (ii) como observó Alexis de Tocqueville, si bien una sociedad subsidiaria da la impresión de ser más desordenada y, por ello, menos eficaz que una sociedad centralizada, es, en realidad y de ordinario, más eficaz. En efecto, la acción más fácilmente se adapta a las necesidades peculiares de los diversos ámbitos en que debe realizarse en una sociedad en la que se vive la subsidiaridad; (iii) además, una sociedad subsidiaria es mucho más segura, tanto respecto de la libertad como respecto de la integridad, que una sociedad centralizada. En la sociedad centralizada, una enfermedad del centro acaba con toda la vida del cuerpo social. La sociedad subsidiaria tiene muchos recursos para curar cualquier enfermedad del gobierno¹⁶. Aquí residía, en buena parte, la diferencia entre la Roma republicana y Cartago en

¹⁴ Cfr., por ejemplo, HAYEK (1980) pp. 1-32.

¹⁵ Cfr. Un resumen acerca del contenido y significación del principio de subsidiaridad y su conexión con el de solidaridad en: JUAN PABLO II (1997), Tercera Parte, Primera Sección, Capítulo 2, artículo 1, nn. 1878-1885.

¹⁶ TOCQUEVILLE (1911) Tomo I, Parte I, capítulo V ("*Ideas generales sobre la administración en los Estados Unidos*"), pp. 106-119.

las primera y segunda guerras púnicas. Los cartagineses confiaban todo su poder a un número pequeño de caudillos personales, mientras los romanos eran capaces de levantar nuevos cónsules o dictadores, según la necesidad apremiara.

b) Por otra parte, y como se desprende de lo que hemos dicho, la felicidad o perfección de las personas no debe concebirse como un simple poder consumir bienes exteriores materiales. En *Brave New World, Un mundo feliz*, de Aldous Huxley, todos los habitantes del gran Estado mundial podían consumir todos los bienes materiales que quisieran, podían disfrutar de todos los placeres, podían evitar toda tensión, y, sin embargo, sabemos que se encontraban allí obstáculos radicales para una verdadera felicidad. ¿Cuáles son esos obstáculos?

(i) La abolición de la familia y, con ella, de todo amor de la persona en cuanto persona;

(ii) la desaparición de la virtud, sin la cual, nuevamente, todo amor verdadero se esfuma;

(iii) la casi total abolición de la verdad, que queda sustituida por consignas que condicionan y aun determinan la psicología de todos los miembros de la sociedad; y

(iv) como consecuencia de todo lo anterior, la reducción radical de la libertad de las personas, que se convierten en meras piezas del aparato social.

La felicidad o perfección de las personas está conectada, entonces, con el poder amar y ser amado, con poder conocer la verdad, con la virtud, con el uso responsable de la libertad. Al menos algunas virtudes importantes se hacen muy difíciles de vivir si todos los bienes son de propiedad colectiva o social. Así, por ejemplo, la liberalidad, la magnificencia y la hospitalidad son virtudes que requieren poder disponer de bienes propios. Incluso el ejercicio de la justicia como virtud requiere el poder disponer de al menos algunos bienes propios, por pequeños que sean. Piénsese en las manifestaciones de solidaridad que se suelen dar tras cataclismos naturales como los derrumbes de la costa central venezolana ocurridos en diciembre de 1999 o el terremoto de Chile en febrero de 2010. Fue conmovedor ver a muchos seres humanos renunciar voluntariamente a su tiempo o a sus bienes para ayudar al prójimo. Toda esta iniciativa, con el ejercicio de disposiciones virtuosas y el sublime placer que entrañan, sería abolida si no hubiera apropiación privada de los bienes. Del mismo modo, la vida familiar se dificultaría enormemente si no hubiera un espacio de intimidad bajo el amparo del Derecho frente a terceros privados y frente a las autoridades públicas, bien sea mediante la figura del

derecho de propiedad o mediante la figura del contrato de arrendamiento o mediante otras figuras de posesión privada legítima¹⁷.

B) El segundo argumento que quiero expresar aquí es una aplicación del anterior, para criticar un aspecto esencial de la principal fuerza ideológico-política que ahora propone la abolición de la propiedad privada. El marxismo denuncia a la “clase burguesa” y a todo el aparato estatal y cultural como si fueran una sociedad anónima para la explotación de los proletarios. Al hacerlo, crea una ficción. Sin embargo, una lectura atenta de los textos revela que después de la revolución marxista ha de instalarse una real y efectiva sociedad para la explotación de los trabajadores: el Partido o la Liga, que será el único propietario de los medios de producción, como expresamente se dice en el Manifiesto comunista, en *El Capital* y en la *Crítica al Programa de Gotha*¹⁸. Los problemas de los soviéticos no fueron resultado de una aplicación errónea de Marx, ni lo son los problemas de los cubanos o chinos. Constituyen, más bien, el resultado directo de una aplicación fiel del marxismo: los trabajadores de la sociedad marxista son esclavos estatales.

C) Es indudable que Aristóteles tenía razón cuando decía que la expresión “propiedad de todos” con que se califica a los bienes públicos es ambigua. Si significara “de cada uno”, entonces supondría un mayor cuidado sobre esos bienes, sean medios de producción o bienes de uso público. Pero no es eso lo que significa “de todos”. Cuando la propiedad se diluye entre tantos, también el cuidado se hace más y más tenue, y es probable que la negligencia lleve a la destrucción de esos bienes. A menos que se atribuya su cuidado, como en propiedad, a algunas personas en particular, servidores públicos¹⁹, en los que no se puede esperar que se convierta toda la masa del pueblo. Esta observación aristotélica no significa que el egoísmo sea más fuerte que el altruismo, como fue frecuente oír en 1989, sino que el amor propio es un impulso importante que ha de considerarse en la ética y la polí-

¹⁷ En Venezuela, los marxistas desean establecer un régimen de posesión de los bienes inmobiliarios en el que el único propietario sea, en rigor, el líder del grupo dominante, mientras todos los demás posean una suerte de patente de habitabilidad que pueda ser revocada por el “gobierno”. Cfr. CASANOVA (2008) pp. 25-44.

¹⁸ Cfr. MARX y ENGELS (1973) Tomo II, capítulo 6, n. 2, pp. 127-128; Tomo III, pp. 392-396; Marx y ENGELS (1972) pp. 112-113. En el *Manifiesto comunista* hay dos pasajes relevantes: el Estado perderá su carácter político, dice, después de la Dictadura del proletariado (pero no será abolido: [1932] p. 343), y el Estado se convertirá en una superintendencia de la producción (el segundo pasaje se da en el contexto de descripción de las metas del socialismo utópico-crítico, que Marx juzga correctas, aunque piense que son “utópicos” los medios pacíficos que ese socialismo propone: p. 353).

¹⁹ Cfr. ARISTÓTELES (1963) II 3, 12615-9; 3, 1261b16-38.

tica. Como el mismo Aristóteles apuntó, no todo amor propio es reprochable, aunque el egoísmo sí lo sea²⁰. Aun Cristo dijo, en una de las formulaciones del precepto de la caridad, “ama a tu prójimo como a ti mismo”. Los criterios de justicia distributiva han de tomar esto en consideración, y sorprende que una doctrina materialista como el marxismo finja no hacerlo.

D) La razón por la que el comunismo tiene tanta fuerza apelativa entre los jóvenes reside en que ellos están persuadidos de que promueve la solidaridad y evita las discordias, especialmente porque todos los males presentes se atribuyen a la propiedad privada y al mercado. La causa de esta persuasión reside en que los jóvenes no tienen experiencia o conocimiento de lo que pasaría si se aboliera la propiedad privada.

La discordia, la avaricia y la explotación de unos hombres por otros, no se debe a la propiedad privada o al mercado. Ni uno ni otra son agentes reales. Los agentes son los seres humanos, y la raíz de las injusticias que pueda haber en la sociedad se halla en el corazón de los hombres²¹. No hay duda de que los problemas políticos contemporáneos son sumamente difíciles de resolver. Pero, precisamente por eso, imaginarse que por un “cambio de sistema”, por una “revolución”, todos los problemas se hallarán como por arte de magia en vías de solución constituye o bien una candidez enternecedora aunque peligrosa, o bien una ideología rapaz, demagógica y totalitaria. La revolución no hace más que destruir las instituciones que dan forma a los diversos países de que se apodera, de modo que éstos quedan a merced de (α) grupos de cínicos y desvergonzados aventureros políticos con intenciones totalitarias, como los descritos por Dostoievsky en su *Demonios*, o de (β) poderes extranjeros, a menos que el nuevo régimen reaccione e intente reconstituir sus fuerzas políticas. El punto (α) es de la esencia de la revolución. Algo del punto (β) se ha dado en China, que ha llegado al extremo de establecer la política suicida de un solo hijo, que conviene a los Estados Unidos, y con la cooperación de Planned Parenthood. La Unión Soviética escapó a esta suerte porque, tras el fracaso de la invasión de Polonia y otros eventos semejantes, Lenin dio marcha atrás en el punto marxiano de la abolición de la familia y rompió con Alexandra Kollontai, llegando a afirmar: “la actual extendida hipertrofia de los asuntos sexuales no da alegría ni fuerza para la vida, sino que la resta. En la edad de la revolución, esto es malo, muy malo”²².

²⁰ *Ídem*, II 5, 1263a41-b5.

²¹ *Cfr.*, en sentido semejante, ARISTÓTELES (1963) *Política* II 5, 1262b15-42.

²² PORTER (1980) p. 446. Lenin dice más: “*You must be aware of the famous theory, Lenin told Zetkin, ‘that in communist society the satisfaction of sexual desires, of love, will be as simple and as unimportant as drinking a glass of water. This glass of water theory has made our young people mad, quite mad. It has proved fatal to many young boys and girls.*”

La discordia, la explotación de unos hombres por otros, etc., se dan de un modo mucho más poderoso en una sociedad comunista en la que se ha abolido aun la noción de “justicia”, como si fuera un aspecto esencial de la ideología burguesa. El único bien al que puede aspirar el marxismo es un bien utilitario, de la misma naturaleza que inspira al Brave New World, precisamente porque es materialista²³. Para aspirar al bien de una verdadera justicia y hermandad universal tendría que dejar de ser materialista, y tendría que respetar la justicia distributiva.

Sin embargo, el marxismo sostiene que la Revolución (así, con mayúscula) producirá una transfiguración de la realidad y provocará el advenimiento del “Hombre Nuevo”²⁴. En este aspecto, el marxismo es heredero tanto de cierto mesianismo judaico post-cristiano, que es intra-terreno e intra-histórico de acuerdo con Hannah Arendt²⁵, como del gnosticismo, que

Its adherents maintain that it is Marxist. But it is completely un-Marxist. Of course, thirst must be satisfied. But will the normal man in normal circumstances lie down in the gutter and drink out of puddle, or out of a glass with a rim greasy from many lips? But the social aspect is most important of all. Drinking water is of course an individual affair. But in love two lives are concerned, and a third, a new life arises. It is that which gives it its social interest, which gives rise to a duty towards the community”. Cfr. JONES (2000), pp. 237-238.

²³ Max Weber apunta agudamente en “*La política como vocación*” que el materialismo histórico tiene como consecuencia que los seguidores del líder revolucionario se muevan sobre todo por el resentimiento, la sed de vindicta y la esperanza de un botín. Cualquiera puede consultar una traducción fiel al inglés: “*Under the conditions of the modern class struggle, the internal premiums consist of the satisfying of hatred and the craving for revenge; above all, resentment and the need for pseudo-ethical self-righteousness: the opponents must be slandered and accused of heresy. The external rewards are adventure, victory, booty, power, and spoils. The leader and his success are completely dependent upon the functioning of his machine and hence not on his own motives. Therefore he also depends upon whether or not the premiums can be permanently granted to the following, that is, to the Red Guard, the informers, the agitators, whom he needs. What he actually attains under the conditions of his work is therefore not in his hand, but is prescribed to him by the following’s motives, which, if viewed ethically, are predominantly base. The following can be harnessed only so long as an honest belief in his person and his cause inspires at least part of the following, probably never on earth even the majority. This belief, even when subjectively sincere, is in a very great number of cases really no more than an ethical ‘legitimation of cravings for revenge, power, booty, and spoils. We shall not be deceived about this by verbiage; the materialist interpretation of history is no cab to be taken at will; it does not stop short of the promoters of revolutions’*”. WEBER (1946).

²⁴ Cfr., por ejemplo, GUEVARA (1975) pp. 91-116.

²⁵ Cfr. ARENDT (1994) pp. 446-447. Cfr., también, sobre el mesianismo judaico post-cristiano y su vivo contraste con el cristianismo, BENEDICTO XVI (2005), *Spe Salvi*, n° 4 y ss.

anhela la destrucción del mundo presente y algún modo de acceso, mediante facultades naturales, al “Mundo Superior”. Es decir, el marxismo es una suerte de “Fe”. En cuanto a la perspectiva que nos ocupa, se distingue hondamente del cristianismo en dos aspectos cruciales: (a) el cristianismo sabe que el Mesías ya ha venido y que éste ha anunciado un reino que “no es de este mundo”. Por lo mismo, (b) el cristianismo ortodoxo enseña que la gracia no destruye la naturaleza, que además el “hombre viejo” convive con el “nuevo” en una permanente lucha que tiene lugar dentro del corazón del hombre, y que, en consecuencia, no puede esperarse una Parousía del “Mundo Futuro” en la realidad histórica. El cristianismo rechaza la escatología revolucionaria como mera superstición o como una nueva máscara de la antigua magia. De aquí procede el odio de los marxistas contra el cristianismo²⁶.

2. *Diversos regímenes justos*

Quiero cerrar mostrando que cuanto he dicho no es la defensa de un régimen particular, y mucho menos del estado actual de cosas. En el estado actual de cosas, la “propiedad” privada se ha extendido a realidades a las que, sin duda, no debería haberse extendido, al menos no del modo presente. Los bienes del espíritu, las invenciones del arte o de la técnica, deberían ser de disposición pública en su raíz, es decir, como invenciones, no como “productos acabados”, inmediatamente o un tiempo muy breve después de ocurridas. Esta difusividad de los bienes del espíritu es importante precisamente para que se dé la subsidiaridad que justifica la propiedad privada de los bienes materiales, una posibilidad de maduración independiente de todos los hombres, en lugar del monopolio que actualmente se nos quiere imponer²⁷.

Por otra parte, los regímenes de propiedad conformes a la justicia distributiva y al principio de subsidiaridad podrían ser muy variados. Así, por ejemplo, en Hispanoamérica se cristalizó en el siglo XVI y estuvo vigente durante siglos un sistema pluralista de propiedad. Los indios conquistados y agrupados en sus poblaciones o en otras poblaciones, fundadas o bien por misioneros o bien por el clero secular (los Pueblos de Doctrina), gozaron en casi toda América de un régimen de propiedad y de distribución de los impuestos inspirado en el incaico, ya que ellos poseían tierras comunales (privadas de la comunidad) por una extensión de una legua a los cuatro vientos

²⁶ Cfr., en sentido semejante, BENEDICTO XVI (2007), *Spe Salvi*, nn. 20-27 y 44; y *Deus caritas est*, nn. 27, 31b, y 36-37.

²⁷ No pocas veces, por cierto, grandes grupos económicos norteamericanos han registrado invenciones realizadas en países pobres y han monopolizado luego su uso, mediante el empleo de un “Derecho” que no es sino fuerza, esgrimido aun contra los propios inventores.

contados desde los límites de su pueblo, al tiempo que poseían propiedad privada (individual y familiar) de sus viviendas y utensilios. Además, podían adquirir propiedad privada (individual o familiar) sobre la tierra más allá de la legua común. Como ustedes deberían saber, este régimen se abolió en el siglo XIX en toda la América española, hasta donde llega mi conocimiento, por influencia de los liberales, inspirados en Locke y otros “*ilustrados*”²⁸. De acuerdo con los liberales, la propiedad comunal era contraria a la dignidad humana, o al menos así argüían ellos, aunque probablemente de un modo ideológico en el sentido marxista de la palabra. Es decir, la preocupación liberal por los “*derechos humanos*” no era más que un pretexto para dividir las comunidades y eliminar las protecciones que el Derecho indiano había establecido en favor de los comuneros, con el fin de, acto seguido, adquirir por malas artes las tierras de los flamantes propietarios y de esa manera dar inicio al latifundio o agravarlo notablemente.

Hay muchos modos de vivir la justicia distributiva y de repartir los bienes comunes conforme a ella. Siempre se pueden mejorar los regímenes existentes, además. Pero el camino para una verdadera mejora no es el de la revolución. Como ya se ha apuntado, la revolución no trae sino ruina, desbarajuste y desolación, para satisfacer la voluntad de poder de pequeñas élites sin escrúpulos. Élite que son enemigas de la humanidad y que visten ropajes demagógicos. Quien quiera una verdadera mejora debería en primer lugar promover acciones concretas o reformas político-jurídicas que guarden siempre el sentido republicano clásico, el equilibrio que no favorece partidos oligárquicos o demagógicos, la seguridad jurídica en la medida de lo posible, y la paz. Cosas todas que, como las reformas del régimen laboral de Lord Ashley, los marxistas tildan de antieconómicas²⁹ o de sucedáneos que intentan retardar la abolición de la propiedad, la revolución³⁰.

Más profundamente, quien desee una verdadera mejora debe darse cuenta de que es del corazón del hombre de donde salen todas las injusticias y desamores, y que no hay modo de conseguir el bien político si no es apelando a los corazones. Entre otras cosas, porque la virtud es un aspecto esencial del bien político. Quien quiera una mejora profunda habrá de seguir el camino largo y tortuoso que siguió el cristianismo en los primeros siglos, que no llamó a un levantamiento de los esclavos, por ejemplo. Al contrario, llamó a la sujeción amorosa de los esclavos, de un lado, y al trato amoroso

²⁸ Cfr. MARTÍ (1998) Tomo I, pp. 4, 5-6, 357, 115, 272, 299, 357, 364 y 365; Tomo II, pp. 25, 59, etc. Cfr., también BRICEÑO-IRAGORRY (1989) pp. 94-96; y BELAÚNDE (1963) pp. 116-117 y 218-223.

²⁹ Cfr. MARX y ENGELS (1938) pp. 26-27.

³⁰ Cfr. BENEDICTO XVI (2005), n. 31b, por ejemplo.

hacia los esclavos por parte de sus amos, de otro³¹. Poco a poco se formó así la única civilización donde la esclavitud ha estado verdaderamente abolida³²: la cristiandad latina. O tendrá que seguir el camino largo y tortuoso que siguió Sócrates, quien, en lugar de llamar a un levantamiento armado contra las ciudades existentes, se sometió a la pena de muerte, a la que había sido condenado injustamente, para dar a los jóvenes un ejemplo de hombre que amó la justicia más que los bienes exteriores, más que la propia vida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARENDRT, Hannah (1994): *The Origins of Totalitarianism* (Nueva York, Harcourt, Inc.) 527 pp.

ARISTÓTELES (1963): *Política* (Oxford, Oxford University Press) 282 pp.

_____ (1970): *Ethica Nicomachea* (Oxford, Oxford University Press) 264 pp.

BELAÚNDE, Víctor Andrés (1963): *Meditaciones peruanas* (Lima, Talleres Gráficos P. L. Villanueva) 267 pp.

BENEDICTO XVI (2005): “*Deus caritas est.*”. Disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_sp.html>, fecha de consulta: 28 de agosto de 2014.

_____ (2007): “*Spe salvi.*”. Disponible en: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20071130_spe-salvi_sp.html>, fecha de consulta: 28 de agosto de 2014.

BRICEÑO-IRAGORRY, Mario (1989): *Tapices de historia patria*. En: BRICEÑO-IRAGORRY, Mario: *Obras completas* (Caracas, Ediciones del Congreso de la República), Tomo 4, pp. 3-211.

CASANOVA, Carlos (2008): “Derecho natural, Marx y la propiedad en Venezuela”, *Dikaioyne* (nº 20) pp. 25-44.

_____ (2010): “Karl Marx, la plusvalía, la dimensión del don y la justicia distributiva”, CARLOS A. CASANOVA (Editor), *El amor a la verdad, toda verdad y en todas las cosas. Ensayos en honor a Josef Seifert, a sus 65 años* (Santiago, Ediciones UC, S. A) pp. 415-459.

³¹ Cfr., por ejemplo, Epístola de San Pablo a Filemón, 8-22; Colosenses 3, 22-25; Efesios 6, 5-9; 1 Pet, 2, 18-25. En sentido semejante, cfr. Benedicto XVI, *Spe Salvi*, nn. 3-5

³² Cfr. Jean Gimpel (1981) pp. 16 y 64.

CICERÓN (1984): *Sobre la república* (Madrid, Biblioteca Clásica Gredos) 193 pp.

DUNN, John (1990): "What Is Living and What Is Dead in John Locke", *Interpreting Political Responsibility* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 9-25.

FLIKSCHUH, Katrin (2008): "Reason, Right and Revolution: Kant and Locke", *Philosophy and Public Affairs* (nº 36/4) pp. 375-404.

GIMPEL, Jean (1981): *La revolución industrial en la Edad Media* (Madrid, Taurus) 207 pp.

GUEVARA, Ernesto (1975): *El socialismo y el hombre en Cuba* (Barcelona, Editorial Anagrama) 151 pp.

HAYEK, Friedrich (1980): "Individualism: True and False", *Individualism and Economic Order* (Chicago, The University of Chicago Press) pp. 1-32.

HETHERINGTON, Norris S. (1983): "Isaac Newton's Influence on Adam Smith's Natural Laws in Economics", *Journal of the History of Ideas* (Vol. 44, nº 3, Jul. - Sep.) pp. 497-505.

JONES, Michael (2000): *Libido Dominandi: Sexual Liberation and Political Control* (South Bend, Saint Augustine Press) 662 pp.

JUAN PABLO II (1997): *Catecismo de la Iglesia Católica*. Disponible en: <http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html>, fecha de consulta: 20 de octubre de 2014.

KANT, Immanuel (1999): *Metafísica de las costumbres* (Edic. Adela Cortina, Madrid, Tecnos) 374 pp.

LOCKE, John (1689): "Second Treatise of Government" (Londres, Hollis), disponible en: <<http://oll.libertyfund.org/titles/222>>, fecha de consulta: 9 de septiembre de 2014.

_____, (1980): *Ensayos sobre el entendimiento humano* (Madrid, Editora Nacional), 2 tomos, 1080 pp.

_____, *Essays Concerning Human Understanding*. Disponible en: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/10615>> y <<http://www.gutenberg.org/ebooks/10616>>, fecha de consulta: 16 de agosto de 2013.

MARTÍ, Mariano (1998): *Documentos relativos a la visita Pastoral de la Diócesis de Caracas (1771-1784)* (Caracas, Academia Nacional de la Historia,

- Fuentes para la Historia Colonial) Tomo I (*Libro personal*), 639 pp. y Tomo II, 732 pp.
- MARX, Karl y ENGELS, Federico (1906): *Capital. A Critical Analysis of Capitalist Production* (Londres, Swan Sonnenschein and Company) 816 pp.
- _____ (1932): "Communist Manifesto", *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings* (Nueva York, The Modern Library), pp. 320-367.
- _____ (1938): *La sagrada familia* (Buenos Aires, Editorial Claridad) 314 pp.
- _____ (1972): *Crítica al Programa de Gotha*. En: MARX, Karl y ENGELS, Federico, *Manifiesto del Partido Comunista, Crítica del Programa de Gotha* (México, Ediciones Roca).
- _____ (1973): *El Capital* (Buenos Aires, Editorial Cartago) Tomo II, 495 pp. Tomo III, 894 pp.
- _____ (2005): *El Capital* (México, Siglo XXI Editores) Tomo I, 963 pp. Disponible en: <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/capital1/>>, fecha de consulta: 13 de agosto de 2013.
- PLATÓN (1967): *Leges. En Platonis Opera* (Oxford, Oxford University Press) Tomo V, pp. 624-969.
- _____ (1972): *Respublica. En Platonis Opera* (Oxford, Oxford University Press), Tomo IV, pp. 327-621.
- PORTER, Cathy (1980): *Alexandra Kollontai. The Lonely Struggle of the Woman Who Defied Lenin* (Nueva York, Dial Press).
- RICARDO, David (1955): *The Principles of Political Economy and Taxation* (Londres, Everyman's Library) 300 pp.
- SMITH, Adam (1984): *Theory of Moral Sentiments* (Editores D. D. Raphael y A. L. Macfie, Indianapolis, Liberty Fund) 412 pp.
- STRAUSS, Leo (1953): *Natural Right and History* (Chicago, The University of Chicago Press) 388 pp.
- TOCQUEVILLE, Alexis De (1911): *La democracia en América* (traducc. de Carlos Cerrillo Escobar, Madrid, Daniel Jorro, Editor), Tomo I, 603 pp.
- The Greek New Testament* (Londres, United Bible Societies) 1177 pp.

WEBER, Max (1946): *Politics as a Vocation, Essays in Sociology* (Traducc. y edic. H.H. Gerth y C. Wright Mills, Nueva York, Oxford University Press), pp. 77-128, disponible en: <<https://www.d.umn.edu/~bmork/2111/readings/weberpoliticsasavocation.htm>>, fecha de consulta: 13 de agosto de 2013.

ZAGREBELSKY, Gustav (1997): *El derecho dúctil* (Valladolid, Editorial Trotta) 156 pp.

LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ESTAFA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEAS

*The elements of fraud according
to the contemporary doctrine and
jurisprudence*

JOSÉ FRANCISCO LEYTON JIMÉNEZ *

Ministerio Público de Chile

Santiago, Chile

RESUMEN: El delito de estafa, definido como un delito de autolesión contra el patrimonio, ha sido fruto de intensas discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los últimos años. Si bien no hay muchas dudas en torno a la permanencia de sus elementos típicos tradicionales, esto es, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, las últimas tendencias que experimenta el Derecho Penal en torno a la mayor o menor influencia de la víctima en la comisión delictiva y, desde allí, en la imputación, le han cambiado su fisonomía y cariz, renaciendo interesantes discusiones al respecto. En la presente investigación se estudia la estafa en la legislación nacional, su bien jurídico protegido y los ya referidos elementos del tipo, mostrando cómo la jurisprudencia más moderna de nuestros tribunales penales recibe estas importantes influencias.

* Abogado Asistente de Fiscal del Ministerio Público de Chile, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago de Chile. Ex Profesor Auxiliar de Derecho Penal de la Universidad Bernardo O'Higgins. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Procesal Penal de la Universidad de Valparaíso; Magíster en Derecho Público de la Universidad de Chile; Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca – Universitàt Pompeu Fabra.

Artículo recibido el 16 de octubre de 2014 y aprobado el 3 de noviembre de 2014.

PALABRAS CLAVE: Estafa, engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y victimodogmática.

ABSTRACT: The fraud crime, defined as a self-injury crime against patrimony, has been subject of several discussions, as much as in doctrine matters and in jurisprudence as well for the past years. Having no doubts towards what refers to the belonging of its typical and traditional elements, this is, deceiving, error, patrimonial disposition and harming, the last tendencies that Criminal Law experiments in a matter of greater or smaller influence on the victim in the crime commission and from there, on imputation, has been changed its physiognomy and look, arising once again interesting discussions about it. In the current investigation, fraud is studied in the national legislation and the already mentioned parts of the type, showing how the newer jurisprudence of our criminal tribunals receive these important influences.

KEYWORDS: fraud, deceiving, error, patrimonial disposition, harming, viktimodogmatik.

INTRODUCCIÓN

La estafa, delito que comienza a ser objeto de elaboración y tratamiento dogmático desde mediados del siglo XIX^{1 2}, todavía es fruto de intensas discusiones. Los distintos desarrollos que a su respecto se dan en el seno del Derecho comparado, la disparidad de sus elementos típicos o la delimitación de su bien jurídico protegido a efectos de centrar el ámbito que buscaría resguardar el tipo, van de la mano de su fisonomía propia y particular.

El *estafador*, como sujeto activo del delito, es un personaje que reviste especial interés tanto para la psicología como para la criminología, habida

¹ El profesor MARIO GARRIDO MONTT nos aproxima que la estafa tendría su origen en el derecho romano, en el *crimen falsi* (Lex Cornelia de Falsis) que hacía referencia a las falsedades, pero con sentido más amplio al utilizado en el fraude. En la época del Imperio se crearía el *stellionatus*, en comparación con la salamandra, de color indefinible por su permanente variación con la luz del sol, figura así destinada a sancionar en parte aquellos comportamientos que causan perjuicio mediante artificios engañosos. De esta forma, acota el penalista chileno, el referido *stallionatus* se nos presenta como el antepasado más cercano de la noción del actual fraude penal. Ver GARRIDO (2002) p. 320.

² El profesor HERNÁNDEZ hace notar que la estafa es un delito bastante moderno, ya que hasta bien entrado el siglo XIX lo que hoy entendemos como tal se castigaba a título de hurto o entre las falsedades, y sólo tardíamente se dio paso a una represión autónoma del engaño, en cuanto afectaba los derechos de otro, principalmente sus bienes. HERNÁNDEZ (2003) p. 151.

cuenta de que está dotado de características muy disímiles al resto de los perpetradores delictuales. También encontramos los nuevos casos que se engloban dentro del denominado *Derecho Penal económico*, en que las relaciones entre los diversos agentes del mercado necesitan el resguardo del Estado para la seguridad de sus transacciones. La anterior ilustra es que vemos lo complejo del tema a estudiar y las distintas e importantes aristas que presenta a la hora de esbozar un tratamiento que le entregue sistematicidad, coherencia y orden al conjunto de normas que en nuestro país regulan el tema desde hace casi ya ciento cuarenta años, en algunos casos, sin modificaciones.

Si bien los elementos típicos tradicionales del delito no han sido objeto de discusiones en los últimos decenios, estando conteste la doctrina en afirmar la necesaria existencia de engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio para estar en presencia del hecho ilícito. La discusión más contemporánea en torno a la idoneidad de la mentira como conducta típica o la incidencia que la víctima tiene en relación con la protección del patrimonio y, desde allí, en la imputación de la conducta al agente delictivo, marcan un importante avance en torno a la vigencia plena del estudio que estamos presentando frente a nuevas realidades sociales en las que el Derecho Penal debe ser capaz de ofrecer soluciones acordes a su propia naturaleza dentro del entramado del ordenamiento jurídico.

Primeramente esbozaremos el bien jurídico protegido por el tipo, entendiéndolo a *las estafas* como un conjunto más o menos homogéneo de conductas que se desarrollan bajo parámetros delimitados, tanto las que se encuentran insertas en el Código Penal, como aquellas que han sido desarrolladas en leyes especiales y que resguardan similares bienes. Luego estudiaremos los elementos típicos, con especial énfasis en aspectos normativos para el estudio de la causalidad, siendo apoyados en ello por la jurisprudencia que en los últimos años de reforma procesal penal nuestros tribunales de justicia han conocido y tratado.

LA ESTAFA, ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Los delitos de estafa en nuestro Código Penal están englobados bajo el párrafo VIII del Título IX del Libro II, que denomina a este cuerpo de delitos como "*Delitos contra la propiedad*", apartado que reúne una serie de conductas bastante diversas y lesivas de distintos intereses, que complejiza su estudio para el intérprete a la hora de entregarle sistematicidad. Por lo mismo, la determinación del bien jurídico protegido en la estafa ha sido tarea no fácil a lo largo de la vigencia del Código.

Respecto a lo anterior, la doctrina se encuentra mayoritariamente conteste en afirmar que lo protegido no es la propiedad dominical, en su sentido tradicional civilista³. No obstante ello, no puede olvidarse la enunciación que el legislador le entrega a este cuerpo de delitos y la necesaria unión que a su respecto debe llegarse desde otras ramas del ordenamiento jurídico por la necesaria coherencia que debe darse, para no entender al Derecho Penal como un todo aislado y ajeno al resto de las ciencias jurídicas.

Confirmando lo anterior, Cabrera y Contreras señalan que la enunciación del párrafo como *"Delitos contra la propiedad"* es desde ya un concepto que precisa de otros sectores del ordenamiento jurídico⁴. Pero, también resulta claro que el artículo 582 del Código Civil, con la definición que entrega, no es equivalente con la protección que la norma penal busca resguardar, toda vez que se transformarían en delitos de peligro aquellos que son característicos como de resultado⁵.

Lo anterior evidencia que en el ámbito del Derecho Penal es posible atribuir significaciones propias a diversos conceptos que en otras áreas de las ciencias jurídicas aluden a institutos diferenciados. La interpretación a que ha de llegar el hermeneuta de la norma penal debe buscar un sentido teleológico⁶, a efectos de cumplir con aquello que el tipo busca resguardar. De acuerdo a lo anterior, estimamos que el referido concepto civil no cumple con las finalidades a que hacemos mención. Así, siguiendo a los autores en comento: *"Modernamente, sin embargo, se reconoce que el Derecho Penal posee la capacidad de conferir a los conceptos jurídicos un contenido propio, diverso de aquel que tienen en su ámbito de origen, en función de los fines del Derecho Penal. Luego, la determinación del contenido de los conceptos en el Derecho Penal se hará a partir de esos fines. Aun así, aunque la designación de un concepto bajo un término idéntico al usado en otra área del derecho pueda, eventualmente, significar coincidencia en el contenido, dicha identidad terminológica de modo alguno resultará vinculante en el ámbito conceptual"*⁷.

³ Así, POLITOFF *et. al.* (2005) p. 414.

⁴ En este sentido, CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 8.

⁵ CONTRERAS y CABRERA (2009) p. 8.

⁶ Estimamos que los tipos penales deben cumplir con una orientación clara en sede político criminal, por lo que la labor hermenéutica no puede perder de vista eso a la hora de presentar posibles respuestas.

⁷ CONTRERAS y CABRERA (2009) p. 8.

Mas, la estafa no puede ser concebida como un instituto aislado del resto del ordenamiento⁸. En el momento en que resulta necesario analizar el bien jurídico protegido en este delito, ello cobra especial importancia, toda vez que lo resguardado por la norma será precisamente el incumplimiento que es capaz de inducir a error en la víctima, que es posible de ser sujeto de exigencia por parte del perjudicado tanto en el orden civil como en sede penal.

Siguiendo esta comprensión, la jurisprudencia nacional en armonía con el derecho comparado entiende la existencia de un denominado “*negocio civil criminalizado*”, lo que se plasmó, por ejemplo, en sentencia de causa Rol Interno de Tribunal⁹ n° 167-2010, de fecha 20 de noviembre de 2010, por el 4° Tribunal Oral en lo Penal¹⁰ de Santiago: “*A mayor abundamiento, la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado se refiere a esta problemática con el nombre de negocio civil criminalizado, destacando al efecto, una reciente sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 18 de octubre del año 2010, Sala Penal N° 5605/2010, rec. 656/2010, ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio, en la cual se señaló en su considerando 4° lo siguiente: Es bien sabido*

⁸ La profesora NURIA PASTOR realiza un análisis acabado al respecto, entendiendo la complementariedad del Derecho Civil con el Derecho Penal: “*Como ya se ha puesto de relieve, la valoración que el Derecho Civil haga de un determinado contacto patrimonial debe tenerse en cuenta a la hora de decidir qué expectativas va a proteger el Derecho Penal. No se adopta esta premisa porque se acepte un modelo de pura accesoriadad formal respecto al ordenamiento privado o se olvide que la estafa es algo distinto del mero incumplimiento de una obligación, sino porque se entiende que el Derecho Civil es un criterio material importante a la hora de definir cuáles son las expectativas vigentes que debe proteger el Derecho Penal. Esta opción no se sitúa, ni en el extremo de asumir ciega e irreflexivamente los conceptos civiles, ni en el de pretender configurar un Derecho Penal absolutamente al margen de las otras ramas del ordenamiento. El Derecho Penal debe tener en cuenta las normas del Derecho privado –sin renunciar con ello a la elaboración de sus propios conceptos porque tales normas forman parte de la constitución social en cuyo marco el Derecho Penal asigna responsabilidades. Ahora bien, la vinculación que la estructuración jurídica previa ejerce sobre el Derecho Penal es solamente negativa: no pueden protegerse penalmente pretensiones que el Derecho Civil no reconoce, pero, a la vez, no toda expectativa con respaldo civil debe ser automáticamente objeto de protección penal (no vinculación positiva). De ser la vinculación también positiva, el Derecho Penal se convertiría en un ordenamiento meramente sancionatorio que no definiría los supuestos materiales de su aplicación. Son necesarios criterios materiales para seleccionar, de entre todas las expectativas que configuran la identidad de una sociedad, aquéllas que son esenciales y que reclaman la intervención penal’.* Ver PASTOR (2000) p. 355.

⁹ En adelante, R.I.T.

¹⁰ En adelante, T.O.P.

que el tipo penal de la estafa también se realiza cuando, en un determinado contrato, una de las partes -el sujeto delincencial- disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a que por el mismo se obliga, y como consecuencia de ello, la parte contraria, que lo desconoce, cumple lo pactado realizando un acto de disposición del que se lucra el otro. Prima facie, todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple, descubriéndose este delito cuando posteriormente el estafador no realiza ninguna de las prestaciones a que se obligó (o en algunos casos, sólo lo hace en una pequeña parte, la que le es necesaria para poder seguir lucrándose), consumándose este delito al contratar, concretamente cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado. Es por ello que la criminalización de los negocios civiles se produce cuando el propósito defraudatorio del agente surge antes o en el momento de celebrar el contrato y es capaz de mover por ello la voluntad de la otra parte, mientras que el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, o dolo subsequens, difícilmente podrá ser vehículo de criminalización (STS de 14 de octubre y 27 de mayo de 1.988, 14 de enero de 1.989, 13 y 26 de febrero de 1.990, 16 de septiembre de 1.991, 24 de marzo de 1.992 y 513, 526, 740 y 939/93); y para acreditar el ánimo de lucro en la concreta actuación que se examine, como elemento subjetivo del injusto, no podrá presumirse, ni siquiera inferirse iuris tantum, sino que habrá de acudirse necesariamente a la praesumpti hominus, o si se prefiere, a través de los hechos externos del agente, valorables en este ámbito como prueba indiciaria, pues no en vano la estafa constituye un tipo penal esencialmente doloso”.

Entrando en este último tema, y en mérito de las recién referidas consideraciones, Cabrera y Contreras entienden un concepto dualista del bien jurídico protegido por la tipificación del delito de estafa, atendido el resultado lesivo: “Según este tipo de teorías, en el caso de los delitos contra la propiedad¹¹ se protegería el contenido fáctico de la relación entre propietario y cosa, concretada en un derecho subjetivo, y no la relación jurídico-formal. De otra parte, en otras figuras, paradigmáticamente ejemplificadas por la estafa, se protegería el patrimonio como universalidad jurídica. Lo relevante en estos casos será que el bien tenga valor de cambio y que el ataque traiga consigo una pérdida patrimonial. Por lo mismo, la estafa no exige un ataque a todos los derechos que integran el patrimonio. Conforme a lo dicho, la determinación del contenido del patrimonio tiene consecuencias fundamentales en la delimitación del tipo, toda vez que, dependiendo de lo que él incluya, se

¹¹ Casos paradigmáticos en los delitos de robo y hurto de los artículos 432 y siguientes del Código Penal.

definirá el rango de resultados lesivos del bien jurídico incluidos en los tipos a integrar”¹².

La profesora Nuria Pastor, por su parte, entiende al patrimonio como el bien jurídico protegido, y a la posibilidad de disposición sobre el mismo: “(...) es necesario pronunciarse sobre qué se considera bien jurídico protegido por el tipo de estafa, porque el riesgo se debe proyectar, para tener relevancia jurídico penal, sobre expectativas que el Derecho Penal protege, y el bien jurídico es necesario para dotar de contenido a tales expectativas. Al respecto, se han sostenido múltiples concepciones que van desde considerar que el bien jurídico es el patrimonio (con sus diversas definiciones), pasando por soluciones de tipo dual (patrimonio y libertad de disposición) hasta la afirmación de que el bien jurídico es la sola libertad de disposición. Aparentemente, las posibilidades mencionadas se excluyen entre sí; sin embargo, en ocasiones coinciden en el plano material. Parece claro que el bien jurídico en el tipo de estafa no puede desvincularse del patrimonio; sin embargo, el aspecto que se pretende proteger es la libertad de disposición sobre tal patrimonio; es la lesión de la misma la que tiene relevancia penal, pues el mero desplazamiento patrimonial es en sí neutral”¹³.

En este sentido, es del todo claro que es el patrimonio el bien jurídico protegido, a diferencia de los delitos como el robo o el hurto, en que es precisamente el derecho subjetivo el que se ve afectado por la acción delictiva del agente del daño, no obstante, como se expresó *supra*, estar tratados sistemáticamente por nuestro codificador bajo el mismo título.

REGULACIÓN SISTEMÁTICA Y DELITO BASE

En el Código Penal la estafa se encuentra regulada en el párrafo VIII del Título IX del Libro II bajo la enunciación “*Estafas y otros engaños*”, siguiendo de cerca a su principal modelo, el Código Penal español de 1848¹⁴. El referido párrafo reúne en su seno a una serie de conductas típicas,

¹² CONTRERAS y CABRERA (2009) p.10.

¹³ PASTOR (2000) p. 358.

¹⁴ No obstante ello, ya el Código Penal español de 1822, en su artículo 766, contenía una norma de estafa: “cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras o le hubiere perjudicado de otra manera sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya en verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial, sufrirá la pena de...”. Ver HERNÁNDEZ (2003) p. 151.

muchas de las cuales no serían, en sí, constitutivas de estafas propiamente tales, como sucede con el caso paradigmático de la apropiación indebida regulada en el numeral 1º del artículo 470, cuestión que resulta inadecuada atendidas sus distintas naturalezas y conductas que se despliegan por parte de los autores, confundiéndose las actividades propias del engaño con las generadas por abuso de confianza¹⁵. En este ámbito, con acierto apunta el profesor Etcheberry¹⁶, que nuestro código no distinguió con la precisión requerida, tanto en la terminología como en la sistematización, a ambos grupos de fraudes, confundiéndolos en su tratamiento: *“En materia de estafa, más que descubrir las decisiones de la ley, el jurista debe adoptar él mismo las decisiones que parezcan más racionales y justas y construir los argumentos que le den sustento y generen el consenso y la seguridad jurídica necesarios”*¹⁷. Agregando luego con especial énfasis y certeza: *“(…) Si algo resulta inaceptable en dogmática es la inconsistencia”*¹⁸.

Lo anterior se expresa en atención a la técnica legislativa que genera problemas tanto en el momento de interpretar como en la ubicación sistemática de los tipos. En la estafa, resulta característico ello en elaborar una tipificación poco clara que opta por un método ejemplificativo en vez de uno dotado de una definición general que se manifiesta en, por ejemplo, las dificultades en la delimitación de aplicación entre las hipótesis de los artículos 468 y 473¹⁹.

¹⁵ En relación a este punto, es claro que ha sido la doctrina la encargada de realizar una ordenación más o menos sistemática a partir de las posibilidades que entrega nuestro código punitivo. CABRERA y CONTRERAS esbozan lo anterior, mostrando el tratamiento que se ha dado por la literatura autorizada al tema: *“Esta heterogeneidad en el contenido del párrafo 8 ha motivado diversos intentos de sistematización. Así, Labatut distingue entre: a) estafa; b) apropiación indebida; c) usura y d) otros engaños. Etcheberry, en tanto, distingue cuatro tipos de figuras: a) fraudes por engaño; b) fraudes por abuso de confianza; c) fraudes que no constituyen fraudes por abuso ni por engaño, que denomina fraudes impropios, y d) la usura. Por su parte, Garrido Montt sistematiza las figuras del párrafo b del siguiente modo: a) fraudes por engaño; b) fraudes por abuso de confianza; y c) otros engaños. Finalmente, Politoff/Matus/Ramírez distinguen cinco tipos de figuras: a) estafas propiamente tales; b) otros engaños; c) delitos sin estafa ni engaño; d) celebración de contratos simulados, y e) usura, alzamiento de bienes y otros fraudes contenidos en leyes especiales. Como queda claro, a pesar de su denominación, el párrafo 8 incluye figuras distintas a la estafa”*. Más, CONTRERAS y CABRERA (2009) p. 14.

¹⁶ ETCHEBERRY (2004) p. 391.

¹⁷ HERNÁNDEZ (2003) p. 159.

¹⁸ HERNÁNDEZ (2003) p. 159.

¹⁹ BALMACEDA (2011) p. 63.

A efectos de sistematizar, entenderemos con el nombre de *estafa* a las defraudaciones realizadas mediante engaño, a diferencia de aquellas que se cometen bajo abuso de confianza, comprensivas en la *apropiación indebida*, nomenclatura entregada en virtud de ser ésta la figura típica más importante de aquéllas tratadas en el Código Penal. Con acierto acota el profesor Etcheberry: *“Dejando de lado su impropiedad como epígrafe general de párrafo, la expresión estafas y otros engaños indica con claridad dos cosas: primeramente, que la estafa es una especie de engaño, y en segundo término, que no todo engaño es estafa. Esto es, el engaño es el género y la estafa es la especie”*²⁰.

Desarrollando la principal de las críticas precedentemente expresadas, nuestro legislador no ha conceptualizado lo que entiende por estafa, prefiriendo a ello una enunciación más bien casuística a la hora de delimitar las conductas típicas, elaborando diversas hipótesis en las que la conducta sería constitutiva de delito. Tarea, por tanto, ha sido de la doctrina el obtener a partir de los elementos entregados en los tipos penales, un concepto que pueda englobar el ilícito y desde allí lograr un desarrollo estructurado en cada uno de los casos que se presentan a este respecto^{21 22}; o, en otros términos, concebir un concepto que sea coherente con nuestra técnica de tipificación y cultura jurídica, respondiendo de mejor manera a las necesidades político-criminales del presente.²³

Tarea fundamental para estructurar lo anterior es la delimitación de la figura de entrada o básica de la estafa en el Código Penal, oscilando las opiniones entre aquellas que ven en el artículo 473 el delito de inicio, o las posturas que comprenden al artículo 468 como la figura principal:

²⁰ ETCHEBERRY (2004) p. 391.

²¹ Esto puede deberse a razones que tienen más bien que ver con orientaciones político criminales tendientes a evitar la impunidad de conductas que, siendo abusivas, podrían quedar fuera del rango de protección de la norma, recurriendo de esta manera a fórmulas más bien extensas y en donde la vaguedad es la característica principal. Razón de ello es, por ejemplo, la introducción del artículo 473 que busca la punición de conductas no comprendidas bajo los artículo 467 y 468, ya que esta materia, como señalaba Fuensalida en el siglo XIX, “ (...) es tan inconmensurable como la inteligencia y la perversidad humanas”. Ver FUENSALIDA (1883) p. 238.

²² No obstante lo anterior, la forma en que nuestro código trata el tema no deja de adolecer de ciertos problemas: *“Sin embargo, las exigencias del mandato de determinación de la ley penal, aconsejan la adopción de una mejor técnica legislativa, que adopte una definición de la estafa en el texto legal, lo que otorga mayores certezas en la reconstrucción dogmática del tipo”*. CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 15.

²³ En este sentido, BALMACEDA (2010) p. 3.

“Artículo 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando un nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante” y “Artículo 473. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Por la última variante, aquella que entiende en el artículo 468 a la figura principal, se muestra ferviente partidario el profesor Etcheberry, quien expresa que las características señaladas por la norma en comentario dan cuenta de la naturaleza real del delito, en oposición a los otros engaños, cuestión aludida en el tipo del artículo 473²⁴. En idéntico sentido se expresan los profesores Garrido Montt²⁵ y Fernández Díaz²⁶, para quienes este último tipo no es más que la figura residual.

Por el contrario, entendiendo al artículo 473 como figura base, se manifiestan los profesores Politoff, Matus y Ramírez: *“aquí, siguiendo el estilo de nuestra codificación, y tal como sucede respecto a los homicidios y las lesiones, el legislador expresó primero todos los hechos que le parecían especialmente graves, para sólo al final establecer la regla general, la figura delictiva que reúne los elementos esenciales de toda estafa, elementos a los que los casos especiales de estafa del CP agregan las particularidades que lo identifican: el objeto material, en los fraudes en la entrega; la clase de engaño, en las estafas calificadas del Artículo 468; el medio engañoso, en la falsificación de instrumentos privados, etc.”*²⁷

Nos expresamos favorablemente por esta última opinión. Básicamente, el artículo 473 contiene todos los elementos de la estafa. Lo que a su turno realiza el artículo 468 es determinar una penalidad distinta, exigiendo ciertas particularidades comitivas que el legislador entiende como especialmente disvaliosas de la conducta. Pero, el tipo básico necesariamente se encontraría en la primera norma en comentario, toda vez que tanto ésta, como la figura que podríamos denominar agravada, son estafas propiamente tales, exigiendo en esta última ciertas particularidades que no se requieren en la primera. Podemos ejemplificar lo anterior señalando que tanto el homicidio calificado,

²⁴ ETCHEBERRY (2004) p. 406.

²⁵ GARRIDO (2002) p. 316.

²⁶ FERNÁNDEZ (2005) p. 183.

²⁷ POLITOFF et. al. (2005) p. 417.

sancionado en el numeral 2º del artículo 391, como el ilícito tipificado en el numeral 1º son homicidios, requiriéndose -en ambos casos- la acción matadora en un ser humano vivo, mas, la ley, teniendo en consideración lo disvalioso que pueden resultar ciertas circunstancias comisivas, castiga de manera agravada el homicidio calificado, no obstante ambas acciones son constitutivas de igual tipo. Pero, es indudable que el delito base es el homicidio simple.²⁸

Un correcto análisis de ambas disposiciones pasa necesariamente por la delimitación en la expresión “*valiéndose de cualquier otro engaño semejante*”, utilizada en la parte final del artículo 468, y lo dispuesto en el artículo 473 que exige la utilización de “*cualquier otro engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores*”. Ambas normas aluden a circunstancias bastante generales, no delimitadas, en que las posibilidades del intérprete parecen ser amplias a efectos de subsumir conductas.

Pero la visión anterior no nos parece del todo correcta. Lo que a su turno indica el artículo 468 no es más que una aproximación a aquellos engaños que, partiendo de la descripción casuística que realiza la norma, no están allí comprendidos, pero que, cumpliendo con el principio de estricta legalidad²⁹, pueden ser análogos a los comportamientos que la misma norma ejemplifica. Estos *otros engaños* no son más que *otros de los mismos*, en ningún caso, *otros diversos*³⁰. Al contrario, el artículo 473 alude a aquellos engaños no comprendidos en ninguna de las figuras anteriores, no señalando una fórmula casuística de comparación, resultando posible de subsumir allí la infinidad de circunstancias y motivaciones que el tráfico jurídico y comercial muestra a diario^{31 32}. No siendo un problema de distinta culpabilidad, la diferencia

²⁸ POLITOFF *et. al.* (2005) p. 417.

²⁹ Recordando siempre que el principio aludido prohíbe las leyes penales indeterminadas, ya que no permiten reconocer la conducta punible.

³⁰ En este sentido, es importante la distinción que realiza el profesor ETCHEBERRY en torno a la delimitación del artículo 468 con lo dispuesto, a su turno, por el artículo 473, ambos del Código Penal. Así, el reconocido penalista establece que los diversos “engaños” pueden dividirse en tres grupos: 1) Los expresamente descritos; 2) Los semejantes a los del artículo 468, y 3) Los restantes engaños, esto es, no expresamente descritos ni semejantes a los del artículo 468 (artículo 473). ETCHEBERRY (2004) p. 406.

³¹ Ver cita nota nº 19.

³² Cosa distinta a la defendida por el profesor ETCHEBERRY, para quien siempre se exigiría una puesta en escena por parte del agente delictivo, aunque sea de menor entidad tratándose del artículo 473: “(...) *tenemos así delimitado en sus dos extremos el campo de los otros engaños: no deben llegar a constituir un ardid, pero deben ser algo más que una simple mentira. Esta situación se presenta en dos casos: a) Cuando la actividad del sujeto se*

en las normas aludidas no puede ser otra que la diversa forma comisiva³³ de ambas disposiciones³⁴.

ELEMENTOS DEL TIPO

Como expresábamos *supra*, nuestro Código Penal no entrega un concepto que posibilite de antemano conocer los elementos típicos desde el legislador³⁵. Ello ha hecho necesaria la construcción de un concepto

ha limitado a una mentira (o incluso puede haber consistido en silencio o pasividad), pero ella haya provocado una falsa representación de la realidad de la víctima, debido a la existencia de apariencias externas que presentan verosimilitud a lo afirmado por el mentiroso (...), 2) Cuando el sujeto que miente o calla se encontraba en el deber jurídico de decir la verdad o de disipar el error de la víctima". ETCHEBERRY (2004) pp. 422-423. MERA FIGUEROA, al contrario del autor en comento, definitivamente no exige la existencia de un ardid tratándose de la estafa del artículo 473: "*Creemos que el ardid se encuentra exigido en el tipo legal del artículo 468, no así en el artículo 473. La importancia de la polémica se ve así reducida en su alcance práctico, a la aceptación o exclusión de la simple mentira en el concepto de engaño aludido en el artículo 473 del CP. No nos parece racional, desde luego, el criterio de distinción impuesto por el artículo 468, que traduce en penas más elevadas por el solo hecho de haberse empleado artificios o apariencias externas, ya que ello, como se dijo, no nos informa, necesariamente, de su mayor gravedad intrínseca (ni desde un punto de vista jurídico, criminológico o de la política criminal), pero nos atenemos a ese criterio por las razones dadas, sin perjuicio de criticarlo y postular su reforma para el futuro".* MERA (2001) p. 36.

³³ CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 19.

³⁴ No obstante lo anterior, un breve repaso a la norma del artículo 468 llama de inmediato la atención por la exigencia o no que en ésta se realizaría en torno a un despliegue externo artificioso para lograr el error en la víctima. Las expresiones "*usar nombre fingido*", "*atribuirse poder o créditos supuestos*", "*aparentar bienes, crédito, empresa o negociación imaginarios*" parecen aludir más bien a circunstancias que, dependiendo de la particular relación entre la víctima y el sujeto activo, perfectamente podrían no necesitar de la *mise en scène*, tan famosa en la doctrina chilena.

³⁵ Frente a esto, el profesor HERNÁNDEZ BASUALTO señala que la situación se ha agravado por la falta de un adecuado desarrollado dogmático del delito que estamos estudiando, que sirva de guía a la práctica de los tribunales de justicia y también, de los diversos operadores jurídicos: "*Para decirlo alegóricamente, nuestra práctica se enfrenta a ese verdadero magma que puede ser el caso de estafa sin una mínima carta de navegación, sin un instrumento conceptual que le permita, si bien no eliminar, al reducir a niveles aceptables la complejidad del análisis".* HERNÁNDEZ (2003) pp.149-150.

extralegal³⁶ o tipo de interpretación³⁷, el que permite subsumir los casos que se plantean bajo las hipótesis de los artículos 468 y 473 con la reunión de los clásicos cuatro elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio o, dicho en otros términos, definiendo a la estafa como un engaño capaz de producir un error en la víctima, que determina que ésta realice una disposición patrimonial que le genera un perjuicio^{38 39}. Entre estos elementos debe existir una relación causal que permita imputar objetivamente al autor del engaño el resultado que se trata de evitar, que no es otro que el perjuicio derivado de la disposición patrimonial⁴⁰. No es por ello una relación entre los diversos componentes de tipo fenomenológico, sino que establecida a través de la necesaria cohesión normativa de sus elementos⁴¹. Esta idea es explicada con acierto por el profesor Hernández, quien sostiene que esta materia, dada su fama de ser *“particularmente compleja y oscura”*⁴², hace alusión a un tipo penal con un cúmulo de requisitos concatenados, muchísimo más que en otros delitos: *“esto significa que la estafa objetivamente es algo más que un engaño, un error, una disposición patrimonial y un perjuicio; es el conjunto de esos elementos pero concatenados de una determinada manera y no de otra”*.⁴³

Estimamos que un desarrollo pormenorizado de cada uno de estos elementos permite una construcción dogmática más precisa y plena en torno a la delimitación de la figura⁴⁴. Por lo anterior, la reducción que el profesor Etcheberry propone, que los elementos típicos fundamentales serían sólo

³⁶ Esta misma idea es expresada por el profesor HERNÁNDEZ BASUALTO: *“Lo que me interesa recalcar aquí, sin embargo, es que no debe perderse de vista que el concepto de estafa que manejamos es claramente un concepto doctrinario que sólo luego de imponerse intelectualmente se ha compaginado con la ley. El mismo ejercicio de compaginación demuestra que no se trata de un concepto que fluya evidentemente de la ley, sino que todo lo contrario: se toma un concepto extralegal como guía y se empieza a buscar –no sin cierto voluntarismo– su anclaje en el cuerpo legal”*. Ver HERNÁNDEZ (2003) pp.149-150.

³⁷ CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 31. Dado que la estafa ha tenido un considerable desarrollo dogmático más que legislativo, se hace necesaria la construcción desde la doctrina de un concepto unificador de las distintas conductas que podrían resultar típicas.

³⁸ Fue el español Antón Oneca uno de los primeros juristas hispanoamericanos en conceptualizar a la estafa bajo estos elementos. CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 31.

³⁹ Aludiendo a la opinión unánime que dentro de nuestro medio jurídico presentan estos componentes, ver HERNÁNDEZ, “Aproximación”, cit. nota n° 3, p. 150.

⁴⁰ En este sentido, POLITOFF *et. al.* (2005) p. 418.

⁴¹ Idea desarrollada por GARRIDO (2002) p. 317.

⁴² HERNÁNDEZ (2003) p. 153.

⁴³ HERNÁNDEZ (2003) p. 153.

⁴⁴ Un verdadero check-list por el que debe realizarse el estudio de los casos concretos por parte del operador. En este sentido, HERNÁNDEZ (2003) p. 153.

dos, esto es, engaño y perjuicio, siendo el error y la disposición patrimonial secundarios para el análisis, no puede admitirse^{45 46}.

Respecto al elemento ánimo de lucro, nuestra doctrina parece en términos mayoritarios no exigirlo, toda vez que no se encontraría dentro de las fórmulas empleadas por el legislador para la tipificación de la conducta, no necesitando el dolo del delito la inclusión de un propósito de enriquecimiento en el agente⁴⁷, a diferencia de lo que sí establece el tipo penal del artículo 432, cuando expresamente requiere el ánimo de lucro como un elemento subjetivo⁴⁸. Una opinión minoritaria a este respecto es

⁴⁵ Ver ETCHEBERRY (2004) p. 406. Lo anterior se explica en la propia naturaleza de los diversos elementos. Negar la autonomía del error respecto del engaño, por ejemplo, implica no realizar un análisis acabado de la percepción que el primer concepto genera en la víctima. Esto es del todo importante analizando la participación del ofendido en la perpetración delictiva. La doctrina del profesor Etcheberry, más allá de los numerosos aportes que entrega en el campo de estos estudios, ha estado ajena al avance que la dogmática ha hecho en áreas como la victimodogmática, en que precisamente es decisivo el error de la víctima para la comisión delictiva.

A mayor abundamiento, el error no puede incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento sólo en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad o educación. Entonces, la aptitud para generar el error determinará no la existencia del engaño, sino, en su caso, su “relevancia” jurídico penal. Así, BALMACEDA (2011) p. 5.

Lo anterior es tremendamente importante bajo la luz de la famosa teoría de la imputación objetiva. Bajo este prisma, en el delito de estafa, “(...) pensamientos que debería afirmarse que el engaño aisladamente considerado no aporta criterio alguno para juzgar lo típico y lo atípico. En este sentido, lo relevante no será el engaño, ni tampoco el engaño bastante, sino el engaño bastante para producir error en otro, el que deberá examinarse, como se ha defendido, de acuerdo a los filtros de la teoría de la imputación objetiva. En este aspecto, BALMACEDA (2011) p. 21.

En este mismo sentido, HERNÁNDEZ (2010) p. 29.

⁴⁶ Idea defendida por los autores CABRERA y CONTRERAS, quienes ven en el engaño y el perjuicio los elementos principales, resultando el error y la disposición patrimonial como escalones que cumplirían la función de imputar el perjuicio al engaño. Ver BALMACEDA (2011) p. 66 y CABRERA y CONTRERAS (2009) p. 33.

⁴⁷ ETCHEBERRY (2004) p. 406. Esto último es del todo importante ya que permite punir determinadas conductas que en un contexto diverso no lo serían. Siguiendo un ejemplo propuesto por el mencionado jurista, podría existir estafa de acuerdo a los elementos típicos nacionales, si Juan, para perjudicar a Pedro y sabiendo que éste posee el número que ha obtenido el premio mayor de la lotería, le presenta una lista de premios falsificada, de tal modo que Pedro cae en error y destruye su número. Allí ha habido simulación (engaño), error, disposición patrimonial y perjuicio, pero no ha habido ánimo de lucro.

⁴⁸ Así, GARRIDO MONTT (2002) p. 333.

defendida por el profesor Mera Figueroa, quien señala que como la entrada a todos los delitos contra la propiedad estaría determinada por las exigencias del referido artículo 432, el que sí contempla el ánimo de lucro, no podría respecto de la estafa obviarse esta situación⁴⁹. Huelga decir que esta opinión nos parece que se aleja del bien jurídico protegido por el tipo, por lo que yerra en su aproximación. Defendiendo esta posición, aunque no basándose en sus lineamientos, se inclina también el profesor Balmaceda Hoyos, quien indica que, tratándose la estafa de un delito de apropiación por medios inmateriales, no podría desconocerse un ánimo de enriquecimiento⁵⁰. Por su parte, el profesor Hernández Basualto hace suya esta exigencia, basándose en el Derecho comparado⁵¹.

Sobre este punto, la jurisprudencia oscila en su aceptación. Así, en causa R.I.T. n° 81-2011 de fecha 7 de marzo de 2011, seguida ante el T.O.P. de Curicó, éste determinó: *“por otra parte, para la mayoría de este tribunal, carece de total importancia si los acusados obtuvieron algún beneficio económico con los pines telefónicos, puesto que para dichos jueces, dentro de los requisitos de la estafa, no está como elemento del tipo penal el ánimo de lucro, ya que ello es un elemento posterior a la consumación del delito, que viene a aparecer una vez que ya se ha agotado la acción, por lo que no es necesario acreditar para configurar el delito de estafa que los pines que fueron emitidos desde las cajas que operaban los acusados hayan sido efectivamente cargados en algún teléfono móvil, enajenados a terceros o que los acusados hayan obtenido algún beneficio económico con ellos”*.

En sentido contrario se determinó en sentencia de causa R.I.T. n° 284-2011 de fecha 14 de julio de 2011, del 4° T.O.P. de Santiago: *“finalmente, y si seguimos a algunos autores que consideran como elemento del tipo penal estafa, el ánimo de lucro con el que debieron haber obrado los acusados, cabe señalar que no se acreditó, ni se rindió prueba suficiente, para establecer que éstos hubieran recibido dinero por parte de la víctima, tomando en consideración que si bien se extendió una factura N° 0186 de fecha 31 de enero de 2009, por el contribuyente Daniel Galaz Jara, se desconoce si ésta fue pagada o no por la empresa Green Line Ltda., en el mismo orden de ideas de igual manera la guía de despacho N° 0078, de fecha 09 de febrero de 2009, correspondiente al contribuyente Daniel Galaz Jara, tampoco se tiene*

⁴⁹ Opinión similar es defendida por el profesor FRANCISCO GRISOLÍA, para quien el ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto que contiene la descripción típica, el que vendría definido por el artículo 432, cabeza de serie, en sus palabras, de todo el articulado relativo a los delitos contra la propiedad. GRISOLÍA (1997) p. 421.

⁵⁰ BALMACEDA (2011) p. 67.

⁵¹ HERNÁNDEZ (2003) p. 189.

conocimiento si se extendió la factura dentro de los plazos legales y si esta de igual forma fue pagada por la empresa Green Line Ltda., por ende, no se puede concluir que hubo un enriquecimiento por parte de los acusados, quedando sólo como antecedente del pago la declaración del testigo Jorge Vásquez, sin incorporar antecedente alguno del pago como de los cheques esgrimidos por éste para ello”.

Respecto de esto último, es necesario el análisis en torno a la tipicidad subjetiva del delito en estudio. No hay duda de que requiere dolo conforme a las reglas generales. En torno a la posibilidad de cometer la conducta típica con dolo eventual, nos estimamos en contra de ello, dada la naturaleza misma de los elementos del delito. Como se analizará a continuación, el engaño, primer requisito típico, necesita de una acción concreta y manifestada, aunque sea una simple mentira, siendo difícil imaginar un despliegue fáctico que no esté presidido por un propósito definido⁵².

En el sentido anterior, en causa R.I.T. n° 167 de fecha 20 de noviembre de 2010, refiriéndose al tipo subjetivo, el 4° T.O.P. de Santiago falló: “(...) (Se necesita un) *Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultado del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el “dolo subsequens”, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, esto es, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizadora”.*

1. El engaño

Al no señalar de manera directa lo que se entiende por estafa, al menos conceptualmente⁵³, mayor es la tarea de realizar una interpretación a partir de los tipos para lograr una conceptualización del engaño, primer elemento

⁵² En contra, HERNÁNDEZ, quien es del parecer de permitir la conducta del agente con dolo eventual. HERNÁNDEZ (2003) p. 188.

⁵³ No obstante ello, el concepto se desprende del propio epígrafe del párrafo 8 del Título IX del Libro II del Código Penal, así como de las exigencias de los artículos 468 y 473 del mismo cuerpo, que aluden directamente al concepto. En este sentido, HERNÁNDEZ (2003) p. 151.

del delito y el que reviste mayor complejidad en el análisis⁵⁴. Por emplear un método casuístico, el legislador del siglo XIX intenta que éste se obtenga a partir de los casos y fórmulas que desarrolla en la norma punitiva codificada. Vemos así que nuestro legislador, en las normas de los artículos 468 y 473, ha utilizado el vocablo en comento sin precisar su real naturaleza ni delimitación conceptual, cuestión del todo importante para entender su significación.

Siguiendo al profesor Mario Garrido Montt, el engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que en el anterior, de simulación^{55 56}.

Los profesores Matus, Ramírez y Politoff⁵⁷ muestran una clasificación que nos parece correcta en torno a las formas posibles de engaño, diferenciado entre:

Engaño basado en una simulación expresa, es decir, aparentando un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expressis verbis*;

Engaño basado en actos concluyentes, esto es, aparentando un hecho y respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error y

⁵⁴ Como bien hace notar el profesor BALMACEDA HOYOS, el engaño constituiría parte importante de la esencia de la estafa, pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio de lo picaresco que se da en la vida real, incardinándose ello en el seno de un pacto o relación contractual preparada con un fin marcadamente defraudatorio. Es más, alude el profesor que se llega, vulgarmente, a confundir este elemento con el delito mismo. BALMACEDA (2011) p. 6.

⁵⁵ GARRIDO (2002) p. 321.

⁵⁶ POLITOFF *et. al.* (2005) p. 424. Los autores exponen que esta distinción aparece de alguna manera recogida en el § 263 del StGB –esto desde 1871–, que castiga como engaño la simulación de hechos falsos y la alteración u ocultación de hechos verdaderos. De todas formas, los penalistas exponen que ya desde los tiempos de BINDING, la doctrina alemana tendería a rechazar esta distinción, partiendo de la constatación de que los conceptos tradicionales se superponen entre sí y no permitirían distinciones precisas, pues en verdad quien simula como verdadero un hecho que es falso, siempre estaría disimulando el hecho verdadero que destruiría su simulación y viceversa.

⁵⁷ POLITOFF *et. al.* (2005) p. 424-425.

Engaño basado en la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en el error.

Respecto del tipo de conducta que debe ser exigida para estar en la presencia del elemento, esto es, si debe ser activa por parte del agente o está comprendida también la omisión⁵⁸, se entiende que toda conducta engañosa es activa. De esta forma, el comportamiento omisivo no sería constitutivo de engaño⁵⁹, salvo en el caso que hace notar el referido profesor, en la persona que tendría una obligación legal de hacer salir del error a quien ha incurrido en éste⁶⁰ ⁶¹. Lo mismo sucedería con el silencio, cuya posibilidad como manifestación engañosa también debería rechazarse⁶² o con la mera opinión respecto de una cosa o circunstancia⁶³, ya que ello evoca a una subjetividad que, *a priori*, no puede ser considerada como mentirosa, salvo que se demuestre lo contrario en el contexto del caso concreto.

En relación a la mentira, la doctrina chilena más clásica, representada por los profesores Garrido Montt⁶⁴ y Etcheberry, la rechaza. Estiman los reconocidos juristas que ésta no tiene la entidad para ser constitutiva del engaño típico, ya que el *ardid* debe tener una cierta aptitud e idoneidad para inducir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales: “(...) *la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados; la vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia, como es la de razonar antes de aceptar algo. La credulidad, más que ingenuidad, es ausencia de acuciosidad*”⁶⁵.

⁵⁸ Se trataría del caso en que el sujeto no ha dicho nada sobre el tema ni su conducta se ha desarrollado en un contexto comunicacional lo suficientemente desarrollado que permita adjudicarle un sentido claro. Ver HERNÁNDEZ (2003) p. 165.

⁵⁹ GARRIDO (2002) p. 322.

⁶⁰ GARRIDO (2002) p. 322. El jurista presenta como ejemplo de ello la situación que se produce cuando se omiten, en una documentación determinada antecedentes a efectos de acceder a una prestación. En este caso, más bien se trata de una conducta activa, que tiene que ver con la decisión realizada ex ante en torno a que la no inclusión de información desfavorable sería el engaño en sí en la víctima.

⁶¹ Opinión similar a la defendida por el profesor Hernández, aunque con matices, desarrollando un importante análisis sobre la admisión en nuestro sistema de la figura de la omisión impropia y su contracara con el principio de legalidad. Ver HERNÁNDEZ (2003) p. 165.

⁶² GARRIDO (2002) p. 322.

⁶³ GARRIDO (2002) pp. 322-323.

⁶⁴ GARRIDO (2002) p. 323.

⁶⁵ GARRIDO (2002) p. 323.

Este tipo de opiniones son características de la doctrina clásica de la *mise en scène*, o puesta en escena, identificando al engaño apto para estafar con la necesidad de una construcción artificiosa por parte del agente para estar en presencia de la conducta típica⁶⁶, exigiendo un determinado nivel de gravedad de naturaleza objetiva (criterios objetivo-cuantitativos)⁶⁷. Como bien acotan Politoff, Matus y Ramírez⁶⁸, su aceptación cobró fuerza desde finales del siglo XIX por su marcado corte civilista, siguiendo el principio de que *“la ley no protege al negligente”*, partiendo de la premisa de que la mentira no es un delito, por lo que no se debe creer fácilmente en la palabra de otro⁶⁹. Un conocido tratadista chileno decimonónico, Fuensalida⁷⁰, acota con decisión: *“La primera y más importante (condición que domina en todas las estafas) es que los medios empleados sean suficientes para engañar al hombre que pone en sus negocios y en sus cosas siquiera la mediana diligencia que le permita su discernimiento, es decir, su inteligencia, su instrucción y la experiencia de su vida. La ley no puede ni tiene para qué penar los engaños que, con una mediana diligencia, han podido i debido prevenirse; i si los hombres son engañados por abandono de sus cosas o por imprevisiones temerarias, la ley debe dejar que sufran sus consecuencias para inducirlos a que obren con la diligencia que de ellos dependa; así, los que celebran contratos con menores, mujeres casadas i, en general, con incapaces de contratar, i los que movidos de un deseo de lucrar compran una alhaja por un precio exorbitante solamente porque una persona, que racionalmente debe presumirse concertada con el dueño de la especie, le ofrece otro mayor, no podrán ser perseguidos como reos de estafa (quienes engañan), pues los hechos han podido evitarse con la prudencia que la ley puede exigir a los hombres... En resumen, la ley no ampara a los necios ni a los supinamente descuidados”*.

Explicando la teoría de la *mise en scène*, el profesor Balmaceda desarrolla sus basamentos estructurales: *“Lo que se prohíbe es una maquinación, esto es, el acoplamiento de hechos, el ajuste de estratagemas, la disposición de ardidés,*

⁶⁶ El profesor HERNÁNDEZ hace notar que esta teoría, tomada desde el derecho francés, ha sido ocupada para un desarrollo no completo en Chile, en la forma en que sí lo ha sido en Francia. Se explica que la *mise en scène* no es más que una de las muchas formas de engaño típico que conoce dicho derecho, luego del uso de nombre falso, el uso de una cualidad falsa y el abuso de una cualidad verdadera. El penalista en comento destaca que estas últimas tres hipótesis de engaño no conocen exigencias adicionales para los efectos de su tipicidad, bastando a su respecto la mera afirmación mendaz. HERNÁNDEZ (2003) p. 165.

⁶⁷ BALMACEDA (2011) p. 68.

⁶⁸ POLITOFF *et. al.* (2005) p. 428.

⁶⁹ BALMACEDA (2011) p. 68.

⁷⁰ FUENSALIDA (1883) p. 214.

es decir, una puesta en escena que tiene como propósito dar credibilidad a la mentira y que está dirigida a engañar a terceros. El término maniobras, significa obra de las manos y, aun entendiendo en sentido figurado, impone un aspecto positivo; no podrán estar constituidas por simples disimulaciones o reticencias. La estafa, en este contexto, se afirma que es un delito constructivo, donde las palabras artificiosas, carentes de todo hecho exterior, no forman maniobras”⁷¹.

La puesta en escena como requisito ineludible para encontrarnos en presencia del tipo penal de estafa ha sido prácticamente unánime en la doctrina. Por su fuerte contenido doctrinario, reproducimos parte de una reciente jurisprudencia, emanada del 4º T.O.P. de Santiago, en causa R.I.T. n° 167 de fecha 20 de noviembre de 2010, donde se determinó: “*QUINTO: Elementos del tipo penal. Para que se configure el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 del Código Penal, es necesario que el sujeto activo del delito defraudare a otro es decir, debe: a) realizar una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scène (como se conoce en la doctrina francesa), precedente o concurrente, destinado a aprovecharse del patrimonio ajeno ya sea usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante. Evidentemente, el ardid debe superar el ámbito de la mera mentira, generando con ello, ex ante y conforme al criterio del hombre medio, un riesgo idóneo o típicamente relevante para el bien jurídico del patrimonio, y por tanto objetivamente imputable al obrar doloso del acusado. Dicho engaño ha de ser lo suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad, tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, y el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. El engaño es la espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador”.*

En este punto nos apartamos decididamente de la opinión clásica, ya reproducida. Pretender que la mentira no pueda ser constitutiva de engaño

⁷¹ BALMACEDA (2011) p. 68.

típico implica, a lo menos, un desconocimiento del funcionamiento ordinario del tráfico relacional, tanto civil como comercial, en que es, precisamente, la credibilidad del agente un elemento sumamente decisivo a la hora de crear o no relaciones contractuales.

El penalista en comentario incluso acota: *“Quien acepta una simple mentira no ha sido engañado, sino que ha creído, y como no ha sido inducido por la actividad de un tercero –aparte de la mentira– a creer, aisladamente considerada esa mentira no puede calificarse como engaño en su alcance jurídico”*⁷².

Lo anterior no puede sostenerse, atendidas las razones ya expresadas. Quien acepta una mentira perfectamente puede ser engañado, mediando las circunstancias especiales entre víctima y sujeto activo. Por cierto, siempre se excluirán las falsedades groseras o burdas, atendido que éstas no tienen la entidad para ser engaño típico⁷³. En este apartado no podemos sino recoger las palabras expresadas en la obra de Politoff, Ramírez y Matus: *“El argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe, que al creer en las palabras de otro, resulta estafado. Ni aun el derecho civil admite esta indefensión del contratante de buena fe, pues el error de un contratante o el actuar doloso del otro siempre vicia el consentimiento, y no se exige para ello una expresión objetiva, cuantitativamente determinable, de ese dolo o del error a que ese dolo induce. Es más, el derecho civil sólo castiga al contratante doloso, impidiéndole solicitar la nulidad del acto en que su dolo ha intervenido, y faculta, por tanto, al contratante engañado a ejecutar el acto (si le favorece) o a anularlo”*⁷⁴.

Lo que podemos definir correctamente bajo nuestro ordenamiento es una idea diversa a la que es sustentada por otros ordenamientos, como por ejemplo el español, en que es exigido directamente por el tipo la entidad de ser *bastante* el engaño sufrido por la víctima⁷⁵ ⁷⁶. En el esquema nacional,

⁷² GARRIDO (2002) p. 324.

⁷³ GARRIDO (2002) p. 325.

⁷⁴ POLITOFF *et. al.* (2005) p. 431.

⁷⁵ De acuerdo al artículo 248 del Código Penal español, *“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*.

⁷⁶ La jurisprudencia española, a este respecto, entiende el concepto *bastante* como aquel capaz de traspasar el ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, siendo idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad

entenderemos la idoneidad del engaño considerándolo ex ante como capaz o no de generar el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño⁷⁷.

Más aun, los artículos 171, 179 y 184 del Código Penal muestran de una manera bastante clara, no obstante su anacronismo y escasa aplicación práctica, que el legislador decimonónico no tuvo dificultades en admitir un engaño liviano como susceptible de ser típico a efectos de la estafa. Cuando estas normas aluden a la falsificación “*tan ostensible*”, “*tan grosera y ostensible*” y “*tan mal ejecutada*” que cualquiera pudiera notarla a simple vista y no obstante ello, la pena, castigándola no a título de falsedad, sino que de estafa, el codificador evidencia que una correcta interpretación sistemática implica admitir la simple mentira como capaz de ser subsumida en el tipo.

Otro importante argumento desarrollado por la doctrina para negar la aseveración tradicional va de la mano de entender el rango protector de la norma penal. Entendemos a ésta como capaz de resguardar bienes jurídicos de relevancia para el todo social, ya que son estimados buenos. Debe tenerse especial cuidado dentro de lo que podríamos denominar como *Derecho penal económico*, con aquellas conductas atentatorias contra determinados sectores sociales, en que es, precisamente, la fe en el Estado como garante y reguladores la que muchos grupos humanos descansan. De esta forma, negar de entrada la posibilidad de que un engaño que nos parece burdo sea susceptible de ser calificado de estafa típica, resulta una clara manifestación de desigualdad ante la ley, que ni el constituyente ni el legislador penal parecen tolerar. El profesor Hernández analiza el tema en detalle: “(...) no alcanzo a comprender la racionalidad de la idea de un derecho que no protege a los tontos, pues más bien parece que son ellos quienes necesitan y

normal de una persona. Lo anterior, obedeciendo a ciertos criterios básicos: a) El engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa; b) El engaño bastante, en principio, es aquel que es suficiente para provocar el error de otra persona al que va destinada, declarando que para la determinación de lo que deba entenderse por bastante es preciso tener en cuenta las condiciones del sujeto pasivo que revive el engaño para el desapoderamiento de su patrimonio. Más, BALMACEDA (2010) p. 11, quien muestra variadas sentencias del Tribunal Supremo español.

⁷⁷ En este sentido, POLITOFF *et. al.* (2005) p. 430-431.

*merecen mayor protección. Creo que aquí está en juego, en alguna medida, la igualdad ante la ley*⁷⁸.

Añadido a lo anterior, la profesora Pastor nos entrega un elemento decisivo para la comprensión de la discusión planteada, basándose en lo que debería buscar el reproche punitivo: *"(...) el juicio penal debe tener precisamente la capacidad de aprehender el proceso comunicativo que se produce en un determinado contacto social"*⁷⁹.

Lo anterior implica necesariamente que la norma sancionadora debe ser capaz de brindar protección a través de la punición de la conducta típica a todas las personas, más allá de valoraciones personales de las víctimas, cuestión que ha sido ya recogida por la jurisprudencia. Así, en causa R.I.T. n° 109-2007 de fecha 26 de octubre de 2007, el 4° T.O.P. de Santiago falló: *"Finalmente, respecto de la solicitud de absolución por una supuesta falta de idoneidad de la conducta desplegada por el acusado para provocar el engaño de las víctimas, esta solicitud deberá ser desestimada también, pues tal como se dijo en el párrafo final del razonamiento undécimo de esta sentencia, quedó en evidencia con la prueba de cargo, que el acusado en compañía de a lo menos dos personas más, se presentaron ante las víctimas como personas responsables, honestas y solventes económicamente, lo que permitió que las víctimas (de múltiples oficios, nivel educacional y preparación intelectual) confiaran e incurrieran en el error de creer que tenían depositado el dinero de la venta, con lo que transfirieron sus vehículos como parte del convenio suscrito. Tan convincente fue la actuación y representación del acusado y sus partícipes en los hechos, que las víctimas sólo se dieron cuenta del engaño cuando se percataron que no había dinero en sus cuentas bancarias, sino que existía un depósito con un documento que fue protestado por existir orden de no pago por robo"*.

En un sentido similar ha fallado la jurisprudencia entendiendo la necesaria discriminación que el sentenciador debe ser capaz de realizar en el caso concreto a la hora de estudiar la idoneidad del engaño en diversas víctimas, pero no dejando de entregar protección. En causa R.I.T. n° 33 de fecha 6 de abril de 2010, el 4° T.O.P. de Santiago determinó: *"(...) que todo lo relativo al engaño debe también ser analizado en relación con la cultura y conocimiento de la víctima y la situación de hecho que debe ser vista en cada caso en concreto por el sentenciador. En efecto, la conducta engañosa del*

⁷⁸ HERNÁNDEZ (2003) p. 165.

⁷⁹ PASTOR (2000) p. 344.

delincuente puede influir en forma decisiva en la voluntad de la víctima, en algunos casos y en otros no, según su preparación, estudios, cursos, etcétera”.

En lineamientos parecidos, con fecha 23 de marzo de 2010, en causa R.I.T. n° 278-2008, el T.O.P. de la ciudad de Ovalle falló: *“Ahora, pasada la barrera de que no se trató en la especie de una simple afirmación mendaz, cabe preguntarse si ese despliegue era apto o suficiente para provocar el error, tomando en consideración las circunstancias conocidas de la persona a la que se dirige el engaño, esto es, lo exigido a nuestro juicio por el legislador es que el autor del delito hubiere evaluado las condiciones personales de sus víctimas y en razón de ello hubieren elaborado o montado un ardid de la entidad suficiente para provocar en ellos el error. En esa perspectiva se ha estimado que si bien los afectados son sujetos con diversos grados de educación técnica o superior y además insertos en un ambiente laboral activo, los mecanismos desplegados por el señor Hernández y especialmente su lenguaje y sus temas de conversación estuvieron a la altura de ese entorno laboral y social, y en muchos casos les evocaba situaciones vivenciadas por ellos mismos, como se manifestó en los hechos 1 y 2. Por ello, su defraudación no fue fruto de su negligencia, ni de su ingenuidad, sino más bien de los idóneos mecanismos de engaño utilizados por el acusado Hernández Muñoz, en donde el lenguaje utilizado y las modalidades de pago acordadas son conceptos habituales y reales en su entorno”.*

Por último, el argumento de señalar que el Derecho Penal debe funcionar como última ratio, no obstante su irrefutable valor, no puede aplicarse al tema en discusión ya que ello se estudia en el momento previo a la tipificación, esto es, cuando el legislador pondera la necesidad de punir una conducta o no en razón de diversos factores sociales⁸⁰. Pero, una vez establecido el tipo, éste debe ser aplicado irrestrictamente, no resultando *“(…) igualitario excluir del campo de aplicación del delito los engaños que tendencialmente conducen a disposiciones perjudiciales a los ciudadanos menos dotados o preparados”*⁸¹.

Añade el profesor Hernández, siguiendo lo que se entiende en Alemania, una conclusión a la que adherimos: *“La simple mentira basta y simple-*

⁸⁰ El profesor Hernández muestra que la preferencia por la autoprotección por sobre la tutela estatal en materia patrimonial estaría justificada, de acuerdo a cierta doctrina, porque en ese ámbito existen especiales medios de autoprotección que hacen que la protección sea más fácil para el particular que para el Estado, así como porque la autorresponsabilidad del mismo es parte de su autonomía, la que se vería estorbada por la protección estatal. HERNÁNDEZ (2010) p. 26.

⁸¹ HERNÁNDEZ (2003) p. 163.

mente no se formula la pregunta por su idoneidad, porque se entiende que si la víctima lo creyó, esa es prueba suficiente e indesmentible de su idoneidad y en consecuencia de su relevancia jurídico-penal”⁸².

El elemento engaño, como vemos, analiza directamente el comportamiento de la víctima, ya que a su respecto es dable o no que el actor logre su resultado: el error perjudicial. Las posturas ya esbozadas pueden caracterizarse de la siguiente forma, de acuerdo a la distinción que propone el profesor Balmaceda Hoyos:

La estafa es un delito que exigiría una calificación del engaño y cierta diligencia en la víctima; o,

La estafa, al contrario, es un hecho punible que debe proteger a toda clase de víctimas.

Lo primero ha sido tratado con especial interés por la victimidogmática, concepto creado por la doctrina alemana a partir de los importantes aportes del profesor Berndt Schönemann. Bajo este análisis, resultaría decisivo el comportamiento de la víctima en el momento en que se decide la punición del comportamiento, toda vez que un ofendido que no realiza con la suficiente diligencia el resguardo de su ámbito de protección, no recibiría ni debería recibir en lo sucesivo la protección del Estado de Derecho: *“Si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuidó sus propios intereses”*.

La profesora Pastor lo desarrolla dogmáticamente con precisión: *“(…) la víctima transforma un riesgo típico en atípico porque decide que sus expectativas dejen de ser normativas, o, con otras palabras, decide que el Derecho penal deje de proteger sus pretensiones (...). El Derecho penal no debe intervenir para trasladar el riesgo patrimonial de la esfera de quien naturalmente lo soporta a otro sujeto, pues el competente respecto al riesgo es la propia víctima. Cualquier sujeto es, en cierta medida, garante de su propio patrimonio, así que la explicación de una disminución patrimonial no la buscaremos en extraños cuando el mismo sujeto sea el que debe responder de su acto de disposición”⁸³.*

⁸² HERNÁNDEZ (2003) p. 163.

⁸³ PASTOR (2000) p. 350.

Este planteamiento está fuertemente imbuido de los estudios victimológicos que se suceden en la década de los cuarenta del siglo pasado en torno a la víctima. Así, la victimología, ciencia que se erige con la misión de hacer respecto del sujeto pasivo lo que ya desde el siglo XIX venía realizando la criminología, analiza al ofendido desde componentes naturalistas y sociales, estudiando la posibilidad, incluso, de que unas personas sean más propensas que otras a ser víctimas de delito.

En el tema que nos compete, ello cobra valor en los denominados delitos de relación, en que es necesaria una interacción entre víctima y victimario; no así en los de intervención, en que es una persona la que arbitrariamente accede a la esfera de intimidad de otra.

Esta teoría ha sido fruto de diversas críticas, principalmente sobre las exigencias que el Estado podría realizar de las personas en concreto⁸⁴. La teoría de la imputación objetiva, por ejemplo, es un importante desarrollo para lograr un análisis de talante normativo a este respecto.

La jurisprudencia ha sido oscilante también respecto de analizar la negligencia de la víctima como un antecedente de importancia a la hora de establecer imputación. El Juzgado de Garantía de Angol, con fecha 10 de agosto de 2006, razonó en dicho sentido: *“SÉPTIMO. Que, en lo que concierne a la petición de la defensa de absolucón no se prestará acogida, ya que si bien su alegación revela una visión de la situación acaecida desde otra perspectiva jurídico penal, no hay que perder las proporciones, toda vez que del requerimiento, el cual fue aceptado por el imputado, claramente se configura el ardid o despliegue externo de apariencias falsas, que conforme a la antigua doctrina francesa recibe el calificativo de mise en scène; no*

⁸⁴ El planteamiento victimo-dogmático defiende su desarrollo señalando que el tratamiento unilateral en el análisis del delito ya habría quedado atrás, siendo ello propio de los naturalistas. Ver BALMACEDA, “El engaño”, cit. nota nº 22, p. 4. El referido profesor ve aportes en esta teoría, principalmente respecto de un punto de vista en el análisis de la autoprotección de la víctima en el comportamiento típico: *“Como principio general para nuestra fundamentación, nos parece que la utilización del principio de subsidiariedad por parte de la victimodogmática no parece correcta desde un punto de vista metodológico. Entonces, podemos decir que el único aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debería ponerse atención en un marco más adecuado, esto es, en el juicio de tipicidad del comportamiento (o según otra terminología: en la imputación objetiva del engaño).*

obstante, a diferencia de la legislación española, la nuestra no aprecia la desidia o negligencia del sujeto pasivo como una circunstancia que permita no estimar reprochable alguna maniobra engañosa dirigida a perjudicar a otro, y en el caso -sub lite- estafar”.

En similares términos, con fecha 20 de noviembre de 2011, en causa R.I.T. n° 167, el 4° T.O.P. de Santiago falló: “DECIMOTERCERO: Que se ha desechado la tesis de la defensa, en cuanto a que la víctima con su actuar poco diligente en la gestión y ejecución de los actos de comercio favoreció su propio engaño, pues este tribunal entiende que tanto las relaciones civiles como de orden comercial deben estar gobernadas por el principio de la buena fe, especialmente cuando en la celebración de los contratos los requisitos relativos a los datos y documentación exigida, tienen la apariencia de ser verdaderos para el hombre medio”.

Sin embargo, un fallo del T.O.P. de la ciudad de Punta Arenas, de fecha 17 de enero de 2011, en causa RIT n° 64-2009, aceptó el planteamiento victimo-dogmático: *“Así las cosas, dado que no se avizora en la conducta de los acusados, la existencia de un ardid suficiente para que una persona media incurra en el error que reclama el Ministerio Público, más aún, evidenciándose disposición en la promitente vendedora para efectivamente dar cumplimiento a la obligación que nace del contrato, se ha de estimar que no se puede configurar el delito de estafa que se indica en la acusación. Sin embargo, se ha de considerar también, que la promitente compradora, doña Guillermina Letelier, no obstante presentarse primeramente ante el Tribunal como dueña de casa, reconoció que realiza actividades comerciales desde hace bastante tiempo tanto en Punta Arenas como en Puerto Montt, formando sociedades con ese fin. Se trata por lo tanto, de una persona con experiencia en negociaciones y más aún, debidamente asesorada, desde que la versión del acusado Movillo Ulloa, en orden a que la denunciante estaba con un abogado al momento de firmar el contrato, se encuentra sustentada por los dichos de quien es pareja de ésta, don Héctor Chiguai y por el funcionario de la Notaría don José Barría, quienes han referido que el abogado señor Araneda estuvo presente al momento de la suscripción y revisó previamente el documento. Finalmente, se debe tener presente que la operación que da cuenta dicho contrato, está destinada a la adquisición de un inmueble en un precio bastante importante, 145 millones de pesos, lo que lógicamente implica un cuidado especial en su celebración. De este modo, resulta difícil entender que una persona habituada a efectuar operaciones comerciales, donde se involucra una cantidad apreciable de dinero y contando con asesoría letrada, pueda ser engañada y por ende, incurrir en un error, mediante la sola*

afirmación que una persona es dueña de un inmueble, exhibiéndole al efecto una inscripción de dominio de hace más de quince años”.

Acerca de la suficiencia o no que debería tener el engaño para resultar típico, en los últimos lustros se han desarrollado tres teorías al respecto. La primera, denominada objetivo-subjetiva, que analiza el engaño como idóneo para inducir a error a otro a través de una consideración objetiva y en conjunto con ello, en una perspectiva subjetiva en que se toman en consideración las condiciones particulares del sujeto pasivo. La segunda, que alude a la extensamente tratada por la literatura penal contemporánea, teoría de la imputación objetiva del resultado⁸⁵; y la tercera, que estudia la infracción de los deberes de veracidad, con gran repercusión en la última década gracias a su estimable esfuerzo en realizar un análisis normativo de la conducta típica⁸⁶.

⁸⁵ Esto ha sido analizado por el Tribunal Supremo español, entendiéndolo a la imputación subjetiva en corolario a la protección subsidiaria que el Estado entregaría a través del Derecho Penal: *“En este sentido, el Tribunal Supremo español ha declarado que, como último estadio de la imputación objetiva, adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma que, afirma, constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la protección subsidiaria que corresponde al Derecho Penal. Asimismo, ha manifestado que de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye fin del tipo de estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que, con una mínima diligencia, hubiera evitado el menoscabo, pues como el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien; por último, el Tribunal Supremo español afirma que, para realizar el tipo objetivo, no basta con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose que ello tenga lugar mediante un engaño bastante”.* Ver BALMACEDA (2010) p. 17.

⁸⁶ La profesora NURIA PASTOR ha realizado enormes aportes a este respecto. En el punto que tratamos, dentro de la teoría de los deberes de veracidad, expone que la víctima tiene ciertos deberes que resultan ineludibles en el ámbito penal y que tornan en decisivos al momento de decidir por la punición del comportamiento en el caso concreto. Decisiva, en este asunto, resulta la información que manejaría la víctima: *“En primer lugar, incumbe a la víctima conocer el estado jurídico y económico de su patrimonio, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información*

Como vemos, el tema resulta complejo, con oscilación en su recepción jurisprudencial.

2. El error

El elemento error puede desprenderse legalmente, como bien apunta el profesor Hernández Basualto, desde la equivocidad que el vocablo engaño presenta en nuestro idioma, en tanto contrapartida de la conducta del agente⁸⁷.

El engaño del que se hizo mención en el apartado anterior debe estar dirigido a que la víctima tome decisiones equívocas, coincidentes con los deseos del sujeto activo y su necesaria mantención en ese estado, es decir, desarrolle un concepto distinto al verdadero respecto de un hecho o circunstancia⁸⁸. Explica el profesor en comentario: *“Importa engaño desarrollar una actividad que tenga por finalidad inducir a que un tercero confunda lo que es con lo que no es, a que se represente falsamente la realidad”*⁸⁹.

normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). En segundo lugar, incumbe a la víctima averiguar los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor a los que pueda acceder, realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de entregar a la víctima las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles y que sean relevantes para la decisión de disposición de la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirmaciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que impidan el acceso de la víctima a esa información y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para ese autor. En tercer lugar, compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tienen que ver con el funcionamiento del mercado, a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, cuestiones como si hay otros compradores interesados en el producto, etc.” Ver PASTOR (2003) p. 460.

⁸⁷ HERNÁNDEZ (2003) p. 161.

⁸⁸ GARRIDO (2002) p. 326. El autor distingue entre error e ignorancia, planteando que *“(…) ignora aquel que carece de todo conocimiento respecto de algo. La sanción penal del fraude no tiene por objeto proteger al ignorante.”* Este tema es de bastante discusión, aunque el derecho comparado, por regla general, suele negar la denominada *ignorancia facti* como constitutiva de error típico.

⁸⁹ GARRIDO (2002) p. 326. El autor también realiza una distinción entre error activo y pasivo, caracterizándose el primero por una representación falsa de la realidad; mientras que el

Se trata, en consecuencia, de un fenómeno psicológico⁹⁰ que necesariamente afecta a una persona natural.

Para incurrir en error, la doctrina suele exigir a la víctima ciertas características que habiliten en la capacidad de resultar engañado, esto es, mantener las condiciones mínimas que le hagan potencialmente apta para entender y comprender su entorno, teniendo así, se afirma, la aptitud adecuada para adoptar decisiones adecuadas según ese conocimiento⁹¹. En este punto, también nos apartaremos de la doctrina mayoritaria. Estimamos que obviar la posibilidad de que una persona que sufre una enfermedad mental pueda ser engañada, supondría un manto de impunidad en el que, por razones de política criminal y justicia material, la solución debe ser diversa.

3. La *disposición patrimonial*

Requisito necesario es que el engaño que es capaz de producir un error en la víctima, genere en ésta por su propia voluntad una disposición patrimonial perjudicial, lo que caracteriza a la estafa precisamente como un delito de autolesión⁹², entregándole su particular especificidad. Esto último determina que en Alemania se estudie este delito como una hipótesis de autoría mediata, donde el instrumento del agente es la propia víctima⁹³.

Este concepto marca un importante distingo respecto de otros delitos contra la propiedad, como el hurto o el robo, en que hay desplazamiento de la cosa desde la víctima al sujeto activo, pero a través de la clandestinidad en el actuar de este último. Tratándose de la estafa, es la propia víctima quien voluntariamente realiza un acto de disposición, entregando al agente delictivo, mediante un acuerdo viciado⁹⁴, componentes de su patrimonio. No

segundo se explicaría en la situación de las personas que, por ignorancia u otro estado, toman por verdadero lo que es falso o viceversa.

⁹⁰ En nuestro país se ha impuesto una concepción psicológica para el análisis del error, como hace notar el profesor HERNÁNDEZ. Ver HERNÁNDEZ (2003) p. 161.

⁹¹ GARRIDO (2002) p. 326.

⁹² Al tratarse de un delito de autolesión, se hace del todo correcto el estudio de la participación de la víctima en el mismo, como lo hemos hecho. Se trata de analizar si la participación del sujeto pasivo puede, en alguna medida importante, determinar cambios en la imputación al autor.

⁹³ HERNÁNDEZ (2003) p. 168.

⁹⁴ La profesora Pastor nos muestra cómo el tipo de estafa centra su atención precisamente en este punto, es decir, garantizar al titular del patrimonio cierto grado de información

hay allí clandestinidad, sino más bien una creencia errónea por parte de la víctima de que está actuando de una forma correcta y válida.

Huelga decir también que tratándose de un acto de disposición patrimonial, el objeto defraudado debe tener valor económico, ya que los bienes cuya valoración no obedezca a ello no serán protegidos por el tipo.

4. El perjuicio

El elemento perjuicio puede desprenderse normativamente por la ubicación sistemática de la estafa entre los delitos contra la propiedad, la determinación de pena que realiza el artículo 467 del Código Penal respecto de las conductas a que necesitan remitirse allí, así como la referencia expresa que hace el artículo 473⁹⁵.

Siguiendo al profesor Labatut, el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, pérdida que debe ser apreciable pecuniariamente⁹⁶, es decir, expresada en un valor económico, quedando descartadas, por ejemplo, las meras expectativas, al no ser comprendidas dentro del elemento típico.

Característico del perjuicio típico en la estafa es el menoscabo o detrimento patrimonial, que es afectado individualmente de manera real y efectiva, el que debe ser de consecuencia inmediata y directa del engaño. Por último, se entiende que el perjuicio no es una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento del tipo penal, por lo que no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por la declaración expresa de haber sido reparado⁹⁷.

veraz para que su acto de disposición sea un proceso de decisión libre. Ver PASTOR (2003) p. 459.

⁹⁵ HERNÁNDEZ (2003) p. 168.

⁹⁶ LABATUT (1992) p. 242.

⁹⁷ Esto es rebatido por el profesor HERNÁNDEZ BASUALTO, estimamos con acierto. Frente a la duda del momento consumativo del delito de estafa, en torno a si se hace necesario para ello la espera del menoscabo patrimonial perjudicial efectivo, o, muy por el contrario, que ello se produce en momentos en que el patrimonio se ve gravado por una obligación contraída en virtud del engaño, el penalista nacional se muestra partidario de esta última concepción, por razones bastante atendibles. Señala que la práctica contable no tendría dudas a este respecto, toda vez que ello ya es un pasivo para la víctima, de acuerdo a una valoración económica que no podría obviarse en el caso concreto. Este tema es del todo relevante para el análisis de la denominada "estafa procesal", en que el engañado es el juez a la hora de establecer que la víctima, un tercero, pasa a ser sujeto pasivo de

Respecto del patrimonio, históricamente se han desarrollado tres teorías que intentan conceptualizar su contenido a efectos de circunscribir el radio protegido por el tipo:

Concepto jurídico: el patrimonio estaría compuesto por el conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de los que es titular una persona. Luego, existiría lesión cuando se imposibilita el ejercicio de estas facultades jurídicamente garantizadas. Esta corresponde a la idea civil clásica de patrimonio⁹⁸.

un crédito que no ha contraído, pero que ahora, por acción de la judicatura engañada, le es ya imputable y ejecutable. Siguiendo la tesis del profesor HERNÁNDEZ, la consumación de esta estafa se produciría con la ejecutoria de la sentencia ejecutiva, momento anterior al que el agente delictivo se hace de los bienes de la víctima. En la eventualidad de que luego de ello, el sujeto activo del delito devuelva el monto defraudado o no siga, por ejemplo, adelante con la ejecución del crédito que ha logrado judicialmente, ello correspondería más bien a una atenuante a su favor, más que una calificación de haber resultado tentada la estafa. Respecto de lo anterior, la jurisprudencia parece no constatar lo mismo, ya que ve en prestaciones equivalentes, una idea para no asociar la pérdida patrimonial. Así, en causa RIT 284 de fecha 14 de julio de 2011, el 4º TOP de Santiago falló: *“Para efectos de determinar las devoluciones de dinero de Paola Maldonado hacia los perjudicados, se tuvo en consideración el mismo peritaje contable que a su vez hizo un catastro de las transferencias bancarias realizadas por la acusada a las víctimas, levantando al efecto una planilla que se tuvo a la vista, la cual fue analizada por el Tribunal en conjunto con las cartolas de la cuenta corriente de ésta, N°000005340691 del Banco Santander, instrumentos que dan cuenta fidedigna de las devoluciones realizadas. A partir de este análisis se establecieron las restituciones consignadas en los hechos que se tuvo por establecidos, además de la entrega en especie que dijo haber recibido Felipe Pereira, quien recibió un LCD Sharp AQUOS de 32´ avaluable en \$250.000, valor que fue rebajado a efectos de determinar el perjuicio final”*. Todo esto lleva al autor en comento a hablar más bien de disposición patrimonial perjudicial, enlazando ambos conceptos para no incurrir en inconsistencias en referencia a este último elemento, ya que tanto el perjuicio como la disposición patrimonial deberían coincidir en el tiempo. Más, HERNÁNDEZ (2003), pp. 177-180. Respecto de la estafa procesal, el profesor FRANCISCO GRISOLÍA, partidario de su existencia como figura, la conceptualiza como *“(…) la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar a fin de obtener una sentencia fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de la otra. O sea, la estafa llevada a cabo en un juicio con la inocente intervención de un juez inducido por el engaño eficaz desplegado en el proceso”*. GRISOLÍA (1997) p. 417.

⁹⁸ Su desarrollo se debe a los antiguos penalistas MERKEL y BINDING, como una derivación natural de la teoría de las normas, viendo en el Derecho Penal una rama sancionadora del Estado, accesoria respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico, correspondiéndole

Concepto económico: se traspa desde el derecho subjetivo sobre la cosa afectada al análisis en torno a las facultades de enajenación en tanto éstas sean valubles económicamente. De esta forma, quedan fuera del ámbito de protección todos los objetos que no tienen valor económico, aun cuando se encuentren resguardados bajo un derecho subjetivo⁹⁹.

Concepto mixto jurídico-económico: el patrimonio correspondería a la suma de los valores económicos de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico. Sería el concepto dominante en Chile, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁰⁰.

Estas teorías, que obedecen a los avances a lo largo del siglo XX en torno a la delimitación del concepto, no resultan hoy del todo satisfactorias para entender cabalmente la estafa. De este modo, son elementos normativos los que reformularán el rango de protección.

Importante es el análisis que se hace en torno a la víctima del delito y sus expectativas sobre lo defraudado. La concepción económica, por ejemplo, analizará ello en tanto el ofendido no pierda algo, pudiendo compensarse económicamente diversos bienes recibidos, siempre que no signifiquen un perjuicio contable para éste. Por ende, lo que la víctima esperaba efectivamente recibir no importaría mayormente en la medida en que no perdiera un bien de intercambio de avalúo pecuniario.

reafirmar a través de la sanción los conceptos previamente establecidos por otras ramas del Derecho. En este sentido, esta teoría explica que la estafa, en cuanto delito patrimonial, se traduce en la lesión de derechos patrimoniales subjetivos cuya existencia, fundamento y contenido se encuentran dados de antemano por el Derecho civil y, en ciertas ocasiones, incluso por el Derecho público. Ver SCHLACK (2008) p. 263.

⁹⁹ El profesor HERNÁNDEZ BASUALTO nos muestra que este concepto nace a finales del siglo XIX en Alemania, siendo el paso de la concepción jurídica a la económica la especial consideración a la utilidad de las prestaciones en juego para el titular de las mismas. Señala que el fallo que marca el punto de inflexión es de fecha 20 de abril de 1887, cuando el Tribunal Supremo alemán resolvió en relación a una persona que mediante engaño había contratado un seguro distinto del que quería y que dicha circunstancia no bastaba para la afirmación de un perjuicio, sino que se requería un efectivo menoscabo patrimonial, que podría consistir tanto en la disminución del valor de mercado del mismo como en la disminución de su utilidad para el titular. HERNÁNDEZ (2008) p. 199.

¹⁰⁰ Por todos, SCHLACK (2008) p. 285.

La jurisprudencia alemana afirma un perjuicio patrimonial en los siguientes casos:

Cuando a juicio de un observador imparcial, la prestación recibida es para la víctima total o parcialmente inutilizable conforme a los fines del contrato o de otra forma soportable;

Cuando la disposición patrimonial de la víctima la obliga a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio, como cuando debe conseguir un crédito a intereses;

Cuando su disposición patrimonial limita a tal punto sus medios que pone en riesgo el cumplimiento de otras obligaciones, presentes o futuras; o

Cuando queda en situación de no poder seguir sustentando su estándar de vida¹⁰¹.

Mientras que los últimos tres elementos se han controvertido, el primero se ha asentado fuertemente, desarrollando el *"componente individual del perjuicio"* dentro de la dominante concepción mixta económico-jurídica del patrimonio. Expresa el profesor Hernández Basualto: *"Si bien se mira, el componente individual del perjuicio no se funda en los fines subjetivos de la víctima sino en sus necesidades o circunstancias objetivamente consideradas desde una perspectiva externa, ya que para afirmar un perjuicio no basta con que la víctima reciba algo que no satisface sus deseos o fines concretos, sino que se requiere que a juicio de un tercero el objeto resulte inaprovechable, de modo que si a su juicio la víctima –con buena voluntad y resignación– está en condiciones de arreglárselas, aunque con ello no sea feliz ni pueda desarrollar sus planes económicos, no hay perjuicio"*¹⁰².

El subjetivismo de este desarrollo es evidente, lo que podría redundar en arbitrariedades a la hora del análisis del caso concreto, no siendo ello necesariamente respetuoso de los originales intereses de la víctima. De todas formas, estos correctivos normativos parecen poner un acento importante, cual es, que las teorías que se manejaron en este ámbito durante buena parte del siglo XX resultan hoy insatisfactorias para la explicación de esta criminalidad y con ello, el necesario ámbito de protección que la norma debe ser capaz de entregar. Las conclusiones del jurista en comentario nos parecen acertadas: *"A mi juicio, una vez que se abre la puerta a correctivos fundados en los fines de la víctima, el límite con el subjetivismo extremo o bien se difumina o bien se demuestra arbitrario. Como ustedes pueden intuir, entre el caso extremo de la señora de la enciclopedia y el de quien recibe un auto de*

¹⁰¹ HERNÁNDEZ (2003) p. 183.

¹⁰² HERNÁNDEZ (2003) p. 183.

*distinto color al prometido, hay un universo inabarcable de posibilidades, en el cual la fijación de límites claros y convincentes es extremadamente difícil. Se trata, con todo, de una discusión pendiente en Chile, que a pesar de sus dificultades no puede ser eludida*¹⁰³.

CONCLUSIONES

El delito de estafa, en grandes rasgos, mantiene por la doctrina contemporánea su lineamiento clásico, representado por obras como las de los profesores Alfredo Etcheberry y Mario Garrido Montt. En este sentido, se le sigue conceptualizando como un engaño suficiente que produce un error en una víctima, logrando que ésta realice una disposición patrimonial perjudicial.

No obstante lo anterior y con gran fuerza en el último tiempo, las críticas respecto del delito en estudio han ido creciendo. Se debate en torno a su falta de sistematicidad, en tanto está ubicado dentro de nuestro Código Penal bajo el conjunto de delitos contra la propiedad, en circunstancias que su bien jurídico protegido es el patrimonio. Y dentro de éste, también, la posibilidad de disposición que la víctima tiene a su respecto.

En relación a los elementos típicos, se discute incluso acerca del ánimo de lucro. Si bien la doctrina tradicional no lo exige, sectores más actuales necesariamente parecen exigirlo, toda vez que, dada la ubicación de la figura dentro de la sistemática del Código, no podría obviarse este requisito, ya que el artículo 432, de entrada del estatuto punitivo, es claro en ello. A mayor abundamiento, la clasificación que se hace de la estafa como un delito de enriquecimiento, no podría obviar el elemento. Sobre esto, la jurisprudencia es oscilante en los últimos años.

Dentro del elemento engaño se discute todavía en torno a la mera mentira como idónea para ser subsumible en el tipo. Si bien la doctrina tradicional exige claramente algo más que ésta, los juristas contemporáneos no vacilan en admitirla como figura típica, atendidas las particulares circunstancias que se presentan entre víctima y sujeto activo y en conjunto con ello, como una manifestación de la necesaria igualdad ante la ley que debe gobernar el tratamiento punitivo. No obstante, la jurisprudencia es conteste en exigir *algo*

¹⁰³ HERNÁNDEZ (2003) p. 184.

más que la mera mentira, como señala el profesor Etcheberry, a la hora de fallar las conductas presentadas a su conocimiento.

Enlazando directamente con lo anterior, la víctima ha resurgido a estos respectos, así como lo ha hecho en los estudios procesal penales. De la mano de la victimología, ciencia que surge en la década de los cuarenta del siglo pasado, hermanada con los estudios criminológicos, la víctima toma un sitial importante en la imputación de las conductas típicas. El nacimiento de la teoría de la victimodogmática, que pone en la conducta del sujeto pasivo un elemento decisivo para el eventual reproche, ha puesto de relieve un antecedente importante para el estudio del delito de estafa, toda vez que las nuevas relaciones comerciales y civiles se dan en un contexto comunicativo claro, por lo que las víctimas tendrían, en algunos casos, cierta responsabilidad en el delito que han sufrido.

Esta variante doctrinal ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente por trasladar la responsabilidad del delito a quien lo ha sufrido. Sin embargo, no puede negarse su aporte, principalmente en el tipo penal que estudiamos, de la mano de la introducción de ciertos deberes que todos los ciudadanos debiésemos resguardar, como la veracidad en el tráfico, cuestiones que deben ser analizadas al momento de juzgar la conducta presentada. Un fallo del año 2011, emanado de la Ilustre Corte de Apelaciones de Punta Arenas, recoge esta variante.

Acerca de los elementos disposición patrimonial y perjuicio, un sector de la doctrina, representado por el reconocido jurista don Héctor Hernández Basualto, prefiere la unión de ambos elementos, ya que entiende la consumación del delito en el momento en que se realiza el acto dispositivo. A vía ejemplar, ello tendría consecuencias en la conocida figura de la estafa procesal, en que se engaña al juez para que éste falle en un sentido declarativo a favor del sujeto activo, haciéndole exigible un crédito a la víctima que ésta no ha consentido, entendiendo el momento consumativo con la ejecutoria de la sentencia. Esto no ha sido seguido por la jurisprudencia estudiada, la que ve en el momento del perjuicio un acto independiente, efectivamente causado, siguiendo a la doctrinada clásica ya definida por el profesor Gustavo Labatut, el momento de consumación del delito.

Finalmente, el estudio del perjuicio y desde allí del patrimonio, como bien jurídico protegido, y las diversas teorías que se presentan a su respecto circunscriben el tema en estudio. Partiendo desde la concepción jurídica, como manifestación de los derechos subjetivos que se estudian en el siglo

XIX, pasando por las teorías económicas en donde ya se pone el acento en la víctima, hasta las últimas, de tipo económico-jurídico, o mixtas, que ponen coto a los excesos de las anteriores, el tema no deja de ser imbricado. La jurisprudencia muestra preferencia por esta última, así como lo hace la doctrina más contemporánea. No obstante ello, han sido atajos de índole normativo los que han ido perfeccionando el estudio, dotándolo de nuevos elementos, capaces de satisfacer las demandas que las relaciones sociales y económicas presentan en el mundo contemporáneo y que necesitan de una solución desde el Derecho Penal y su figura de fraude por engaño.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALMACEDA, Gustavo (2011): "El delito de estafa en la jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho* (Valdivia) (vol. 24, n° 1) pp. 59 - 85.
- CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos (2009): *El engaño típicamente relevante a título de estafa, modelo dogmático y análisis jurisprudencial* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 118 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2004): *Derecho Penal: Parte Especial* (tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III, 490 pp.
- FERNÁNDEZ, Álvaro (2009): "Engaño y víctima en la estafa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. n° 26) pp. 181 - 193.
- FUENSALIDA, Alejandro (1883): *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Editorial Comercio), 3 volúmenes.
- GARRIDO, Mario (2002): *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV* (segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) 463 pp.
- GRISOLÍA, FRANCISCO (1997): "La estafa procesal en el Derecho Penal chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (vol. 24, n° 3) pp. 417- 422.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2003): "Aproximación a la problemática de la estafa", *Problemas actuales de Derecho penal, Universidad de Temuco, Temuco* (Vol. XXII, N°1) pp. 201 - 231.
- _____ (2008): "Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho penal chileno", FERNÁNDEZ, José Ángel (coordinador académico), *Estudios de Ciencias Penales: hacia una racionalización del Derecho penal* (Santiago, Legal-Publishing) 241 pp.

- _____ (2010): "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 37, nº 1) pp. 9 - 41.
- LABATUT, Gustavo (1992): *Derecho Penal* (séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 337 pp.
- MERA, Jorge (2001): *Fraude Civil y Penal. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 299 pp.
- PASTOR, Nuria (2000): "Estafa y negocio ilícito: Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (nº 5) pp. 335 - 360.
- _____ (2003): "Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa", MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 491 pp.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho Penal Chileno* (segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 613 pp.
- SCHLACK, Andrés (2008): "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho* (nº 2, vol. 35) pp. 261 - 292.

JURISPRUDENCIA CITADA

- 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Ministerio Público con Geni Margarita Morales Espinoza* (2010): 6 de abril de 2010, R.I.T. nº 33-2010. Disponible en: <http://www.pjud.cl/sentencias?p_p_id=sentencias_WAR_sentenciasportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&crr_documento=224046&competencia=PENAL&descargaDocumento=S>, fecha de consulta: 12 de septiembre de 2014.
- 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Ministerio Público con Juan Patricio Henríquez Schwemmbé* (2010): 20 de noviembre de 2010, R.I.T. nº 167-2010. Disponible en: <http://www.pjud.cl/sentencias?p_p_id=sentencias_WAR_sentenciasportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&crr_documento=375635&competencia=PEN>

AL&descargaDocumento=S>, fecha de consulta: 13 de septiembre de 2014.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, *Ministerio Público con Pablo Miño Barrera* (2011): 17 de enero de 2011, R.I.T. n° 64-2010. Disponible en: <http://www.pjud.cl/sentencias?p_p_id=sentencias_WAR_sentenciasportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&crr_documento=416296&competencia=PENAL&descargaDocumento=S>, fecha consulta: 10 de septiembre de 2014.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, *Ministerio Público con Eugenia Gallardo Labraña* (2010): 23 de marzo de 2010, R.I.T. n° 14-2009. Disponible en: <http://www.pjud.cl/sentencias?p_p_id=sentencias_WAR_sentenciasportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&crr_documento=220585&competencia=PENAL&descargaDocumento=S>, fecha consulta: 8 de septiembre de 2014.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, *Ministerio Público con Fidelina del Carmen Figueroa Figueroa* (2011): 7 de marzo de 2011, R.I.T. n° 81-2010. Disponible en: <http://www.pjud.cl/sentencias?p_p_id=sentencias_WAR_sentenciasportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&crr_documento=463860&competencia=PENAL&descargaDocumento=S>, fecha consulta: 12 de septiembre de 2014.

COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA

PRODUCTO NO CONFORME CON EL CONTRATO: LA ENTREGA DE UN BIEN USADO EN CUMPLIMIENTO DE LA VENTA DE UNO NUEVO*

Product in disagreement with the contract: delivery of a second-hand thing in compliance with the sale of a new thing

ERIKA ISLER SOTO**

Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: El documento contiene el comentario de una sentencia dictada a propósito de la acción interpuesta por una consumidora a quien se le entregó un producto usado, habiendo comprado uno nuevo. Luego de la explicación de los hechos que dieron origen al conflicto, se analiza la garantía legal y su aplicabilidad a este caso concreto. Finalmente, se revisan otras acciones que pudieran concurrir y que se derivan de la misma ley 19.496 o del Derecho Civil. Esto es, el atentado al derecho a la información, el incumplimiento contractual y la generación de daños a causa de la negligencia del proveedor.

* Corte de Apelaciones de Concepción, Fredes Ancatrio con Multitienda Corona S.A. (2013, rol n° 359-2013).

** Profesora de Derecho Civil y Derecho del Consumidor, Universidad Bernardo O'Higgins; Profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Gabriela Mistral; Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Becaria Conicyt; <erikaisler@yahoo.es>.

Comentario recibido el 2 de julio de 2014 y aprobado el 8 de agosto de 2014.

PALABRAS CLAVE: garantía legal, responsabilidad por productos y consumidor.

ABSTRACT: In this document, the Author comments a judgement about the action brought by a consumer who was given a used product, having bought a new one. After the explanation of the facts of the conflict, the document refers to the legal warranty and its applicability to this case. Finally, the paper refers to another actions that the consumer has, which derive from the 19.496 Law and the Civil Code: transgression of the right to information, breach of contract, and generation of damages.

KEYWORDS: legal warranty, product liability, consumer.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El presente documento tiene por objeto comentar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en la causa "*Fredes Ancatrio con Multitienda Corona S.A.*", que versó sobre el régimen de garantías contemplado en la Ley 19.496 (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores¹).

En este caso, una consumidora adquirió un minicomponente nuevo, pactándose entre las partes además una garantía extendida, conforme a la cual en caso de desperfecto del producto, se encontraba amparado por un plazo mayor que el de la garantía legal.

Con posterioridad, efectivamente, el equipo de música falló, por lo que la actora concurrió al servicio técnico a solicitar su reparación, oportunidad en la cual se le informó que dicho producto en realidad era usado y de segunda selección. Se le indicó además que este bien había sido llevado por sus anteriores dueños al mismo local, cuando se advirtió su defectuosidad.

En razón de lo anterior, la consumidora afectada denunció a Multitiendas Corona S.A. por vulneración de los artículos 3 letra b) (derecho básico a una información veraz y oportuna), 14 (venta de productos usados, refaccionados o defectuosos) y 20 (garantía legal), todos de la LPDC.

¹ En adelante LPDC.

La denunciada, por su parte, se defendió señalando que si bien reconocía la venta del bien usado como si fuera nuevo, no le era atribuible responsabilidad, por cuanto se habría debido a un error (considerando segundo).

Conociendo de esta causa, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia rechazaron la tesis de la empresa proveedora, declarando su responsabilidad contravencional y civil.

II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA DENUNCIADA

1. El deber de garantía en la Ley 19.496

De acuerdo a RUIZ-TAGLE VIAL, se entiende por responsabilidad especial de garantía a *“aquella derivada de incumplimientos que no comportan negligencia ni mala fe por parte del proveedor, pero dan lugar a una ruptura de la conmutatividad del contrato de consumo en perjuicio del consumidor, a la que la ley le asigna una sanción de índole civil que en cada caso determina y que, en general, consiste en resarcir al consumidor afectado”*².

La LPDC reconoce en sus artículos 19 y siguientes, a la garantía legal–obligatoria– y convencional–voluntaria–, como derechos de los consumidores frente a la defectuosidad de los productos que adquieren, aunque no define ni la una ni la otra.

Nuestros tribunales han suplido dicha omisión, definiendo a la primera como *“el derecho del consumidor para exigir la devolución del dinero, o la reposición o la reparación gratuita del producto adquirido, cuando éste no cumpla con alguna de las hipótesis del artículo 20 de la Ley 19.496”*³. Se debe agregar al concepto transcrito, que la garantía legal otorga al consumidor además una acción indemnizatoria⁴.

² RUIZ (2010) p. 331.

³ 1° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Paris S.A.* (2009, rol n° 33.922-2008), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, rol n° 11.169-2009). De acuerdo al profesor AIMONE, *“consiste en una responsabilidad de calidad que asume el proveedor”*, AIMONE (1998) p. 91.

⁴ De acuerdo a CORRAL se trataría de incumplimiento del producto de las especificaciones exigidas o falta de idoneidad para su uso. En CORRAL (1999) p. 170.

La segunda, en tanto, ha sido entendida como *“aquella otorgada por el vendedor a cambio de un determinado precio”*⁵. Más completa resulta la definición que otorga la legislación española sobre la materia: *“aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad”*⁶. Con todo, las prerrogativas que otorgue no pueden ser inferiores a los mínimos establecidos en la LPDC, en atención a su carácter irrenunciable y de orden público conforme a su artículo 4⁷.

El conflicto se presenta en el caso planteado, debido a que la consumidora quiso hacer valer los derechos derivados de la garantía con posterioridad al plazo de tres meses establecido en la ley para ello (artículo 21 LPDC). Por su parte, y aunque no se dice expresamente en la sentencia, la concurrencia de la compradora al servicio técnico del fabricante, indicaría que la garantía extendida se habría encontrado vigente.

El Tribunal de Alzada estima que ello no es óbice para la condena de la denunciada, en atención a que se ha vendido un bien en diferentes condiciones de las solicitadas e informadas: *“si bien es cierto que el ejercicio de la garantía asociada a la adquisición de todo producto debe hacerse efectiva dentro del plazo que la ley contempla, ello es aplicable a productos nuevos, cuyo no es el caso de autos, de suerte tal que no ha podido eximirse la denunciada y demandada civil de responder, como le ha sido requerido por la compradora, denunciante y actora civil, ante las fallas o defectos experimentados por el producto adquirido, aun cuando dicho requerimiento haya sido ejercido fuera del plazo contemplado en la ley (que como ya se ha dicho, está establecido sólo para los productos nuevos y no para los usados o de segunda selección)”*(considerando tercero).

Esta decisión de la Corte no se encuentra conteste con el artículo 14 LPDC –también vulnerado por la denunciada según la actora–, conforme al cual en caso de que –con conocimiento del proveedor– se expendieren

⁵ 1° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Paris S.A.* (2009, rol n° 33.922-2008), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, rol n° 11.169-2009).

⁶ Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, de 2007. En un sentido similar: Artículo 128.2, *Codice del Consumo*, Italia.

⁷ Tal como señala FERNÁNDEZ, la garantía legal “se concibe como una garantía mínima, obligatoria y de alcance general, por lo cual si el proveedor ha ofrecido una garantía por mayor plazo o de más amplio espectro de cobertura, prevalecerán los términos de ésta”. En FERNÁNDEZ (1998) p. 119.

productos con alguna deficiencia, usados, refaccionados o en cuya fabricación o elaboración se hubieren utilizado piezas o partes usadas, y no se informare de ello al consumidor con anterioridad a la celebración del contrato de consumo, este último tendrá todos los derechos derivados de la garantía legal, conforme a los artículos 19 y 20 LPDC, por lo que igualmente debería regir el mismo plazo de tres meses.

Así las cosas, el artículo 14 LPDC no resulta una norma tan beneficiosa como se quisiera, puesto que establece el mismo régimen jurídico tanto para los productos nuevos como para aquellos usados que se vendieron como nuevos.

De acuerdo a lo anterior, es que para perseguir la responsabilidad del proveedor, transcurrido el término indicado, se deberá alegar la responsabilidad infraccional derivada de otras disposiciones de la LPDC –tal como se verá–, cuyo plazo de prescripción será de seis meses conforme al artículo 26 de la LPDC.

Nuestros tribunales ya con anterioridad habían declarado que el vencimiento del término establecido por el artículo 21 LPDC deja indemne los derechos derivados de otras normas de la misma ley.

En este sentido se pronunció el Juzgado de Policía Local de Renca, en la causa *“Sernac con Droguería Hofmann”*, originada a partir del reclamo ingresado en el Servicio Nacional del Consumidor por una consumidora que adquirió dos bolsas de agua (“guateros”), uno de los cuales se rompió al ser utilizado por uno de sus hijos, quien sufrió quemaduras. En esta oportunidad, el tribunal rechazó la excepción de prescripción solicitada por la denunciada, por cuanto, si bien se encontraba vencido el plazo de la garantía legal, ésta debía distinguirse de *“la facultad que la Ley 19.496 (...) concede (...) para perseguir la responsabilidad contravencional de los proveedores y que es de seis meses, contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”*. En razón de lo anterior, finalmente condenó a la empresa al pago de una multa de 50 unidades tributarias mensuales, por infracción a los artículos 23, 45 y 49 del LPC⁸.

Similar criterio adoptó el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago ~~–confirmado por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad–~~, en el caso

⁸ Juzgado de Policía Local de Renca, *Sernac con Droguería Hofmann* (2004, rol n° 33.105-2004): se declaró desierto el recurso de apelación, Corte de Apelaciones de Santiago (2005, rol n° 4992-2005).

“Sernac con ABC Comercial Limitada”, al pronunciarse respecto de la acción interpuesta por la falla de un televisor, ocurrida una vez transcurridos ocho meses de su adquisición⁹.

En lo que dice relación con el momento a partir del cual se debe comenzar a computar el plazo para el ejercicio de los derechos derivados de la garantía legal, el artículo 21 LPDC señala que éste principia con la recepción del producto, estableciendo un sistema objetivo que prescinde del conocimiento que el acreedor-consumidor tenga de los defectos del bien o desde la manifestación del daño. Cabe subrayar que esto no se aplica en caso de que se solicite la condena en razón de otras disposiciones de la LPDC, en cuyo caso regirá el sistema establecido en el artículo 26 LPDC¹⁰.

2. Otras infracciones

Tal como se señaló, para salvar las restricciones del régimen de garantías establecido en la LPDC, se debe recurrir a otras normas como fundamento de las acciones civiles y contravencionales¹¹.

En primer lugar, se puede argumentar que se ha vulnerado el derecho básico a la información veraz y oportuna consagrado en el artículo 3 letra b) de la LPDC, tal como efectivamente argumentó la consumidora afectada.

Desde luego, los antecedentes que se han entregado al consumidor antes de la celebración del contrato de consumo no se condicen con la realidad, ni

⁹ 3º Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con ABC Comercial Limitada* (2007, rol n° 8.199-Dic-2006), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, rol n° 2.114-2007).

¹⁰ Sobre el momento a partir del cual se debe comenzar a computar el plazo establecido en el artículo 26 LPDC: BARCIA (2012) p. 139 y siguientes; y BARROS (2007) p. 921 y siguientes.

¹¹ Cabe señalar que se discute en doctrina el carácter infraccional de ciertas disposiciones de la LPDC, esto es, si su vulneración puede dar origen a una condena contravencional, tal como ocurre con el catálogo de prerrogativas consagrado en el artículo 3 LPDC, la garantía legal y las cláusulas abusivas, entre otras. Se presenta esta disyuntiva a partir del tenor literal del artículo 50 LPDC, que consagra la procedencia amplia de ciertas acciones generales –civiles y sancionatorias–, sin realizar distinción alguna. Al respecto se puede consultar la siguiente literatura: BARRIENTOS (2011) p. 79; BARRIENTOS y CONTARDO (2013), en DE LA MAZA y PIZARRO (edit.) pp. 556-582 y 567; FERNÁNDEZ (2003) pp. 23 a 35; GUERRERO (2008), en GUZMÁN (edit.) pp. 433-453; GUERRERO (2013), en DE LA MAZA y PIZARRO (edit.) p. 592.

han resultado oportunos, puesto que sólo una vez que el producto ha fallado, se entera –por otro proveedor distinto del vendedor– que éste era usado y de segunda selección.

La Corte de Apelaciones de Concepción, igualmente estimó que habría existido una falta de información básica respecto del producto vendido, en atención a que la consumidora creía que compraba un producto nuevo, en circunstancias de que se le estaba vendiendo uno de segunda selección, sabiendo el proveedor que no era lo que la consumidora quería y habiendo pagado el precio de un nuevo (considerando cuarto).

Se puede advertir que en este caso, el vendedor no sólo no ha disminuido la asimetría de información existente con el consumidor¹², sino que además la ha aumentado, estando en una óptima situación para conocer la verdadera realidad del bien, posibilidad que no tiene el comprador, quien contrata confiando en la buena fe de su contraparte.

En este sentido, se puede citar la opinión de FERNÁNDEZ FREDES: *“Es evidente que el profesional de una actividad conoce mucho más que el profano respecto de las propiedades de los bienes y servicios que produce, comercializa o presta, como asimismo sobre sus costos y precios razonables, forma de usarlos con mayor provecho y eventuales riesgos que pueda presentar su utilización”*¹³.

Por otra parte, el otorgamiento de antecedentes que no se condicen con la realidad pueden conllevar al receptor a contratar estando viciado su consentimiento, tal como explica BARCIA: *“[el] error está íntimamente vinculado con la información, ya que la información es directamente proporcional a este vicio del consentimiento. A mayor información, obviamente existe una menor posibilidad que se produzca el error”*¹⁴.

En segundo término, se pudo haber alegado incumplimiento contractual (Artículo 12 LPDC y 1545 Código Civil), toda vez que el proveedor no respetó los términos conforme a los cuales se ofreció y convino con el consumidor

¹² De acuerdo a FERNÁNDEZ, el derecho a la información consagrado en el artículo 3 letra b) precisamente *“es uno de los instrumentos básicos que la Ley contempla para contrarrestar la asimetría de información que afecta a los consumidores”*, en FERNÁNDEZ (1998) p. 116.

¹³ FERNÁNDEZ (2003) p. 4.

¹⁴ BARCIA (1998) p. 167.

la entrega del bien, en la especie, la adquisición de un equipo de música sin uso y apto para el fin para el cual fue fabricado¹⁵.

En tercer lugar, resulta igualmente procedente la infracción del artículo 23 LPDC, que sanciona al *“proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”*.

En atención al carácter casuístico de la LPDC, esta norma es invocada en la mayoría de las denuncias por infracción de la LPDC, sea de manera autónoma o como complemento de otras hipótesis contravencionales invocadas.

Sobre la responsabilidad por productos, BARRIENTOS CAMUS y CONTARDO GONZÁLEZ estiman que contiene un supuesto análogo al establecido en la LPDC para la institución que dio origen al litigio: *“Si se confrontan las normas de la garantía legal con el artículo 23, es posible inferir que este último contiene descripciones similares. Las diferencias estarían en que las normas del derecho de opción son civiles no infraccionales. En cambio, el artículo 23 constituye una fuente de responsabilidad infraccional que puede dar origen a la responsabilidad civil. Dada su amplitud sería posible sostener que podría absorber la protección de la garantía legal”*¹⁶.

Esta norma hubiese resultado útil a la consumidora afectada, por cuanto efectivamente ha sufrido un daño en la calidad del bien vendido, aunque de acuerdo al tenor de la disposición en comento, será necesaria la “negligencia” de la empresa proveedora.

Este aparente obstáculo puede ser aminorado en caso de que se haya celebrado una convención entre las partes, en el sentido de que el régimen de responsabilidad contractual pone de cargo del deudor la acreditación de haber actuado con la diligencia o cuidado esperados (artículo 1547, Código Civil).

Por otra parte, siguiendo a BARRIENTOS CAMUS y CONTARDO GONZÁLEZ, la redacción de la norma podría beneficiar a la víctima: *“La ventaja de establecer*

¹⁵ En opinión de BARCIA, muchos supuestos contravencionales implican además un incumplimiento del contrato, en atención a que las obligaciones derivadas de la LPDC para el proveedor integran la convención. En BARCIA (2012) p. 145.

¹⁶ BARRIENTOS y CONTARDO (2013), en DE LA MAZA y PIZARRO (edit.) pp. 556-582 y 567.

la infracción antes que la responsabilidad civil será el establecimiento de la culpa contra la legalidad o culpa infraccional que supone probada la culpa con la mera infracción. Ayudaría a esta interpretación lo dispuesto en el artículo 14, segunda parte de la ley N° 18.287, que establece la exigencia de demostrar el daño y la relación de causalidad en la responsabilidad civil, sin mencionar la culpa”¹⁷.

Finalmente, cabe señalar que la consumidora pudo haber recurrido a las acciones que le confiere el derecho común, tales como la resolución (artículo 1489 Código Civil) o la nulidad relativa por la concurrencia de vicios del consentimiento (artículos 1451 y siguientes, Código Civil).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aimone, Enrique (1998): *Derecho de Protección al Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 220 pp.

Barros, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 921 pp.

Barrientos, Francisca (2011): “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, en *Revista Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Legis (n° 25) pp. 55-88.

Barrientos, Francisca y Contardo González, Juan Ignacio (2013): “Artículo 23, inc. 1”, en: De la Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 556-582.

Barcia, Rodrigo (1998): “Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho”, *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca (n° 2) pp. 149 – 177.

_____ (2012): “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (n° 19) pp. 115 - 163.

Corral, Hernán (1999): “Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos”, *Cuadernos de Extensión*, Universidad de los Andes, Santiago, 335 pp.

De la Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) 1232 pp.

¹⁷ BARRIENTOS Y CONTARDO (2013), en DE LA MAZA Y PIZARRO (edit.) pp. 556-582 y 558.

Fernández, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Facultad de Ingeniería y Ciencias, Universidad de Chile (Vol. 1, n° 2): pp. 107 – 126.

_____ (2003): Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor (Santiago, Editorial Lexis Nexis) 145 pp.

Guerrero, José (2008): “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, pp. 433 – 454.

_____ (2013): “Artículo 24 LPC”, en: De la Maza, Iñigo y Pizarro, Carlos (edit.), La protección de los derechos de los consumidores (Santiago, Editorial Thomson Reuters) 1232 pp.

Guzmán, Alejandro (edit.), Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 32 pp.

Ruiz, Carlos (2010): Curso de Derecho Económico (Santiago, Editorial Librotecnia) 446 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Codice del Consumo. Decreto Legislativo n° 206, 6 de septiembre de 2005, Italia.

Ley n° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Boletín Oficial del Estado n° 287, 30 de noviembre de 2007, España.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Policía Local de Santiago, Sernac con Paris S.A. (2009), 20 de julio de 2009, rol n° 33.922-2008.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, Sernac con ABC Comercial Limitada (2007), 22 de marzo de 2007, rol n° 8.199-Dic. 2006.

Juzgado de Policía Local de Renca, Sernac con Droguería Hofmann (2004): 13 de octubre de 2004, rol n° 33.105-2004.

Corte de Apelaciones de Concepción, Fredes Ancatrio con Multitienda Corona S.A. (2013): 29 de mayo de 2013, rol n° 359-2013, Cita Online CL/JUR/1157/2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sernac con Paris S.A. (2009), rol n° 11.169-2009, 2 de diciembre de 2009.

_____ Sernac con Droguería Hofmann (2004), rol n° 4992-2005, 26 de octubre de 2005.

_____ Sernac con ABC Comercial Limitada (2007), rol n° 2.114-2007, 30 de mayo de 2007.

RECENSIONES

RECENSIÓN DE
“NEOPROCESALISMO. TEORIA DEL
PROCESO CIVIL EFICAZ”
(ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ,
LIMA, ARA EDITORES, 1ª ED., 2013)
1325 PP.

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO*

Profesor ordinario en la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la
Universidad Andina del Cusco

La utilidad del neoprocesalismo, más allá de la conjuradora reacción iuspositivista crítica, está en que muestra una nueva faz procesal. Es decir, hablar de un «nuevo procesalismo», más allá del denso debate iusfilosófico y teórico jurídico que porta por su inescindible ligadura con el neoconstitucionalismo, da cuenta de un procesalismo que no es el clásico, sino uno totalmente distinto y nuevo, tan nuevo como sólo lo puede explicar el constitucionalismo último que implica, ante todo –y por ello se justifica el prefijo «neo»–, una nueva configuración del sistema de fuentes del Derecho con base en un principialismo fundamental que se identifica como el núcleo de una Constitución dogmática que desborda el ordenamiento normativo de materialidad fundamental.

Lo dicho es la clave del discurso que fluye del libro reseñado, del que se debe destacar que el largo recorrido que propone (más de mil trescientas páginas) es sostenido en un riguroso análisis iusfilosófico y teórico jurídico, un amplio tratamiento comparado (más de tres mil doscientas notas al pie de página de remisiones bibliográficas predominantemente extranjeras), una consistente estructuración temática y conceptual (diez capítulos) y, afianzando

* *Recensión recibida el 2 de septiembre de 2014 y aprobada el 11 de septiembre de 2014.*

lo anterior, una clara diferenciación entre lo viejo y lo nuevo del procesalismo civil. A esto se suma, en un extremo preliminar, la esclarecida indicación de la utilidad y circunstancialidad de su discurso en sus diferentes destinatarios (el teórico tradicional, el práctico del Derecho, el estudiante de Derecho, el juez y el profesor de Derecho) y, en otro final, la funcionalidad de su extensa bibliografía y relación de jurisprudencias y documentos citados, así como de sus índices de autores y de materias. No se puede concluir esta descripción sin reparar en su inmejorable trabajo editorial traducido, finalmente, en una óptima diagramación y un sólido empastado que guarda interiores de fino papel ahuesado.

Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz, que comprende una explicación del procesalismo último, o neoprocesalismo, que bien se puede apreciar desde una perspectiva simple, acudiendo a la constatación neoconstitucional en la materia procesal; o bien desde un ángulo de complejidad, que deja entrever una nutrida gama de corrientes, teorías, tradiciones y posturas jurídicas entramadas, todas caracterizadas por su pluralidad, v.gr., garantismos, eficientismos, positivismos, no positivismos, neoconstitucionalismos, etc.

La nota distintiva del tratamiento neoconstitucional asignado al neoprocesalismo de este libro está en que no consiente un sometimiento incondicionado del neoprocesalismo al neoconstitucionalismo. El lector advertirá que desde el estudio del neoprocesalismo se asienta un neoconstitucionalismo diferente al propuesto por los teóricos generales del Derecho y iusfilósofos. Hay, pues, una simbiosis entre Derecho Procesal y teoría y filosofía jurídicas que no deja de mostrar que éstas también se hacen fuertes con los estudios de aquél o, algo mejor, que el rigor de la perspectiva procesalista afianza la construcción teórico-filosófica del neoconstitucionalismo, en la medida en que neoprocesalismo no es solo el pensamiento constitucional construido por los filósofos y teóricos jurídicos vertido al mundo procesal, sino, ante todo y como particularidad, el pensamiento procesal construido por la *mentis rectius* del iusprocesalista contemporáneo vertido al mundo del constitucionalismo.

La vocación de nuestros días por la constitucionalidad (*rectius*, el constitucionalismo) de las interacciones expone, en el plano procesal civil, un permanente cariz jurídico caracterizado por el manejo de presupuestos filosóficos, epistemológicos y teóricos del Derecho, que alcanzan magnitudes conceptuales referidas a la expansión rematerializada de la Constitución, teoría principal de los derechos fundamentales, discriminación

entre entidades normativas, estructuración normativa garantista, teoría del precedente, principio de proporcionalidad, criterio de razonabilidad, jurisdicción, buena fe, verdad, etc., claramente manejadas en la teorización general del proceso. Lo que desde ya significa hacer un entrecruzamiento crítico, analítico y sistémico de esa vocación (por el constitucionalismo) con la acción, jurisdicción, proceso, tutela jurisdiccional, debido proceso, etc., en el *súmmum* teórico que el libro presenta: el principio fundamental de acción.

El libro se resume en una nueva propuesta, es decir, en un neoprocesalismo que se diferencia de cualquier otro tratado en la dogmática comparada, pues asume la peculiaridad de su estructuración teórica con un integrativismo trialista, que su autor denomina «eficaz», que transita más allá del modelo asumido como pauta de inicio que es el «integrativismo trialista del mundo jurídico» de Werner Goldschmidt, pues se complementa con una perspectiva epistemológica y ontológica que resulta sostenida en todo el contenido de la obra.

En el capítulo I se consolida la piedra angular de todo el trabajo: el objeto del Derecho Procesal. Se asume un recorrido epistemológico que permite arribar a la consolidación de la «interacción humana eficaz» como objeto del Derecho en general y, luego, de la «interacción procesal (o litigiosa) eficaz» como objeto del Derecho Procesal, claro está, no sin dejar de transitar la conjunción de la filosofía y teoría jurídicas que delatan los planos óptico y ontológico, que revisa el autor, para desbrozar la estructura jurídica en la que, como punto sobresaliente, se advierte que el Derecho es todo él, estructuralmente fundamental¹.

La densa teorización iusfilosófica y teórico-jurídica del capítulo I se pone en marcha cuando, en el capítulo siguiente, se abordan, a la luz de la más autorizada y preclara doctrina comparada, los principios fundamentales en el proceso, claro está, con un análisis propio de la perspectiva del integrativismo trialista eficaz que, bien resume el autor, explica el principalismo fundamental procesal bajo las líneas conceptuales siguientes: «(i) el nuevo paradigma de los principios fundamentales del neoconstitucionalismo ha desplazado al viejo paradigma de los principios generales del Derecho; (ii) los principios fundamentales son derechos, sus correlativas garantías y las normas que los consagran, y no se deben confundir los derechos con sus garantías, pues no existen derechos-garantías;

¹ Para un trabajo en el que el autor anticipó su contribución sobre la fundamentalidad estructural del Derecho cf. «Objeto y estructura del Derecho procesal», en *Revista de Procesal*, 2009, Madrid, pp. 539 y ss.

(iii) la definición de los derechos fundamentales, si quiere ser completa, debe sumar razones de su eficacia, efectividad y eficiencia; (iv) tanto derechos como garantías fundamentales tienen normativamente cargas deónticas, los primeros (en su *pretensión de ejercicio*) referidos a la modalidad de lo permitido y los últimos a la modalidad de lo prohibido o de lo obligatorio; (v) los principios fundamentales no son normativamente carentes de estructura, pues ésta se desprende de la integralidad de la estructura normativa de los derechos fundamentales (que siempre da cuenta del antecedente que es en todo caso su vulneración fáctica, lo que no implica una carga deóntica –modalidad de lo permitido– por tratarse de la configuración de su *pretensión de tutela*) con la estructura normativa de su garantía correlativa (de la que se evidencia la consecuencia jurídica que es un obrar negativo o un obrar positivo estatales, o ambos, lo que implica una carga deóntica –modalidad de lo prohibido o de lo obligatorio– atendiendo a su *pretensión de efectividad*), es decir, la estructura normativa principal cuenta con un *modus ponens*; (vi) los principios fundamentales son limitados de origen, ilimitables en su aplicación y delimitables en sus contenidos; (vii) los principios fundamentales son mandatos de optimización y tanto derechos como garantías tienen contenidos fundamentales, por eso resulta imposible la colisión entre ellos, entonces, no existe colisión entre derechos fundamentales, sino interacción normativa principal, que da lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad y en él a la ponderación no como pesaje (eso es propio de la negada colisión de contenidos fundamentales) sino como equilibrio y, por tanto, los contenidos de los principios fundamentales se delimitan *in casu*; (viii) la ponderación se engancha antes y después con la subsunción normativa, la línea ponderativa es subsunción-ponderación-subsunción; (ix) el garantismo jurídico, en la perspectiva integrativista trialista, es la lectura de las garantías de los derechos en las líneas del neoconstitucionalismo; (x) el proceso no es una garantía, es un método sistémico de interacción principal eficaz, es decir, por él transitan los principios (derechos y sus garantías correlativas) procesales fundamentales; (xi) el debido proceso y la tutela jurisdiccional (efectiva) no son derechos sino garantías correlativas del derecho fundamental de acción, etc.» (pp. 33 y s.).

Importa sobremanera la comprensión principal del capítulo II, pues su influjo se evidencia en el capítulo siguiente, que presenta un tratamiento diferenciador entre la tesis colisionista y la delimitacionista de los contenidos de los derechos fundamentales en la aplicación del principio de proporcionalidad, que no se confunde con el criterio de razonabilidad. El resultado es el tratamiento de la ponderación como equilibrio en un escenario de interacción normativa principal que no tolera colisiones entre principios pues los declara inconstitucionales, por lo que la solución de casos difíciles

queda en las rutas de la delimitación de los contenidos de los principios fundamentales en el caso concreto.

En el capítulo IV se encuentra una de las mayores contribuciones a la solución de la confrontación entre las dos últimas corrientes del procesalismo, principalmente vista en el ámbito del proceso civil. Es decir, la contraposición entre inquisitivismo y garantismo procesales. El autor comienza por desnudar cada una de estas posiciones desde una perspectiva histórica y doctrinal, llegando a mostrar, por un lado, que el inquisitivismo procesal no es el endiablado movimiento de autoritarismo procesal que los garantistas procesalistas condenan, sino que se trata, en muchos casos, simplemente de un publicismo procesal exacerbado y, por otro, que el garantismo procesal poco o nada tiene de un garantismo jurídico serio, pues se trata en simples términos de un dispositivismo procesal que no hace concesiones ideológicas. A final de cuentas, la contraposición entre publicismo y dispositivismo se traduce en casos difíciles en el Derecho Procesal que, como era de esperarse, se solucionan por el principio de proporcionalidad. Uno de los ejemplos mejor tratados en este clima es el de la prueba de oficio que, luego de un análisis riguroso de su compromiso fundamental, presenta una solución ajustada al Estado constitucional de Derecho cuando se conduce a ella la justificación proporcional de su disposición oficiosa jurisdiccional.

El principio fundamental de acción, es decir, la acción asentada en el principialismo neoconstitucional, ocupa las líneas del capítulo V; en ellas, se explica el nuevo paradigma de la genética y contenido fundamentales de la acción y la unión que asume con el plano de garantías procesales fundamentales. Esto último se extiende al capítulo VI, en el que cobra espacio la garantía de la jurisdicción y sus contenidos, por un lado, de efectividad conformado básicamente por la garantía de la tutela jurisdiccional, claramente diferenciada del «derecho» a la tutela jurisdiccional efectiva y, por otro, de eficiencia, compuesto por la garantía del debido proceso, sobre la que se deslinda la noción del *substantive due process of law*.

Al ocuparse del proceso, en el capítulo VII, el autor rompe el paradigma del proceso como garantía, asentando que un sistema de garantías no es sino la Constitución y el proceso como método es el escenario de tránsito, algo mejor, de interacción de garantías y derechos, es decir, de expresiones normativas de materialidad jurídico-procesal, particularidad de la que no participa el rito procesal.

Los capítulos VIII y IX están destinados a la verdad y la buena fe, respectivamente. La verdad sólo puede acogerse jurídicamente como un valor de búsqueda, lo que permite justificar la inexistencia de «una única respuesta correcta», pues la relatividad jurídica promovida por la verdad como búsqueda si algo asegura es tan sólo una única respuesta correcta «posible». Este planteamiento le permite al autor desbaratar el subjetivismo sobre la naturaleza de la verdad y, por tanto, construir válidamente una realidad absorbida como verdad por el Derecho para satisfacer sus pretensiones de corrección traducidas en razonamientos dotados de prudencia, cordura y buen juicio que se sobreponen al error, irracionalidad e injusticia, es decir, sin la verdad en el Derecho no se podrían conjurar los antivalores y sobreponer jurídicamente lo correcto, racional y justo. Hay una frase del autor que resulta medular para comprender todo esto: «el Derecho se legitima y hace justo por la verdad» (p. 1024). El estudio de la verdad se extiende a la garantía de la buena fe, propiamente a sus planos óntico y ontológico, en el espacio procesal civil. Se pone de nuevo en práctica lo teorizado en el capítulo II sobre la estructura de los principios fundamentales, de manera que la sistemática de la obra se pone en claro cuando se estudia el principio fundamental de verdad que estructuralmente une el derecho a la verdad y la garantía de la buena fe.

El capítulo final presenta el tratamiento de una garantía fundamental que es tan poco tratada en la doctrina como importante en el proceso civil actual: la tutela jurisdiccional electrónica. El neprocesalismo es portador de expresiones fundamentales que antaño nadie hubiera imaginado. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación tienden un puente de obligatorio tránsito del Derecho Procesal, que le permite arribar a nociones tan valiosas como la del derecho al uso de tecnologías en la litigación y otras condensadas en el proceso electrónico. El capítulo X cuenta con un tratamiento comparado muy amplio ya que presenta particularidades normativas, teóricas y prácticas de la litigación telemática italiana, el proceso electrónico brasileño, e-justicia en Latinoamérica, el expediente electrónico español, la política cero papel, el proceso costarricense, etc.

Sin lugar a dudas, el libro reseñado es una obra llena de sugerencias, ideas nuevas y datos de actualización teórica imprescindibles del Derecho Procesal Civil, por ello considero que es un trabajo de referencia en el estudio de la «actual» o, según informa el autor, «nueva» procesalística civil. Tal vez el mayor eco de lo afirmado sea su acogida editorial que a tan sólo cuatro meses de su aparición agotó su primer tiraje.

ÍNDICE GENERAL DE LA REVISTA ARS BONI ET AEQUI

DERECHO POLÍTICO – DERECHO CONSTITUCIONAL

VAN DE WYNGARD, Jorge (2005): “Reforma al estatuto constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 9 – 24.

VAN DE WYNGARD, Jorge (2006): “La democracia tecnificada en la Constitución de 1980”, *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 9 – 28.

DAVIS CASTRO, Cristian (2007): “Las reformas del nuevo Tribunal Constitucional chileno”, *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 9 – 64.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio César (2008): “John Locke y la libertad religiosa: ¿padre del liberalismo o apologeta de la intolerancia?”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 141 – 156.

VAN DE WYNGARD, Jorge (2009): “Consideraciones jurisprudenciales acerca de los presupuestos de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional”, *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 273 – 278.

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): “La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional”, *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 27 – 79.

SAN MARTÍN BARRAZA, Alejandro (2010): “La seguridad nacional dentro de la constitución política de la república de 1980”, *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 209 – 230.

GUERRERO VALLE, Gonzalo (2011): “La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 9 – 43.

SAN MARTÍN BARRAZA, Alejandro (2011): “La interpretación constitucional en torno a la limitación del Derecho a la Propiedad Privada: ¿Crisis de la doctrina clásica o triunfo del neoconstitucionalismo?”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 177 – 192.

NÚÑEZ LEIVA, Ignacio (2011): “Elementos básicos de la teoría de los campos sociales de Pierre Bourdieu: apuntes para estudiantes y docentes de Derecho”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 209 – 219.

FIGUEROA, Dante (2011): “Veintiuna tesis sobre el legado jurídico de la Revolución Francesa en Latinoamérica”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 43 – 110.

- BREWER-CARIÁS, Allan Randolph (2011): "Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 111 – 142.
- BARKER, Robert (2011): "Natural Law and The United States Constitution", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 143 – 160.
- CARRIER, Alain (2011): "Globalización y gestión política: hacia una democracia reactiva", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 239 – 255.
- SÁNCHEZ – BAYÓN, Antonio (2012): "Religión, Política y Derecho en las Américas del nuevo milenio", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 39 – 104.
- PEÑA, Sergio (2012): "La división de poderes y su control por medio de la prensa", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 205 – 214.
- CADAVID, Iván (2012): "Una posición política desde el ergón. El gobernante virtuoso según Aristóteles", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 265 – 285.
- AHUMADA CANABES, Marcela (2012): "La designación de parlamentarios como Ministros de Estado", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 289 – 305.
- MOLINA ORJUOLA, Douglas Eduardo (2012): "Movimientos sociales: visiones de alternatividad política desde Sur y Centro América. Casos Bolivia, Ecuador, Brasil y México", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 211 – 250.
- DELGADO LARA, Álvaro (2012): "Leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005-2011)", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 277 – 287.
- SOMMER, Christian G. (2013): "Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino. Una necesaria interfaz entre inversión extranjera y derechos humanos", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 23 – 51.
- DE JESÚS, Ligia M. (2013): "Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por nacer en América Latina y el Caribe: un análisis de las obligaciones internacionales, acuerdos regionales y práctica estatal pertinente", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 53 – 102.
- DE JESÚS, Ligia M. y FRANCK, María Inés (2014): "Aborto y derechos prenatales en América Latina y el Caribe: un Análisis comparativo de Leyes y Jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 11 – 100.

DERECHO INTERNACIONAL

LLANOS MANSILLA, Hugo (2005): "La frontera marítima entre Chile y Perú", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 25 – 38.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2006): "El caso Palamara", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 29 – 79.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2006): "La familia ante el derecho internacional", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 95 – 109.

GONZÁLEZ PINO, Miguel (2007): "Prohibición de censura previa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reflexiones en torno a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 81 – 96.

VERDUGO BARROS, Claudio (2007): "El objeto de protección en la Ley N° 19.342. Análisis comparativo con el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de Ginebra", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 211 – 224.

SALAZAR ANTÚNEZ, Gilda (2008): "El Tribunal de Justicia Europeo y su jurisprudencia", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 59 – 72.

PAGLIARI, Arturo Santiago (2009): "Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 9 – 36.

FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel (2009): "El proceso de integración en la unión europea: concordancias y divergencias con los de América Latina.", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 36 – 55.

CICCI, Gilda (2010): "La responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario. Jurisprudencia del tribunal de justicia", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 9 – 25.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2010): "Los derechos económicos, sociales y culturales, DESCs", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 149 – 197.

VITTINI, Iris (2010): "La cátedra Juan Pablo Segundo: un compromiso con la integración y la paz", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 197 – 207.

FIGUEROA, Dante (2010): "El rol evolutivo del notario público en Latinoamérica", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 271 – 275.

- FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel (2010): "Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho Internacional Público", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 17 – 37.
- CORREA SABAT, Daniel Ignacio (2010): "La armonización del Derecho contractual europeo a la luz de las comunicaciones de la comisión sobre Derecho contractual europeo y sobre un Derecho contractual europeo más coherente – Plan de acción", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 39 – 69.
- GARÍN, Andrea Lucas (2011): "El medio ambiente en el TLC Chile – Estados Unidos: una Visión Chilena", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 45 – 62.
- LAPENNE, Juan (2011): "Derechos adquiridos en tribunales administrativos de connotadas organizaciones internacionales: estudio jurisprudencial", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 223 – 244.
- CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln (2011): "El Derecho de Propiedad de los Extranjeros en Zona de Frontera: Breves Reflexiones a Partir del Análisis de una Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 245 – 256.
- PAGLIARI, Arturo Santiago (2011): "Derecho Internacional y Derecho Interno. El Sistema constitucional argentino", *Ars Boni et Aequi* (Año 7 N° 2) pp. 17 – 41.
- BAZÁN CHACÓN, Iván Arturo (2011): "El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú: una evaluación preliminar", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 283 – 317.
- VON BATHEN, Gustavo Luiz (2012): "The role of judges *ad hoc* on international permanent courts: a critical analysis", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 25 – 80.
- BORETTO, Mónica (2012): "*Soft law*. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 81 – 144.
- MASTAGLIA, Gabriela (2012): "Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el caso Inmunidad jurisdiccional del Estado", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 303 – 321.
- TAVASSI, Jacopo (2013): "The role of the OECD in the elaboration of multilateral norms concerning Foreign Direct Investments: a sharp contrast between two different approaches", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 9 – 22.

- SANCHÉZ-BAYÓN, Antonio (2013): "Regulación sobre ministros de culto y organizaciones religiosas en los Estados Unidos: Estado de la cuestión y evaluación de las últimas décadas", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 103 – 141.
- PALOMARES, Jorge Ricardo (2013): "Los problemas de liberalización de servicios de la comunidad andina en Colombia: el caso de la cuota de pantalla", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 145 – 172.
- MINAVERRY, Clara María (2013): "The new law for the protection of native forests in Argentina", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 237 – 246.
- O'KEEFE, Thomas Andrew (2013): "Los resultados decepcionantes de la Sexta Cumbre de las Américas en Materia de Seguridad Energética y Cambio Climático", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 117 – 144 .
- MASTAGLIA, Gabriela Teresita (2013): "Cuestiones territoriales relativas al Derecho del Mar. Comentario sobre la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso: Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua vs. Colombia)", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 277 – 299.
- MEZARINA GARCÍA, Silvio (2014): "La problemática del indulto humanitario en el supuesto de crímenes de lesa humanidad: El caso Fujimori", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 101 – 118.
- MEJÍA-LEMONS, Diego Germán (2014): "On 'obligations erga omnes partes' in public international law: 'erga omnes' or 'erga partes'? A Commentary on the Judgment of 20 July 2012 of the International, Court of Justice in the Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) Case", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 177 – 214.

HISTORIA DEL DERECHO – DERECHO ROMANO

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe (2005): "El concepto de familia en Roma arcaica", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 117 – 126.
- CARVAJAL, Patricio – Ignacio (2005): "Receptum argentarii (I). Notas sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 127 – 148.
- OCARANZA BOSIO, Francisco José (2008): "La Constitución Política de 1828, testimonio del ideario liberal", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 31 – 58.

PÉREZ BRAVO, Carlos (2009): "La Stipulatio. Características generales", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 135 – 153.

OCARANZA SANDOVAL, César Darío y OCARANZA BOSIO, Francisco José (2010): "Los fundamentos ideológicos del Derecho Político en el Chile de la Independencia (1810-1830): un caso de vinculación entre el ordenamiento jurídico y la historia de las ideas", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 71 – 90.

GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda (2013): "1853 ¡En Colombia se consagra por vez primera el voto de la mujer! La falta de diálogo entre la sociedad, el derecho y los procesos políticos", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 219 – 234.

DERECHO CIVIL

HERRERO GARCÍA, María José (2005): "El contrato de servicio de tiempo compartido", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 39 – 82.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2005): "El crédito al consumidor", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 83 – 116.

VERDUGO BARROS, Claudio (2006): "Análisis crítico de la nueva ley de matrimonio civil", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 111 – 118.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2006): "Divorcio y compensación económica en la ley 19.947", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 119 – 138.

BUSTAMANTE ROBÍN, Luis Alberto (2006): "Los juzgados de familia y la violencia intrafamiliar", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 139 – 181.

GAETE STREET, Sergio (2006): "La responsabilidad en el artículo 69 de la ley 16.744", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 209 – 219.

BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (2007): "La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 165 – 196.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2007): "La cláusula de aceleración", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 197 – 210.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2008): "Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. La experiencia chilena de la Compensación

- Económica en caso de nulidad matrimonial y divorcio”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 81 – 90.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2008): “Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 91 – 100.
- VERDUGO BRAVO, Ismael (2008): “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 101 – 110.
- PÉREZ BRAVO, Carlos (2008): “La concurrencia de responsabilidades”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 111 – 136.
- GAETE STREET, Sergio Guillermo (2008): “Comentarios de jurisprudencia civil”, *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 127 – 136.
- ISLER SOTO, Erika Marlene (2009): “Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo”, *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 83 – 116.
- ULLOA PLAZA, Jorge (2010): “La sociedad conyugal”, *Ars Boni et Aequi* (Año 6 N° 1) pp. 255 – 268.
- RIVERA, José Maximiliano (2010): “De los aspectos generales en torno a la Doctrina de la causa”, *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 155 – 218.
- NOVOA MUÑOZ, Catalina (2011): “La Propiedad Absoluta del Código Civil: ¿Es Libre o Funcional?”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 111 – 134.
- BAEZA OVALLE, José Gonzalo (2011): “Extensión Moral del Patrimonio”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7 N° 1) pp. 135 – 174.
- BARRÍA PAREDES, Manuel (2011): “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 257 – 279.
- PALAVECINO CÁCERES, Adriana (2012): “Alcances de la cesión de derechos hereditarios”, *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 185 – 207.
- ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria (2012): “Breve comentario sobre obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas”, *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 289 – 299.
- AYLLÓN VALDIVIA, César (2013): “Algunas críticas fundamentales acerca de la regulación del contrato de permuta en la legislación peruana”, *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 185 – 217.

DERECHO DE FAMILIA

CORRAL TALCIANI, Hernán (2007): "La identidad del matrimonio en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada a la luz de la exhortación apostólica *Familiaris Consortio*, a los 26 años de su promulgación", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 239 – 251.

OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2011): "Comentarios a la modificación del régimen de sociedad conyugal: La expresión planificada de un cambio en el Derecho de Familia", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 157 – 174.

DERECHO PROCESAL

RAMÍREZ TAGLE, Cristian (2007): "Nemo tenetur se ipsum. El derecho a guardar silencio", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 65 – 80.

ZAVALA, José Luis (2007): "Jurisprudencia de la Corte Suprema en el recurso de nulidad penal", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 149 – 164.

WELDT UMAÑA, Anderson (2007): "¿Recurso de apelación laboral o recurso de casación en la forma?", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 225 – 238.

ORELLANA SOLARI, Nicolás (2009): "Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del ministerio público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del código procesal penal", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 59 – 79.

MUÑOZ, Hugo (2010): "La incumbencia probatoria", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 131 – 153.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2011): "El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 199 – 235.

REVIRIEGO, José Antonio (2012): "La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 135 – 170.

CORREA SELAMÉ, Jorge (2013): "Comentario crítico al proyecto de código procesal civil", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 213 – 236.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2014): "El nuevo paradigma de la garantía de la jurisdicción", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 119 – 150.

DERECHO PENAL

NAVARRO DOLMESTCH, Roberto (2007): "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley N° 20.000", *Ars Boni et Aequi* (Año 3, N° 1) pp. 97 – 148.

CORONADO DONOSO, Ricardo (2008): "Derecho público y constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 9 – 30.

GÓMEZ MIERES, Arturo (2010): "Tratamiento jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito. Ley 20.009", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 279 – 289.

LIRA CORREA, Blanca (2010): "La teoría de la imputación objetiva y la *mise en scène* en relación con el delito de estafa", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 71 – 90.

SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena (2010): "Algunas consideraciones victimodogmáticas en los delitos sexuales", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 111 – 130.

CORREA CRUZAT, Andrés y ELUCHANS ANINAT, Edmundo (2011): "Lavado de Dinero y Blanqueo de Activos", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 193 – 208.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo (2012): "El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 145 – 184.

PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés (2013): "El *danno alla salute* y el *danno biologico* a la luz de los daños corporales", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 173 – 183.

VIDAL MOYA, Víctor Manuel (2013): "Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 237 – 253.

DERECHO COMERCIAL – DERECHO TRIBUTARIO

GARCÍA RIVAS, Nicolás (2005): "Aspectos políticos y jurisdiccionales del mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio". *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 149 – 160.

- GÓMEZ PINTO, Rafael (2005): "Innovaciones de la Ley 20.004 que modifica la Ley de Quiebras N° 18.175", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 161 – 170.
- GALLARDO PUELMA, Santiago (2008): "Retiros presuntos gravados con impuesto global complementario. Artículo 21 de la Ley de impuesto a la renta", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 73 – 80.
- MUÑOZ MONTOYA, Ignacio (2008): "Algunas reflexiones sobre el derecho comercial y el derecho de la empresa", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 137 – 140.
- MUNITA LUCO, Diego (2010): "¿Se justifica unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles?", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 267 – 276.
- ANGUITA OYARZÚN, Christian (2012): "El rol del derecho en la responsabilidad social de la empresa", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 215 – 233.
- BAEZA OVALLE, Gonzalo (2012): "Petición de quiebra y abuso del derecho", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 235 – 264.

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos (2005): "El objeto del Derecho del Trabajo y su extensión", *Ars Boni et Aequi* (Año 1, N° 1) pp. 171 – 200.
- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y GAJEWSKI MOLINA, Reinaldo (2006): "La familia y el derecho del trabajo", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N°1) pp. 183 – 207.
- WELDT UMAÑA, Anderson (2009): "Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 237 – 248.
- GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R. (2013): "El Derecho a la estabilidad y a la protección contra el despido arbitrario", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 87 – 113.
- DÍAZ GUTIÉRREZ, Iván Alberto (2014): "Elementos para una reforma justa de un sistema de seguridad social integral", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 151 – 174.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco (2014): "Recensión de El concepto de derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral chileno y la tutela jurídica de su eficacia horizontal (Waldo L. Parra, Santiago, Legal

Publishing, Thomson Reuters, 2013), 590 pp., *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 249 – 252.

DERECHO ADMINISTRATIVO

SAN MARTÍN BARRAZA, Alejandro (2009): “El principio de transparencia y publicidad de los actos de la administración del estado y los secretos de la defensa”, *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 211 – 236.

ESPIÑOZA RIERA, Sergio (2011): “Tribunales y Procedimientos Especiales en lo Contencioso Administrativo”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 83 – 109.

LARA ARROYO, José Luis (2011): “La Regulación Administrativa en Materia Económica y sus Nuevas Manifestaciones: la Irrupción del Denominado Soft Law”, *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 2) pp. 161 – 197.

OCHOA TOBAR, Fernando (2012): “Entre la redención y el castigo. Un análisis a la potestad sancionatoria de la administración, en el marco de una nueva institucionalidad ambiental”, *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N°1) pp. 105 – 134.

BERCHOLC, Jorge O. y BERCHOLC, Diego J. (2013): “Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales en la Argentina (1983-2011)”, *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 11 – 47.

MONTERO CARTES, Cristián (2013): “Notas sobre la responsabilidad del Estado por el deficiente funcionamiento del sistema de administración de justicia”, *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 145 – 171.

ABARCA MONTERO, Juan Guillermo (2013): “¿Preparados para el e-Government? Consideraciones en torno al procedimiento administrativo electrónico”, *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 173 – 212.

DELGADO LARA, Álvaro Roberto (2014): “Conflictos normativos en la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Ley vs. Reglamento”, *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 215 – 224.

DERECHO DEL CONSUMO

ISLER SOTO, Erika Marlene (2010): “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 125 – 145.

ISLER SOTO, Erika Marlene (2010): "Sentencia de la Corte Suprema sobre responsabilidad del proveedor por robos en estacionamientos de locales comerciales", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 305 – 316.

FEDELSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B. (2013): "La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de la jurisprudencia francesa: Senastien Robert c. Societe Facebook Inc.", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 1) pp. 249 – 289.

ISLER SOTO, Erika Marlene (2014): "Suplemento alimenticio y protección de los derechos de los consumidores: Comentarios sobre el caso ADN", *Ars Boni et Aequi* (Año 10, N° 1) pp. 225 – 245.

JUSTICIA MILITAR

CEA CIENFUEGOS, Sergio (2006): "Un diagnóstico del derecho penal militar", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 81 – 86.

VAN DE WYNGARD, Jorge (2006): "La reforma de la justicia militar chilena", *Ars Boni et Aequi* (Año 2, N° 1) pp. 87 – 94.

CEA CIENFUEGOS, Sergio (2009): "La Justicia Militar en Chile", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 249 – 262.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y CORONADO DONOSO, Ricardo (2011): "¿Qué Perspectiva de Futuro Tiene el Derecho Militar Chileno?", *Ars Boni et Aequi* (Año 7, N° 1) pp. 63 – 82.

FILOSOFIA Y FUENTES DEL DERECHO

ISLER SOTO, Carlos (2008): "Lo verdadero en el realismo jurídico", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 157 – 180.

SCHIELE, Carolina (2008): "La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 181 – 200.

CORREA MOLINA, Matías (2009): "Sobre Charles Taylor y algunos problemas relativos a la política del reconocimiento", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 155 – 180.

ISLER SOTO, Carlos (2009): "Alasdair Macintyre sobre la virtud y la justicia en Aristóteles", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 183 – 207.

- YÁÑEZ HENRÍQUEZ, Raúl (2010): "La objetividad y el conocimiento de la realidad", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 243 – 253.
- PÉREZ VILLAVICENCIO, Roberto (2010): "La creación de la ciudad: la vieja y la nueva Ilustración", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 237 – 264.
- CORREA MOLINA, Matías (2010): "La actitud socrática ante la muerte y la urgencia por la pregunta de la inmortalidad del alma en el Fedón de Platón", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 277 – 288.
- YÁÑEZ HENRÍQUEZ, Raúl (2010): "La construcción social de la realidad: la posición de Peter L. Berger y Thomas Luckmann", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 289 – 301.
- RIVERA RESTREPO, José (2012): "Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda", *Ars Boni et Aequi* (Año 8 N° 2) pp. 323 -344.

ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

- PEIRANO BUSTOS, Gianpaolo (2009): "Los Abogados y la Felicidad", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 265 – 269.
- TOCORNAL COOPER, Josefina (2010): "Algunas consideraciones a la observación sociológica de Niklas Luhmann sobre el Derecho: Teoría de los Sistemas, Sistema de Derecho y Dogmática Jurídica", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 219 – 237.
- RAMÍREZ TAGLE, Cristian (2010): "Discipulus Magistro Juan Arab Nesserallah", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 2) pp. 319 – 322.
- RONDIAN, Gerardo y ANGELUCCI, María Soledad (2012): "El uso del cine en la enseñanza universitaria", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 171 – 201.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio (2013): "Cómo se aprende Derecho Eclesiástico del Estado en los Estados Unidos de América y su jurisprudencia: los otros estudios de casos menos conocidos", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 49 – 86.
- MINAVERRY, Clara María y GALLY, Teresa Adela (2013): "Las normas voluntarias SA 8.000 e ISO 26.000 sobre responsabilidad social y su importancia ante la debilidad del Derecho", *Ars Boni et Aequi* (Año 9, N° 2) pp. 257 – 276.

NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO

GONZÁLEZ PINO, Miguel (2008): "Los usuarios de la información judicial y las nuevas tecnologías", *Ars Boni et Aequi* (Año 4, N° 1) pp. 201 – 209.

VERA MONTERO, Juan Paulo (2009): "Mercados de emisiones", *Ars Boni et Aequi* (Año 5, N° 1) pp. 114 – 133.

CORNEJO GUERRERO, Carlos (2010): "La marca tridimensional", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 82 – 124.

ÍÑIGUEZ, Andrea (2010): "Notas y comentarios sobre proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación", *Ars Boni et Aequi* (Año 6, N° 1) pp. 231 – 242.

BORETTO, Mónica (2012): "Reflexiones sobre el futuro del derecho de autor", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 1) pp. 17 – 38.

CARREÑO DUEÑAS, Delia (2012): "El derecho en la era de la virtualidad. Nuevas realidades, nuevo derecho virtual", *Ars Boni et Aequi* (Año 8, N° 2) pp. 251 – 273.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* contribuye al desarrollo de la Ciencia Jurídica a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho, que invite a todos los operadores jurídicos a un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.

2. Su principal objetivo es comunicar conocimientos jurídicos derivados de estudios monográficos (artículos doctrinales), compartir comentarios de jurisprudencia y difundir recensiones.

3. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.

4. Se convoca al envío de colaboraciones para cubrir las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones) a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, nacionales y extranjeros, a fin de evaluar sus trabajos y, de ser aprobados, posibilitar su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año, sin embargo, se recomienda enviarlas antes del 15 de abril para el primer semestre, y antes del 15 de octubre para el segundo semestre, a fin de que completen el proceso de evaluación y aprobación, y logren ser incluidos en el n° 1 y n° 2 correspondientes.

5. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.

6. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje de doble anonimato, que implica la revisión y la evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la entidad o institución editora de la Revista, designado por la Directora responsable a proposición del Comité Editorial de la Revista.

7. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista, recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas y completamente legibles, letra Times New Roman, tamaño 12, con un interlineado a espacio y medio, y con un espacio adicional entre párrafos. Deben estar encabezadas por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva.

2. Seguidamente, debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución. Luego, un resumen de no menos de 100 ni más de 150 palabras y de tres a cinco palabras clave en español e inglés.

3. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.

4. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración, se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

I. TÍTULO DEL APARTADO (primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto)

1. Título de subapartado (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto)

A) TÍTULO DE SUBAPARTADO (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis)

a) *Título de subapartado* (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis)

5. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas. Sólo deben indicarse con el mismo formato que los títulos de los apartados, pero sin números o letras.

6. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado, sólo se usará cursiva para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas. De la misma forma, se recomienda cursiva en los títulos de obras y revistas, para los títulos de fuentes y para la transcripción de texto de fuentes (por ejemplo, artículos de un código o ley o párrafos de una sentencia y palabras en otro idioma).

7. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas de publicación adoptadas por la Revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse a la Directora Responsable doña Nathalie Walker Silva, vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl, con copia a nathalie.walker@ubo.cl.

2. En hoja separada debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.

3. También deberá adjuntarse una carta en la que los autores señalen que el trabajo es inédito y que se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.

4. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la *International Standardization Organization*, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Con-

tenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n° 75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.

5. **Referencias bibliográficas:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas bajo el título de *Bibliografía citada*. La lista se ordena alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto a su año de publicación entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí con letras minúsculas a), b), c), etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final, con uso de sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original. Ejemplos:

a) *Referencia de libro*

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 pp.

Elementos: Autor(es), ya sea institución o persona/ (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación, editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

b) *Referencia de traducción*

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. de Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elementos: Autor(es), ya sea institución o persona/ (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (Traducc. nombre del traductor, lugar de publicación, editorial)/ paginación

(si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

c) Referencia de capítulo de libro

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *1 Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 - 184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / "título del capítulo o artículo" / nombre del autor(es) o del coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (lugar de publicación, editorial) / paginación.

d) Referencia de artículo de revista

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi* (nº 6) pp. 27 - 79.

Elementos: Autor(es) del artículo/(fecha): / "título del artículo" / título de la revista (en cursiva) / (volumen (cuando la Revista lo incluye) o número): / paginación.

e) Referencia de documentos en formato electrónico

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos de Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 67 p., disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 de mayo de 2007.

f) Referencia de dos obras del mismo año del mismo autor

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra que sigue al primer apellido y el año de la obra:

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

6. Referencias de normas: Luego del listado de referencias bibliográficas, se debe incluir uno de todas las referencias legales o normativas, bajo el título *Normas jurídicas citadas*. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número si es del caso, y se usará sangría francesa. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene/ el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año). Ejemplo:

Ley n° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 de abril de 2010.

7. Referencias de sentencias: Tras el listado de referencias legales, se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título *Jurisprudencia citada*. Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata del sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:) / fecha (día, mes y año) / n° de rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 de septiembre de 1927, serie A, n° 10. Disponible en <<http://www.worldcourts>.

com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, fecha de consulta: 26 de marzo de 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 de noviembre de 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis* (vol. 10, n° 2) pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): 4 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2012.

8. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia y, sólo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo.

a) Referencia abreviada de obras

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: sólo el primer apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la *bibliografía citada*, al final del trabajo (que se describe más arriba). Ejemplos:

Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.

Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.

Si una obra tiene tres, cuatro o más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, año de publicación y página respectiva: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por una coma: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

b) Referencia abreviada de normas jurídicas

Se deberán indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo. Ejemplo:

Ley n° 20.431, de 2010.

c) Referencias abreviadas de jurisprudencia

Las citas al pie de página de jurisprudencia deberán indicar el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, el nombre del caso o la norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), el año de la sentencia y su n° de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda. De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo. Ejemplo:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009, rol n° 2447-2008) considerando 3°.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A, n° 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol n° 309).

9. **Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:**

Tablas

Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las

observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla e irán organizadas en columnas y filas. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla n° 1.

Figuras (gráficos e imágenes)

Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto); todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a lo largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3**. Dentro del texto se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE ARTÍCULOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los artículos antes de enviarlos a arbitraje, en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.

2. Los parámetros utilizados por los pares académicos para la evaluación de los trabajos son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras clave con el contenido; calificación del trabajo como estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.

3. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Éste tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitadores si desea la aceptación del mismo para publicación.

4. Recibida la versión ajustada, se revisa si han sido salvadas por el autor las observaciones hechas a su trabajo. Tras esta revisión, pueden realizarse nuevas recomendaciones al autor. Se establece un máximo de hasta dos correcciones por trabajo. Si en la tercera revisión el artículo no cumple

plenamente con las observaciones formuladas, éste se entenderá rechazado por el Comité Editorial.

5. Aprobado el artículo, el Comité de Redacción lo revisa desde el punto de vista formal (estilo, lenguaje, ortografía, normas de edición, traducciones al inglés). Tras esta revisión, puede solicitarse al autor completar datos bibliográficos o notas a pie de página de ser necesario.

6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las cuatros secciones de la Revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho y Enseñanza del Derecho.

7. Los primeros días del mes de junio, y de diciembre, se publican los artículos aceptados durante el primer y segundo semestre, respectivamente, en la versión electrónica de la Revista y se procede al envío de los archivos a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la Revista indexada. Dentro de los mencionados meses, asimismo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.

2. Its main objective is to communicate legal knowledge derived from monographic studies, to share case law reviews and spread reviews.

3. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.

4. We invite to all researchers and students of law, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year, however, we recommend submissions before April 15 for the first semester, and before October 15 for the second one, in order to complete the approval process.

5. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.

6. The admission of the article will be followed by a double-blind system of review, in which a national or foreign scholar, external to the institution or magazine editor, appointed by the Director responsible proposition Editorial Board of the Journal, will review and evaluate the work.

7. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, line spacing to double spacing, and with an extra space between paragraphs. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics.

2. Immediately below the title must include the author's full name (written in lowercase except the initial letters, which must be written in capital letters) and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution. Then, it will contains an abstract of no less than 100 or more than 150 words and three to five keywords, in English and Spanish.

3. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.

4. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with Roman numerals, Arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:

I. SECTION TITLE (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).

1. Subsection title (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with Arabic numeral followed by dot).

A) *SUBSECTION TITLE* (third level) (VERSALES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).

a) *Title of subsection* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).

5. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.

6. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work

or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg, articles of a code or law or paragraphs of a sentence and words in another language).

7. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted to the Director-in-Chief, Mrs Nathalie Walker Silva, by email to address arsboni@ubo.cl, with copy to nathalie.walker@ubo.cl.

2. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.

3. Also must be attach a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles report if such work is published as part of a textbook or greater.

4. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the *International Standardization Organization*, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 24 February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 13 March 2003, respectively.

5. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references effectively cited or referred under the title *Bibliography cited*. The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a), b), c), etc., as well as the year of publication. The last names

of the author are written in VERSALES and name in round. In no case can be said two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end. Examples:

a) *Book reference*

ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3rd edition, New York, Barnes Noble Inc.) 216 p.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (place of publication, publisher) / page (if For works with more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

b) *Translation reference*

AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Traducc. translator name, place of publication, publisher) / page (if it works for more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

c) *Books chapters reference*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo and PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinators), / *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Bendaña* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter or article / (year of publication): / "title of chapter or article" / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / page.

d) *Periodical's articles reference*

WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review* (vol. 119 n° 1): pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) Item / (date) / "Item Title" / title of the journal (in italics) / (volume (when the magazine is included) or number): / paging.

e) *Electronic documents reference*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos de Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., available at <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, accessed: May 22, 2007.

f) *Reference of two works of the same year by the same author*

When citing two or more works by a particular author, publisher in the same year, will be distinguished by a letter, which follows the first name and the year of the work:

NOGUEIRA (2007a) and NOGUEIRA (2007b).

6. **Statutory materials references:** After the list of bibliographic references, must be included one of all legal or regulatory references, entitled *Statutory materials cited*. This list is limited to the rules effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. In the case of a law, state the number of the law and if any official name / title of the publication in which it appears officially / date of the publication in which it appears officially / publication date (day, month and year). Examples:

Declaration of Independence of the United States of America (4 July 1776) U.S.C.A. *Constitution* (first volume, pp. 1 – 5).

Law n° 20.431 establishes quality standards that encourage taxpayer assistance from the Internal Revenue Service. *Official Journal*, April 30, 2010.

Statute of the Permanent Court of International Justice. League of Nations, 16 December 1920, available at <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421d5e4.html>>, accessed: March 26, 2012.

7. **Case References:** After the legal reference list, must be included one of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled *Case law cited*. The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment), case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:) / date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location. Examples:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): April 13, 2009, role n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): November 17, 2004, role n° 517-2004. Available in *Ius et Praxis* (Vol. 10, n° 2) p. 337 – 375.

Internacional Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970) (1971): June 21, 1971, advisory opinion, available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March 26, 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A, n° 10. Available at <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed: March 26, 2012.

8. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short

citations to works, norms and jurisprudence, and, only exceptionally, the inclusion of text will be permitted.

a) *Brief bibliographic references*

Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in *VERSALES*), year (in brackets) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the *Bibliography cited* list at the end of work (described above). Examples:

Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO AND VALENCIA (2003) p. 247.

If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, year of publication and page respectively: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

b) *Brief Statutory Materials References*

It shall indicate in each case the number of the law and your year. Readers can check the full details of the law mentioned in the list above rules, after work. Example: Law n° 20.431 of 2010.

c) *Brief case references*

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties, the name case or revised norm (constitutional court decisions) (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page, paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of *Case cited* at the end

of the work. Example: Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Radrigán y otros (2009, role n° 2447-2008), pár. 3°. Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A, n° 10) p. 14.

9. *Presentation of graphs, tables, figures and images:*

a) *Tables*

The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows. In the text the tables are cited by its number, that is, using the specified number of the table. Example: As shown in Table n° 1.

b) *Figures (graphics and photos)*

It will be considered *figure* any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high); all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR ARTICLES REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Board reserves the right to reject articles if they are not adjusts to the guidelines of the Journal.
2. The evaluation parameters are: originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement between titles, summaries and key words with the content of the work; the classification of the work as a study, essay, report, or case law review.
3. The arbitration result will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.

4. The new version of the article received is checked if there have been saved by the author the observations done to his/her work. After this review, new recommendations can be realized to the author. It provides a maximum of up to two corrections work. If in the third review article does not fully comply with the observations, this means it will be rejected by the Editorial Board.

5. The approved article is formal checked by Draft Committee (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.

6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process, and proceed to the publication of the original approved in each of the four sections of the Review in accordance with the branch of the Law or Science of the Law to which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.

7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second half, respectively, in the electronic version of the Journal and proceeds to send files to the electronic database which is indexed the Journal. Within the mentioned months, also performed free shipping copies to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.

