

DERECHO

(Organo del Seminario de la Facultad de Derecho)



I

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

1944

DERECHO

(Órgano del Seminario de Derecho de la Universidad Católica del Perú)

Director: HUGO PIAGGIO. Sub-Director: XAVIER KIEFER-MARCHAND

Administración: Plaza Francia 251.—Lima

AÑO I

LIMA, OCTUBRE DE 1944

Nº 1

SUMARIO

	Pág.
Editorial	2
Hugo Piaggio: La responsabilidad en el Código Penal Peruano	5
Andrés León Montalbán: La unificación del Derecho Cambiario	11
Raúl Ferrero: Limitación del Poder por el Derecho	17
Ernesto Perla Velaochaga: El derecho a la propia imagen	30
José Luis González Suárez: Algunas consideraciones sobre la Sociedad de Gananciales	40
Aníbal Corvetto Vargas: Forma de transmitirse los derechos patrimoniales	44
Jorge Vega García: Legítima del cónyuge en concurrencia con hermano	56
Xavier Kiefer Marchand: El seguro marítimo y el riesgo de guerra	60
Francisco de Antequera: Algunas consideraciones sobre el homicidio	66
Alejandro Román Rivarola: La violación del domicilio en el Código Penal Peruano	70
BIBLIOGRAFIA: — Hugo Piaggio: El Poder Judicial, por Domingo García Rada. — Xavier Kiefer Marchand: Derecho Comercial, por Andrés León Montalbán. — J. B. V.: Manual de Impuestos Peruanos de Sucesión, por Juan L. Castillo	74

EDITORIAL

El Seminario de Derecho de la Universidad Católica se fundó a principios de 1943, es decir hacen cerca de dos años, con el fin de proporcionar a los alumnos de Derecho los conocimientos prácticos indispensables que les permitieran aplicar las enseñanzas recibidas en los cursos teóricos dictados en la Facultad.

La necesidad de esta institución se hacía sentir desde mucho tiempo. Su funcionamiento ha demostrado su utilidad y cada año se perfeccionan los métodos de enseñanza, basándose en la experiencia adquirida. Los alumnos que egresaban antes de la Universidad poseían amplios conocimientos sobre las materias estudiadas durante los años que habían permanecido en los claustros, pero sus conocimientos prácticos dejaban forzosamente mucho que desear. Ya sabemos que la "práctica" que exige la ley, es decir la que debe efectuarse en el estudio de un abogado durante los dos últimos años, pocas veces se realiza seriamente. En general, el alumno se inscribe en un estudio, para cumplir con esa disposición, pocas veces o nunca concurre a él, pero obtiene siempre generosamente, al final, un certificado de su "maestro de práctica" declarando que el interesado ha concurrido durante esos dos años a su estudio. Esto es ya una costumbre y la culpa no la tienen ni los alumnos ni los maestros de práctica que, en general, difícilmente pueden, por sus ocupaciones, controlar efectivamente a estos practicantes que podríamos llamar aficionados. Y esta no solo sucede en el Perú sino en muchos otros países, como lo señala Ossorio y Gallardo en "El Alma de la Toga". A estos inconvenientes viene a suplir en gran parte la creación del Seminario de Derecho donde la asistencia a los cursos es obligatoria, ya que los alumnos no pueden presentarse a los exámenes finales si no reúnen un porcentaje mínimo de asistencia a los cursos de práctica. Por esto se puede decir que los que egresen, en adelante, de la Universidad Católica no sólo poseerán una sólida base moral y doctrinaria, sino que podrán iniciarse fácilmente en la profesión con una buena preparación práctica.

Gracias al apoyo del Rector, Monseñor Jorge Dintilhac, y del Decano, Doctor Víctor Andrés Belaúnde, se ha logrado, pues, completar de manera provechosa la organización de nuestra Facultad.

Desde que se fundó esta Institución, fué nuestro vivo deseo editar una Revista en la cual se publicarían, junto con artículos de los profesores sobre determinados temas jurídicos, trabajos efectuados por los alumnos del mismo Seminario.

Nuestro anhelo se ha realizado. Hoy sale este primer número de la Revista que hemos denominado "DERECHO" y que será el órgano del Seminario. Aparecerá trimestralmente durante el año universitario, en abril, julio y octubre, y constará generalmente de unas cien páginas. El editorial se referirá de manera especial a la profesión de abogado o a la enseñanza universitaria. Luego se publicarán, como en el presente número, artículos de los Catedráticos de la Facultad y de los Profesores del Seminario y se dará mayor amplitud a los trabajos que los propios alumnos realizarán bajo la dirección de sus maestros. Por fin, la sección bibliográfica dará cuenta de las obras jurídicas de reciente publicación y del movimiento de nuestra Biblioteca, que está en formación: obras adquiridas y canjes realizados. A medida que la Revista adquiera mayor desarrollo, crearemos, naturalmente, nuevas secciones donde trataremos de los tan variados temas que abarca la ciencia del Derecho.

Estamos seguros que esta Revista, que se inicia modestamente con el presente número, será bien acogida dentro del ambiente universitario y jurídico y queremos agradecer sinceramente, desde estas líneas, a todos los que, en alguna forma, han contribuido a transformar en realidad nuestros propósitos.

Lima, Octubre de 1944.

La responsabilidad en el Código Penal Peruano

HUGO PIAGGIO

A pesar de los defectos que pueden apreciarse en el vigente Código Civil su promulgación constituyó un acontecimiento que hará época en el desarrollo de nuestro derecho y su benéfico influjo se dejará sentir por largo tiempo en la vida jurídica del pueblo peruano.

Pero publicado el nuevo Código Civil y estando muy próxima al parecer la renovación de los Códigos de Procedimientos Civiles y de Comercio, vale la pena que se coloque al lado de éstos cuerpos de leyes, un Código Penal digno de ellos y que responda a las exigencias de los actuales tiempos.

Es muy probable que a muchos les parezca extraño que hable de la reforma de nuestro Código Penal, cuya vida no alcanza a veinte años, sobre todo, si se tiene en cuenta, no sólo los elogios que ha merecido de algunos conferencistas extranjeros y del propio presidente de la Corte Suprema, sino también los trastornos que trae el frecuente cambio de la legislación, que es en si mismo un grave mal, ya que sólo son eficaces las leyes que han logrado infiltrarse en la conciencia jurídica del pueblo.

No obstante ésto la necesidad de revisar el actual derecho penal en el Perú, si bien no es unánimemente reconocida, comienza a notarse y exigirse por los jurisconsultos, que encuentran que no es bastante eficaz para detener el avance de la criminalidad, y que, si bien, quizás, está a tono con algunas teorías penales bastante discutibles, sus disposiciones no se inspiran en la realidad nacional.

Y no puede atribuirse el aumento de la criminalidad únicamente a la situación económica reinante, puesto que, realmente no se observa en nuestro país, ningún síntoma de grave penuria social, y si bien, las estadísticas demuestran que los delitos contra la propiedad tienden a aumentar, este aumento no es comparable al que puede notarse en los delitos contra el honor sexual, la familia, el aborto, y el adulterio, que se han multiplicado notablemente.

Injusto sería evidentemente atribuir este resultado exclusivamente a nuestro derecho penal, pero por lo menos basta para asegurar que gracias a sus lagunas y deficiencias contribuye de un modo preponderante al mismo.

Y ello es explicable, pues, no es un secreto para nadie, que nuestro C. Penal se formó con demasiada precipitación, tomándose como base los proyectos suizos, el Código Holandés de 1912 y el C. Penal Argentino de 1921, a tal punto que en lo esencial puede considerarse como una copia de ellos.

A esto hay que agregar que nuevas circunstancias sociales y económicas han creado también exigencias completamente nuevas en el derecho penal, que han motivado la dación de numerosas leyes especiales, que en lugar de remediar sus deficiencias han hecho oscura e imprecisa su aplicación, por su defectuosa redacción unas veces y otras, por su distinto criterio técnico.

Reafirma la necesidad de reformar nuestro C. P. el notorio quebranto de la fé en la justicia que se observa en la mayoría de los ciudadanos y aún entre los abogados, agravada por la discrepancia de opinión entre los maestros de la ciencia penal y la lucha entre las escuelas que se hace cada día más aguda.

Ello se debe por una parte a la multiplicación del número de las escuelas, sistemas y teorías, con el consiguiente aumento de confusión; y, por otra parte, en haber traído ciencias no jurídicas, al cuadro del derecho penal, numerosos y heterogéneos problemas ajenos al derecho.

* * *

La Corte Suprema que es, sin duda alguna, el órgano más autorizado para opinar en estos asuntos ha expresado en cuatro oportunidades consecutivas su opinión francamente desfavorable al C. P. de 1924.

En la Memoria de 1923 decía el Presidente de aquel Alto Tribunal de Justicia:

"Las proyectadas reformas de nuestra ley penal no han tenido el buen éxito que se esperaba. El proyecto de C. P. formulado desde 1916 se ha promulgado el 28 de Julio y rige desde el día siguiente; por fatalidad el C. Penal que se manda promulgar tan precipitadamente, contiene todos los defectos del primitivo proyecto".

"Lo primero que se advierte es la confusión constante que hace el C. P. entre la intervención y las atribuciones de los jueces y de los Tribunales de Justicia, concediendo frecuentemente a aquellos facultades que ya no pueden ejercer según el nuevo C. de P. en M. C."

"Defecto de poca trascendencia, pero que conviene también enmendar es el que se refiere a muchos preceptos de carácter puramente reglamentario que no son propios de un C. Penal".

"Todo el título de la delincuencia de los menores de 18 años está fundado en una doctrina exagerada y peligrosa, que lejos de producir la reforma de los delinquentes puede conducir a su impunidad".

En la Memoria de 1924 el Presidente de la Corte Suprema Dr. Washburn se ocupó también del C. Penal anotando numerosas deficiencias.

En 1925, el catedrático de la Universidad Mayor de San Marcos Dr. Alzamora hizo una crítica acerva de este mismo cuerpo de leyes, poco tiempo después que el Dr. Anselmo Barreto formulara la más completa crítica del C. P. que existe, haciendo notar las numerosas antinomias por él apuntadas que reclamaban un serio trabajo de concordancia, con la

Constitución (1920) con los C. de C.; de P. en M.C.; la Ley Orgánica del Poder Judicial; la Ley del Registro de la Propiedad y otras leyes secundarias.

Estas antonomías, tan certeramente anotadas por el Dr. Anselmo Barreto, han aumentado considerablemente, con la publicación de la nueva ley de Quiebras, la ley 9014, la llamada ley de emergencia y el reciente C. de P. en M. C.

El Dr. Angel Gustavo Cornejo decía en 1928: "El C. P. de 1924, no obstante haber recibido elogios de toda clase, es una obra que no puede perdurar. En 1916 cuando el Dr. Víctor Maúrtua emprendiera la obra por mil títulos laudable, de renovar el caduco edificio de nuestras instituciones penales, existía una profunda desorientación en esta materia. La ardorosa contienda de las distintas escuelas criminalistas había separado a los cultores de esta ciencia en bandos de antagonismo irreconciliable. Los proyectos de codificación de esta época tienen el carácter, antes que de cuerpos legislativos encaminados a solucionar el problema de la defensa social en determinado estado, el significado de ponencias de escuela o programas de cátedra, mirando más a finalidades ideológicas que a la solución dentro de la realidad de los problemas que cada nación tiene que resolver para cumplir la misión de tutelar el derecho y los intereses colectivos contra la creciente acometividad de la delincuencia".

Es en esta época de aguda lucha entre las corrientes penales contemporáneas, que el Dr. Víctor M. Maúrtua elaboró su proyecto de C. P. en el Perú y en el cual puede observarse la fuerte influencia que sobre él ejercieron las ramas de la escuela positiva que fundaran Enrico Ferri en Italia y Von Liszt en Alemania.

A este período corresponden los frustrados proyectos noruego de Thyren, los suizos de Stoos (1908—1918), los alemanes (1908—1911—1919) y los proyectos austriacos.

Ninguno de ellos logró convertirse en ley.

Si el nuestro mereció sanción legislativa, fué porque si bien debe considerársele como un C. Penal afiliado a la escuela positiva, el eclecticismo que adopta en alguna de sus disposiciones le dan cierta originalidad.

Ello puede notarse en los artículos 81 y 83, el primero de los cuales, siguiendo a la escuela clásica, establece como fundamento de la pena la responsabilidad moral, mientras que el segundo parece fundarla en el postulado positivista de la responsabilidad legal.

La contradicción anotada es de vital importancia, pues, mientras los clásicos cuya doctrina se funda en la responsabilidad moral, construyen su sistema penal sobre los conceptos de libre albedrío, los positivistas lo niegan y colocan como piedra angular de todo su sistema a la responsabilidad legal.

Estamos, pues, en presencia de dos direcciones opuestas de medio a medio. ¿Por cuál de ellas debemos decidirnos si se llega a reformar nuestro C.P.?

En un folleto publicado en Alemania opinaba el Profesor H. Seuffert:

"Por fortuna nosotros no metemos la disputa acerca del libre albedrío entre a las que a la ciencia penal se refieren, la remitimos a la teología y

a la filosofía, estudiamos únicamente con ahinco los hechos averiguados por la experiencia”.

Pero ¿es que el libre albedrío no es un hecho también averiguado por la experiencia? ¿Y no deberá un jurista formarse ideas claras acerca de la culpa, la responsabilidad y la imputabilidad, acerca del fin y la significación de la pena?

Salta a la vista que cualquiera de estos conceptos cambia radicalmente según que se admita o rechace el libre albedrío. Basta para ello leer a Enrico Ferri o Franz Von Lizst para convencerse que todos los conceptos fundamentales de esta ciencia resultan tergiversados en la concepción determinista.

El propio Franz Von Lizst reconoció, en un artículo publicado en la Revista Mensual de Sicología Criminal, que desde hace miles de años la humanidad ha caminado inseparablemente unida con los conceptos de libertad moral, libre albedrío, culpa, y que el determinismo científico no ha logrado ejercer gran influencia en la cultura jurídica de los pueblos.

Este problema no ofrece dificultad alguna para los católicos. La Iglesia lo ha resuelto: El Concilio de Trento excomulgó a los que afirman que la voluntad se perdió por el pecado original.

La doctrina de la Iglesia está también contenida en las Sagradas Escrituras, de modo que debe ser firmemente creída por todos los fieles cristianos.

Pero, por muy valioso que sea el testimonio de la revelación cristiana en pro de la existencia del libre albedrío, vale muy poco o nada para la mayor parte de los tratadistas positivistas de derecho penal, motivo por el cual, nos vemos obligados a recurrir a la razón, ante la cual inclinan su frente cristianos y no cristianos.

Nuestra conciencia nos atestigua que somos libres en todos nuestros actos, que no los ejecutamos porque nos vemos forzados a ellos, sino porque libremente así lo queremos.

En general el testimonio de la conciencia es admitido hasta por los propios deterministas. quienes pretenden esquivar su fuerza demostrativa, diciendo que es sencillamente una ilusión.

Así por ej. dice A. Forel: La ilusión del libre albedrío descansa únicamente sobre el desconocimiento de los motivos de nuestras acciones. En términos parecidos se expresan Enrico Ferri, Von Hippel y otros muchos que siguen a Spinoza.

Pero si toda certeza presupone la seguridad en lo que claramente nos atestigua la conciencia ¿no equivale a negar toda certeza declarar una ilusión la clara conciencia de nuestra voluntad?

Con razón escribe Wundt: “Lo que toda conciencia normal, presupuesto el suficiente conocimiento, reconoce como inmediatamente evidente lo llamamos cierto”.

También se ha recurrido a los fenómenos del hipnotismo para quitarle toda su fuerza demostrativa de la libertad. Pero cualquier argumentación que se base en ello, carece de todo fundamento porque no son comparables los fenómenos extraordinarios de hombres enfermizos y anormales a los fenómenos de los hombres normales.

Sentar el principio contrario, es admitir que todos los hombres están hipnotizados.

Las manifestaciones de nuestra conciencia nos atestiguan así mismo la existencia del libre albedrío.

El delincuente que acecha traidoramente a su víctima oye distintamente el grito de su conciencia que le dice: ¡No mates! ¡No robes!

Von Hippel pretende que no siendo la conciencia más que la suma de las exigencias éticas de nuestro carácter, el determinismo puede explicar satisfactoriamente el grito de la conciencia.

La afirmación de Von Hippel es errónea porque, si la conciencia no es otra cosa que la suma de nuestras costumbres o exigencias éticas, nos sentiríamos siempre inclinados a realizar los actos conforme a nuestro temperamento.

Pero la realidad es otra, pues las exigencias de nuestro carácter nos impiden dejarnos llevar por nuestras inclinaciones.

Los que se empeñan en hacer pasar las acciones humanas como resultado necesario del carácter o de la personalidad toda entera del agente, no pueden en modo alguno explicar el hecho tan frecuente en la historia de los santos que de repente cambian por completo de modo de vivir.

¿Por qué San Pablo o San Agustín no siguieron siempre en el mismo tenor de vida?

Todos los esfuerzos destinados a demostrar que el hombre no es libre, se estrellan contra la sana filosofía que tiene abundantes pruebas para demostrar lo contrario.

* * *

En el art. 81 nuestro C. P. define el problema de la imputabilidad aceptando la causalidad moral, o sea, que el delito es el fruto de la actividad consciente del hombre y no una simple reacción automática como pretenden los positivistas.

La declaración que contiene el art. 81 está completamente de acuerdo con la conciencia colectiva y la opinión pública del Perú, que en todo tiempo consideró necesario vincular la imposición de la pena a la calidad moral de las acciones.

Y a pesar de la fuerte influencia positivista que se deja sentir en todo el articulado del C. P. sus autores se vieron obligados a acoger la causalidad moral, porque, como dijera Enrico Ferri comentando el vigente C. P. Italiano elaborado por Rocco: "Cuando me encuentro en mi Gabinete de trabajo puedo dejar que mi pensamiento vuele libremente a los horizontes más lejanos y aparentemente más irrealizables, pero cuando uno debe realizar obra legislativa, debe tener en cuenta, ante todo, las condiciones reales del pueblo y los estados de la conciencia y del sentimiento público para los que se dan las leyes. . . Los hombres de Gobierno deben contemplar estos problemas desde otro plano, porque la función de la ciencia y la función legislativa son incompatibles".

La aceptación del libre albedrío en el art. 81 obedeció a la necesidad de acoger el común sentir de la nacionalidad, que desde tiempos muy remotos admite que sin libertad no hay imputabilidad moral y que sin imputabilidad jurídica no hay derecho penal posible.

Y este triple anillo de defensas encierra todo el campo del derecho penal.

Es por ello que el positivismo que no admite la libertad, que suprime el concepto de la imputabilidad reemplazándolo por el de la peligrosidad social, no permite más fundamento a la pena que el de la defensa social, que se ejercita contra el hombre de la misma manera que contra cualquier peligro natural.

Sin embargo, las legislaciones penales y las doctrinas de la segunda mitad del siglo XIX pretendieron construir la teoría de la imputabilidad sin tomar en cuenta el principio de la libertad, declarándose contrarias a tomar posición en el debate filosófico o agnóstico sobre esta materia.

Ejemplo de ello es el Código Penal Italiano derogado cuyo autor Zanardelli, decía: "Yo admito la libertad de elección, porque es la nota característica de la libertad y dignidad humana, pero creo justa la observación de Kant, que no puede levantarse un cuerpo de leyes sobre una base filosófica discutida".

Igual punto de vista puede observarse en el actual C. P. Italiano, que si bien pretende conservar la causalidad moral y cierra las puertas a la responsabilidad social, no ha sabido ir más allá de la fórmula del C. P. derogado.

Pero si nuestro Código Penal supera a los cuerpos de leyes antes mencionados por su admisión sin ambages de la causalidad moral en el art. 81, incurre en el gravísimo error de admitir la responsabilidad legal en el art. 83, que prescribe la represión del agente de la infracción no intencional ni culposa en los casos de peligro social.

No creemos necesario insistir sobre esta contradicción que hace difícil la interpretación de nuestra ley penal porque ha traído hasta ella el debate de las escuelas penales en lugar de superarlas.



La unificación del Derecho Cambiario

Andrés León Montalbán.

Es en el campo del derecho comercial en donde la tendencia hacia la unificación legislativa puede mostrar algunos frutos. El carácter universal de las relaciones comerciales, su ascenso cosmopolitismo, han reclamado y permitido obtener normas reguladoras comunes a través de diferentes latitudes, que han venido a producir un saludable y armónico desarrollo del mundo de los negocios. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que ninguna otra rama del derecho privado ofrece mayores perspectivas de unificación que el derecho comercial, en atención a la naturaleza de los fenómenos que regula.

Ahora bien, entre las relaciones mercantiles a cuya legislación universal se ha tendido, son las relaciones cambiarias las que mayormente han concitado la atención, tanto de parte de las instituciones de carácter privado de cada país, cuanto de parte de los organismos estatales; habiéndose arribado a conclusiones definitivas que representan el esfuerzo de varios congresos y conferencias internacionales.

El comercio internacional tiene en la letra de cambio uno de sus mas eficaces instrumentos, ya que ésta, actuando como medio de pago, permite establecer las compensaciones impuestas por la necesidad de evitar el desplazamiento de grandes cantidades de numerario entre países distintos, y de establecer un justo equilibrio en la balanza de importaciones y exportaciones, de modo que se reflejen en un armónico desenvolvimiento de la economía mundial. Y es que en el comercio internacional funciona la compensación casi en idéntica forma que la verificada en el orden interno nacional por los clearing houses, debido a la aplicación del principio de que las ventas y compras entre países distintos deben guardar proporciones semejantes.

Pero a pesar de los beneficios que desde todo punto de vista reporta para el incremento de las transacciones comerciales, la letra de cambio no es objeto de una reglamentación legal uniforme. Cada país

ha hecho girar su regulación legal al rededor de normas que responden, en cada caso, a los principios básicos sustentados por uno cualquiera de los tres clásicos sistemas jurídicos que orientan el derecho positivo sobre esta materia.

Por ser un título de crédito destinado a la circulación, es su aspecto económico el que ha dejado sentir mayormente su influencia en el aspecto jurídico de él. Tal circunstancia se encuentra a tono con las características del fenómeno comercial, cuyos intereses sirve, dentro del cual ambos aspectos: económico y jurídico marchan estrechamente unidos, influenciándose reciprocamente.

Como muchos de los aspectos de la letra de cambio sólo son explicables mediante su relación con los hechos propios del comercio internacional, los conflictos que se suscitan como consecuencia de la disparidad de normas reguladoras como son las adoptadas por cada Estado, han hecho sentir la imperiosa necesidad de unificar, bajo una misma tendencia, los principios a que se sujeta el ordenamiento legal de la letra de cambio y de las relaciones a que da lugar, como medio de lograr un mejor desenvolvimiento y encausamiento jurídico de las relaciones comerciales.

En esta tendencia unificadora han dejado sentir su acción, en forma por demás eficaz, los Estados y las instituciones privadas de derecho.

La "National Association for the promotion of social science", el "Instituto de Derecho Internacional" y la "International Law Association" han propiciado la celebración de congresos y conferencias internacionales, en los cuales se ha debatido como cuestión capital la manera de unificar las leyes destinadas a la reglamentación de la letra de cambio y de las relaciones cambiarias, y son los votos de estos congresos y conferencias los que han ido formando la estructura de la reglamentación uniforme que hoy impera en muchos países.

Igualmente la acción del Estado propició reuniones de carácter internacional con el mismo objeto.

El Congreso jurídico de Lima de 1878, cuyos acuerdos influyeron en los que más tarde se tomaron en el Congreso de Montevideo de 1889, se ocupó, entre otras materias, de dar pautas para solucionar los conflictos que surgen como resultantes de las operaciones de cambio; pero no puede ser considerado dicho Congreso Jurídico como una manifestación especial del movimiento hacia la unificación del derecho cambiario; habiendo propendido, mas bien, a resolver dichos conflictos por medio de reglas uniformes de Derecho Internacional.

En 1885 el Congreso reunido en Amberes elaboró un proyecto de ley uniforme sobre letras de cambio, el cual fué posteriormente adoptado por el Congreso de Bruselas de 1888.

Un año después, el Congreso de Montevideo de 1889, si bien trató de dar los medios que permitieran la solución de los conflictos jurídicos que pueden surgir entre personas que tengan el derecho de invocar, respectivamente, la legislación de dos de los Estados signatarios, no propendió en manera alguna a la unificación de las legislaciones americanas sobre letras de cambio.

Son las Conferencias Internacionales de La Haya de 1910 y 1912 las que significan el punto de partida en la laboriosa tarea de unificación de la legislación cambiaria. En la Conferencia de 1910 se formuló un extenso anteproyecto de convención sobre unificación legislativa de la letra de cambio y del pagaré a la orden y un anteproyecto de ley uniforme sobre estas dos importantísimas materias. En la Conferencia de 1912 se aprobó el texto definitivo de la convención y del reglamento uniforme elaborados en la Conferencia anterior, que tienen la importancia de haber inspirado las reformas legislativas introducidas en varios países de Europa y América.

Culminación del movimiento de unificación es la ley uniforme sobre letra de cambio y pagaré a la orden, obra de la Conferencia de Ginebra celebrada entre el 13 de mayo y el 7 de junio de 1930, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones.

La ley uniforme sobre letra de cambio y pagaré a la orden consta de 78 artículos distribuidos en dos títulos. El título I, que se contrae exclusivamente a la letra de cambio, comprende los 12 capítulos siguientes: De la emisión y de la forma de la letra de cambio, del endoso, de la aceptación, del aval, del vencimiento, del pago, de las acciones en caso de falta de aceptación y falta de pago, de la intervención, de la pluralidad de ejemplares y de las copias, de las alteraciones, de la prescripción y disposiciones generales.

El título II trata del pagaré a la orden.

Además en la Conferencia de Ginebra de 1930 se suscribieron tres convenciones adicionales. La primera contiene el compromiso de los Estados signatarios de introducir en sus territorios la ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden. La segunda convención está destinada a dar reglas para solucionar los conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden. La tercera convención versa sobre el derecho de timbre en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, estableciéndose en ella la supresión de la caducidad del derecho del tenedor del título como sanción por la falta o insuficiencia del timbrado.

El método de unificación adoptado en la Conferencia de Ginebra de 1930 responde a principios diferentes de los que orientaron los trabajos de los congresos y conferencias que le precedieron. Mientras en las conferencias y congresos anteriores se propendió a la solución

de los problemas legislativos sobre esta materia mediante la adopción de reglas de derecho internacional privado común, en la Conferencia de Ginebra de 1930 se elaboró un derecho, un derecho uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden, o sea, que los Estados signatarios de dicha Conferencia se obligaron a dar el carácter de ley nacional al ordenamiento establecido internacionalmente.

El primer país que ratificó las convenciones de Ginebra sobre letras de cambio y pagarés a la orden fué Grecia, quien adoptó la ley uniforme por ley de 9 de marzo de 1932. Posteriormente produjeron su ratificación y modificaron su legislación nacional: Alemania, Austria, Francia, Italia, Japón, Holanda, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Polonia.

En Alemania la ley de 21 de junio de 1933, que empezó a regir el 1º de enero de 1934, reproduce en sus 78 primeros artículos las disposiciones de la ley uniforme de 1930.

En Austria la ley de 18 de agosto de 1932, cuyo texto es casi exactamente igual al de la ley alemana, incorporó los principios de la ley uniforme de Ginebra.

Francia derogó toda su legislación sobre letra de cambio por decreto-ley de 30 de octubre de 1935, adoptando los principios sustentados en la ley uniforme.

Italia hizo lo propio a mérito de la ley de 22 de diciembre de 1932 y del decreto real de 14 de diciembre de 1933.

En virtud de la ratificación que de las convenciones de Ginebra hizo el Japón el año 1932, las disposiciones de su Código de Comercio, sobre letras de cambio, pagarés a la orden y cheques han sido sustituidas por leyes especiales. La que empezó a regir el 1º de enero de 1934 introdujo en el derecho comercial japonés la ley uniforme de Ginebra.

Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Polonia y la ciudad libre de Dantzig introdujeron la ley uniforme en su legislación comercial nacional, por leyes de 25 de julio de 1932, 23 de marzo de 1932, 13 de mayo de 1932, 27 de mayo de 1932, 14 de julio de 1932, 28 de abril de 1936 y 9 de marzo de 1934, respectivamente.

Bélgica, Suiza, Portugal y Mónaco, aunque han ratificado los acuerdos de la Conferencia de Ginebra de 1930, no han introducido, hasta ahora, modificación alguna en su derecho positivo sobre letras de cambio y pagarés a la orden.

Dentro de un tercer grupo podemos considerar a otros países como China, Colombia, Ecuador, Guatemala, Méjico, Nicaragua, Paraguay, Turquía, Rumanía, Yugo eslavía y Venezuela, que han orientado sus novísimas legislaciones en los preceptos del Reglamento de La Haya, de 1912 o de la Convención de Ginebra de 1930.

LA UNIFICACION DEL DERECHO CAMBIARIO

Es de advertir que países de gran volumen de importaciones y exportaciones, y que por lo mismo dejan sentir fuertemente su acción en el comercio internacional, como Inglaterra y Estados Unidos, no han hecho esfuerzo alguno para propender a una reglamentación internacional uniforme de la letra de cambio. Así, Inglaterra ha laborado únicamente por conseguir la unificación de las reglas de derecho cambiario dentro del Reino Unido; pero en forma alguna ha propendido al ajuste de su legislación dentro de los moldes señalados por las convenciones a que antes nos hemos referido. La Bill of Exchange Act de 1882 rige todas las cuestiones relativas a la letra de cambio, billete a la orden y cheque.

Estados Unidos por medio de la Uniform Negotiable Instruments Act ha conseguido la unificación de las reglas relativas a la letra de cambio en sus diferentes Estados; pero, al igual que Inglaterra, no se ha plegado al movimiento de unificación internacional.

A estos esfuerzos en pro de la unificación legislativa de la letra de cambio, debemos agregar, con toda justicia, los de la Comisión Internacional de Jurisconsultos de Río de Janeiro, creada por la Tercera Conferencia Panamericana de 1906; los de la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928, que acordó recomendar a los países de América la conveniencia de adoptar un proyecto de ley uniforme que elaboró inspirando sus normas en los preceptos contenidos en el Reglamento de La Haya, de 1912; y los de las Séptima y Octava Conferencias Internacionales Americanas.

La Séptima Conferencia Internacional Americana resolvió:

“Que el Consejo Directivo de la Unión Panamericana designara una Comisión de Expertos, formada por cinco miembros, para que formulara un anteproyecto de unificación del derecho cambiario, tomando como base las conclusiones de las convenciones de La Haya y de Ginebra, si fuere posible aquella unificación, y en caso contrario, a fin de que aconseje el procedimiento más adecuado para reducir al mínimo posible los sistemas a que responden las distintas legislaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques, así como también las reservas de que se hace uso en las convenciones sobre tales materias”.

En la Octava Conferencia Internacional Americana, si bien no se adoptó ningún acuerdo sobre la unificación del derecho cambiario, en uno de los proyectos elaborados por su Comisión de Asuntos Económicos se recomendaba que se aprobara, en principio, la iniciativa de la Cámara Internacional de Comercio de establecer la uniformidad en el uso de los créditos documentarios, que dió por resultado el proyecto definitivo aprobado en el Congreso de Viena de 1936, proyecto que, después de haber sido aceptado formalmente por las asociaciones bancarias de muchos países europeos, recibió, el 1º de octubre de 1938,

la adhesión de los Bancos de Estados Unidos que tramitaban esta clase de créditos. Igualmente propugnábase, en el proyecto de la Comisión de Asuntos Económicos de la Octava Conferencia Internacional Americana, el nombramiento por cada país americano de Comisiones de Expertos en créditos documentarios, cuyos trabajos debían tener por finalidad facilitar la adhesión a las reglas y usos uniformes que sobre esta materia ha elaborado la Cámara Internacional de Comercio.

El crédito documentario reclama, efectivamente, una organización legal internacional uniforme y definida, y sobre todo orientada en principios económicos capaces de establecer, sin violentar el aspecto puramente formal que le dé la legislación propia de cada Estado, el armónico desenvolvimiento que reclama como instrumento propio del comercio internacional.

En la actualidad las operaciones a base de créditos documentarios han tomado gran auge, ya sea en su forma simple como en la más compleja de apertura de crédito bancario documentario, que ha venido en nuestros días, y superando a toda expectativa, a llenar un vacío hondamente sentido para el fomento de las transacciones comerciales.

Las ventas C. I. F., F. O. B., F. A. S., C. F. y sus variantes, utilizan en gran escala el crédito documentario.

Por último, el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo del año 1940, cuyos acuerdos aún no han sido ratificados, al elaborar el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, ha establecido también una regulación de las letras de cambio en su aspecto internacional, dando pautas para determinar los efectos jurídicos que se derivan de sus operaciones y para solucionar los conflictos que pueden surgir entre las personas que han intervenido en la negociación de ellas o de cualquier otro título a la orden o al portador. El título VI del expresado Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional (arts. 23 al 35) se ocupa de esta importantísima materia.

Como se vé, la unificación de la legislación sobre letras de cambio reviste los caracteres de una necesidad imperiosa, la cual puede ser satisfecha con un poco de buena voluntad, ya que el problema no ofrece las dificultades insalvables que se quieren encontrar, por lo menos entre los países hispano-americanos, tanto por el carácter universal del fenómeno cambiario, cuanto por la estrecha vinculación geográfica, racial y de orientación económica y política que existe entre los países sud-americanos.



Limitación del Poder por el Derecho

Raúl Ferrero.

El Poder se halla ligado por el Derecho. Esta limitación del Poder, tan necesaria en la época autoritaria por la que atraviesa el mundo, tiene tres aspectos:

- a) Limitación del Poder por la Constitución.
- b) Responsabilidad del Estado Legislador.
- c) Resistencia a la opresión.

A).—LIMITACION DEL PODER POR LA CONSTITUCION

El ejercicio del Poder dentro de la comunidad estatal está organizado por un conjunto de disposiciones fundamentales que forman el estatuto constitucional, llamado corrientemente la Constitución. Tales disposiciones instituyen los órganos o poderes del Estado, establecen sus relaciones precisas y definen el grado de autoridad reconocido a cada uno de ellos, trazando la esfera de su competencia. Además, y esto de modo fundamental, pueden restringir la totalidad del Poder, sometiéndolo a numerosas limitaciones de Derecho, a fin de asegurar la libertad de la persona frente a la omnipotencia del Estado, armado por tan formidable poder de compulsión. En virtud del mismo estatuto, sus disposiciones pueden ser sustraídas de la competencia del legislador ordinario de tal manera que sólo una reforma constitucional pueda invalidarlas o modificarlas. El Poder público, y particularmente el Poder Ejecutivo, debe conformar sus relaciones con los administrados a las reglas jurídicas preestablecidas. Pero esta limitación no es posible sino en el caso de que un juez reprima los abusos, condenando el atentado que se haga contra la Constitución.

En primer lugar, los jueces, antes de aplicar una ley deben asegurarse de que ella ha sido dictada por las Cámaras y promulgada

por el Ejecutivo. Por lo menos, han de asegurarse de que la ley ha sido debidamente promulgada. Cree Duguit que no compete a los jueces constatar que la ley promulgada sea igual al proyecto aprobado por las Cámaras. Deben verificar sólomente si la ley ha sido votada por las Cámaras, pues de otra manera sería un simple reglamento, invalidable por los jueces si éstos lo estiman contrario a la ley. El texto de la ley es, para los jueces, aquel que es promulgado por el Jefe del Estado, aún cuando haya sucedido a veces, como con la ley francesa del 5 de agosto de 1914, que el texto oficial difiera del aprobado por las Cámaras. Fischbach considera que la promulgación sienta para todos, particulares y autoridades, la presunción irrefragable de que la ley, tal como aparece transcrita en el órgano oficial, refleja fielmente la voluntad del legislador, y es, por tanto, auténtica.

Los nuevos derechos sociales y económicos han determinado el aumento de los derechos declarados inviolables por las Constituciones. Las constituciones americanas y las europeas de la post-guerra contienen declaraciones de derechos. Con todo, es curioso anotar, siguiendo a Lambert, Profesor de la Facultad de Derecho de Lyon, que las Constituciones que limitan más detalladamente el Poder han resultado las menos observadas, como en Méjico, o de corta duración, como la alemana de Weimar. Y es que tal proclamación de los derechos fundamentales no tiene más valor que el que efectivamente le concedan la cultura cívica de un pueblo y el respeto de sus gobernantes por las leyes. Así, en Inglaterra el Parlamento podría modificar la constitución en cualquier momento, pues no existiendo una constitución rígida, bástales a las Cámaras dar una ley para abrogar la anterior, aún cuando tenga siglos de tradición. En Inglaterra es igual el procedimiento parlamentario para una ley sobre libertades públicas como para otra sobre fabricación de conservas. Y sin embargo, jamás se ha pensado en crear un tribunal encargado de apreciar la conformidad de las leyes al derecho, a pesar de que no se distingue entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. La fuerza de la opinión y la majestad del Poder Judicial son la mejor garantía contra la arbitrariedad del legislador.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes existe, marcadamente, en los Estados Unidos de Norte América. Por más que se haya discutido ardientemente entre los detractores y los defensores del sistema si éste se basaba en la propia Constitución, es evidente que la carta fundamental lo contiene implícitamente. En la sección 2 de su artículo VI establece que: "La Constitución y las leyes de los Estados Unidos..... serán la ley suprema del país; y en todos los Estados los jueces estarán ligados por ellas, no obstante todo lo pudieran establecer en contrario las constituciones y las leyes de los

Estados". Tal control era históricamente indispensable para pasar del frágil federalismo de los años iniciales a la vigorosa nacionalidad del presente. Pero, en cuanto a la defensa de las libertades individuales contra la absorción del Estado, la constitución es mucho menos clara. Recién en el año 1803 se introdujo en el derecho constitucional americano este método de defensa contra los abusos del Poder Público.

El Presidente de la Corte Suprema Federal, John Marshall, estableció la doctrina en el caso célebre de *Barbary* contra *Madison*. Sin invocar los precedentes históricos ni las opiniones de los autores de la Constitución de Filadelfia, Marshall presentó dicha doctrina como una lógica derivación del rol que los jueces deben cumplir en la aplicación primordial de las leyes. Según Marshall, cuya excelente fundamentación ha sido repetida varias veces en Europa, "La atribución del poder judicial es esencialmente la de decir lo que es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esta regla. Si dos leyes están en conflicto, la corte debe determinar el campo de aplicación de cada una. Si una ley está en oposición con la Constitución.... la corte debe determinar cuál de las reglas en conflicto rige el caso. Es la esencia misma del poder judicial. Un acto de la legislatura contrario a la Constitución, es nulo. No podría obligar a las cortes. Los jueces deben aplicar la ley superior y descartar la ley inferior que le es contraria".

La doctrina sentada por Marshall fué actualizada y vigorizada mucho más tarde, después de la guerra de secesión. Después del largo conflicto, se agregó una declaración de derechos a la Constitución Federal (sección I de la enmienda XIV), por la que se ratificaban y ampliaban las limitaciones impuestas al legislador por la Constitución. Se hacía extensiva tal limitación a los legisladores de los Estados miembros de la Unión. La doctrina de la inconstitucionalidad de las leyes fué estableciéndose sobre las dos cláusulas de esta declaración (igual protección de las leyes e interdicción a todo Estado de privar a una persona de su vida, su libertad o su propiedad, sin "procedimiento regular de derecho") y de la cláusula de la sección 10, párrafo I, artículo 1º de la Constitución, por la que se prohíbe al legislador federal debilitar el efecto de las obligaciones.

La cultura política del país hizo que no se aplicara la declaración de la enmienda XIV sino para su objeto inicial, o sea, la protección de los negros. Pero más tarde, se han venido acogiendo a ella los capitales de industria para defenderse contra la intervención del Estado y la creciente fiscalización de sus negocios. Desde los primeros años de este siglo, la Corte Federal ha venido dando mayor amplitud al control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Así, el año 1905, en el famoso caso *Lochner*, la Corte resolvió, por cinco votos contra cua-

tro, declarar nula una ley del Estado de New York que limitaba a diez horas la jornada de trabajo en las panaderías. Consideraba la Corte que dicha ley privaba a los empleados de su libertad y de su propiedad sin "procedimiento regular de derecho" (*due process of law*).

Del año 1890 hasta la época actual, la Corte ha debido resolver sobre multitud de reclamaciones presentadas por aquellos a quienes afectaban en sus intereses las nuevas leyes sociales y de protección económica. Tal sucedió con las leyes sobre accidentes de trabajo, de duración de la jornada, de remuneración del trabajo o de sus condiciones, las leyes contra las oficinas privadas de colocación y contra la prohibición de pertenecer a sindicatos obreros que los patronos incluían en los contratos de trabajo. Igualmente, fueron sometidas a las Cortes, las leyes que establecían el arbitraje obligatorio para los conflictos del trabajo, el salario mínimo, o la legitimación de los instrumentos de presión sindical contra los patronos, como el boicot y el picketing. Las nuevas leyes de impuestos y tasas al comercio y a la industria han sido apeladas ante la Suprema Corte, la que declaró inconstitucional, recientemente, una de las leyes fundamentales para el New Deal del Presidente Roosevelt.

Los recursos ante el poder judicial tienen por objeto que éste constate la inconstitucionalidad de las medidas decretadas y proceda a declarar, en consecuencia, su inaplicabilidad. Los recursos se fundamentan casi siempre en las cláusulas de las enmiendas V y XIV, que prohíben privar a nadie de sus derechos sin "*due process of law*". Ahora bien, ¿qué es lo que se debe entender por "*due process of law*", o sea, por "*procedimiento regular de derecho*"? La Corte Suprema, dice el juez Day, ha tenido frecuentes ocasiones de analizarlo y siempre ha rehusado dar una significación precisa, prefiriendo dejar el campo de aplicación a la decisión judicial a medida que surjan los procesos. Si bien los jueces se han querido reservar, pues, un derecho ilimitado para controlar en interés público las intervenciones del Poder, también se han trazado algunas directivas según las cuales ejercen su derecho de control constitucional. Los jueces siguen tres criterios para determinar si las leyes incriminadas son constitucionales o no.

El primer criterio seguido es el de que la ley constituya un ejercicio razonable y proporcionado de las facultades de policía del Estado. Si representa una intervención desproporcionada o no razonable, la ley se declara inconstitucional. El segundo criterio es el de que los medios empleados por la ley para conseguir sus fines sean necesarios para ello; de lo contrario, es decir, si tales fines de interés público pueden ser alcanzados con una menor restricción de los derechos individuales, la ley es declarada insubsistente. Tal criterio (*expediency*)

ha sido muy empleado para la apreciación de las leyes de carácter social y económico con que cada día viene invadiendo la esfera privada el Estado. El tercer criterio es el de que las leyes sociales y económicas que establecen sanciones penales para los infractores especifiquen bien claramente aquello que se permite y aquello que se prohíbe. Con mucha frecuencia, los tribunales han declarado la invalidez de una ley por adolecer de esta falta de certeza y claridad.

Los tribunales ejercen su control legislativo por cuatro procedimientos establecidos por la práctica. El primer procedimiento es el de *excepción de inconstitucionalidad*. El querellante, procesado por incumplimiento de una ley, o demandado para que la cumpla, ejerce como medio de defensa la inconstitucionalidad de la ley, sometiéndola así a la consideración de la corte. Con frecuencia, el querellante es un agente de los grupos afectados por la ley y que se valen de este medio para obligar a la corte a calificar la constitucionalidad de la ley. Cuando la más alta corte del Estado, mejor aún si es la propia Corte Suprema Federal, declara que la ley es inaplicable por inconstitucional, ésta queda prácticamente anulada por efecto de la doctrina del *stare decisis*, que obliga a los jueces inferiores a seguir la regla establecida por la jurisprudencia suprema, cuyas decisiones son llamadas ejecutorias porque establecen precedente forzoso. La legislatura no tiene ya más recurso que aprobar una nueva ley que no contenga ninguna de las disposiciones censuradas por los tribunales, o bien, votar una reforma constitucional, llamada enmienda, que le confiara expresamente el derecho a realizar la reforma que deseaba. Numerosas veces han recurrido a este medio las legislaturas de los Estados. La legislatura federal se ha visto obligada también a emplear tal recurso después de las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas por la Corte Suprema en 1918 y 1922 sobre las leyes regulando el trabajo de los menores. Así debió votar, el 2 de junio de 1924 una enmienda constitucional que confería al Congreso "el poder de limitar, reglar y prohibir el trabajo de las personas menores de 18 años". Pero la enmienda, que necesitaba la aprobación de 36 Estados para regir, no pudo obtener sino la adhesión de 20 Estados.

El segundo procedimiento es el de la *demandá de injonction* (*mandamiento u orden*). Los interesados se adelantan a la aplicación de la ley, aún antes de haber sido perturbados en el goce de su situación jurídica. Piden a los tribunales que prohiban al Poder Ejecutivo, mediante una orden o mandamiento, poner en aplicación la ley inconstitucional. Por este procedimiento se consiguió impedir la aplicación de la ley, aprobada después de la guerra mundial, por la que se prohibía la enseñanza del alemán en las escuelas. El tercer procedimiento consiste en que la corte se *avoca de oficio* el examen de la

constitucionalidad de una ley. Tal sucedió, por ejemplo, con su célebre decreto de 1803, que constituye el acta de nacimiento del control judicial. El cuarto procedimiento, sumamente complejo, es el del *aviso consultivo*, que ha trascendido del derecho constitucional americano a la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Precisamos, en síntesis de lo expuesto, que el sistema consiste en oponer a la ley la excepción de inconstitucionalidad, dando así ocasión para que los tribunales aprecien y califiquen la ley. Si los tribunales la juzgan inconstitucional, se niegan a aplicarla. Pero no la anulan ni derogan, pues no tienen competencia para ello; simplemente, la dejan sin eficacia, ya que, por el principio del *stare decisis*, los jueces inferiores deben aplicar la jurisprudencia establecida por el tribunal superior.

En Francia ha sido tradicional negar al poder judicial competencia para declarar sobre la constitucionalidad de una ley. Así resulta del art. 3º del capítulo V del título III de la Constitución de 1791, según el cual "los tribunales no pueden mezclarse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes". También el art. 10 del título II de la ley de 16 de agosto de 1790 prescribía: "Los tribunales no podrán... impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo..." En virtud de la separación de poderes, y, consecuentemente, de la competencia exclusiva de cada uno, se ha negado en Francia el derecho de los jueces para calificar la constitucionalidad de una ley, en un caso a ellos sometido por las partes. Tal es la tesis sostenida por Esmein. Pero Duguit opina, rectificándose de sus anteriores afirmaciones, que semejante doctrina es errónea. "El principio de la separación del poder legislativo y la autoridad judicial no puede compeler a un tribunal a aplicar una ley inconstitucional. Los tribunales están obligados a aplicar las leyes, es incontestable; pero deben aplicar tanto las leyes constitucionales como las leyes ordinarias. Por lo tanto, si hay contradicción entre la ley ordinaria y la ley constitucional, es ésta la que debe prevalecer, puesto que es la ley superior, y es ella, solamente ella, la que deben aplicar los tribunales. Decir que los tribunales no tienen competencia para apreciar la constitucionalidad de una ley y que están obligados a aplicar todas las leyes, incluso una ley contraria a la Constitución, equivale a decir que pueden violar la Constitución, lo que no es admisible".

Respecto de la aplicación de los reglamentos, sí es opinión unánime en Francia que los tribunales tienen competencia para apreciar la legalidad de los reglamentos, inclusive los que emanen del Jefe del Estado y los reglamentos formulados por el Ejecutivo a petición o por encargo de las Cámaras. En nuestro país, el art. 154 de la Cons-

titución establece que el Jefe del Estado tiene entre sus atribuciones la de reglamentar las leyes, sin trasgredirlas ni desvirtuarlas, y que la misma restricción existe para los decretos y resoluciones. El art. 133 de la misma carta establece: "Hay acción popular ante el poder judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros". El Código Civil establece, en el art. XXI del Título Preliminar que "los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes".

Resultados del sistema.—En los Estados Unidos de Norte América, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, ha derivado en una verdadera supremacía de los jueces sobre la legislatura. O sea, que los tribunales se hallan, prácticamente, en condición de invalidar los acuerdos que toman los representantes del pueblo, quienes, en teoría, detentan la soberanía nacional por delegación popular. Ch. Grove Haines ha desarrollado brillantemente este tema en su obra "American doctrine of judicial supremacy". Se critica al sistema el ser el gobierno de las leyes y no el de los hombres. Bajo pretexto de control sobre la constitucionalidad de las leyes, el Poder Judicial ha ido adquiriendo dos instrumentos de dirección política y social. Mediante la apreciación de las leyes, los tribunales corrigen o eliminan las disposiciones que estiman inconstitucionales. Y, mediante el injonction o mandamiento, los tribunales intervienen en los conflictos del trabajo para prohibir a las organizaciones obreras el empleo de determinados instrumentos de lucha, como el boycott o la llamada "conscripción de neutros". Desde el año 1934, la Corte Federal, gracias al criterio de los nuevos jueces, ha venido mostrando una mejor comprensión para las leyes de carácter económico-social. Así, en la célebre resolución del 18 de febrero de 1935 reconoció como válida la ley que anula, por ser contrarias al orden público, las cláusulas contractuales en las que se estipule el pago en oro. Este cambio de orientación de la Corte Federal ha contribuído notablemente a que la opinión pública ratifique su adhesión al sistema del control judicial.

Sistema de Tribunal Constitucional Especial.—Para asegurar mejor el control sobre la constitucionalidad de las leyes, se ha querido establecer Tribunales especiales, como el Senado conservador en Francia durante el Consulado, el Primer Imperio y el Segundo Imperio. La constitución de Rumanía ha reservado el examen de la constitucionalidad de las leyes a la Corte de Casación en pleno. La constitución de Checoeslovaquia prohibía a los jueces, por su art. 102, discutir la constitucionalidad de las leyes regularmente promulgadas.

Fero, por ley posterior y conforme al espíritu del mismo artículo, se estableció un Tribunal Constitucional, cuya composición, derivada del Poder, no ofrecía garantías de imparcialidad. La única experiencia de verdadera importancia ha sido la de Austria. La constitución austriaca de 1920 estableció una Alta Corte Constitucional, institución que fué mantenida por las Constituciones de 1928 y 1934. Esa Alta Corte protegía los derechos individuales y mantenía a los jueces alejados de la política. Como imitación de la institución austriaca, la última constitución española estableció el Tribunal de Garantías constitucionales, entre cuyas atribuciones se contaba la de apreciar la constitucionalidad de las leyes. La institución se debió a la inspiración del jurista Hans Kelsen, a quien Karl Schmitt opone la tesis de que un organismo jurídico no es un órgano eficiente de garantía constitucional. Pero ninguno de estos ensayos puede ser comparado con la construcción, realmente admirable, a que han llegado los Estados Unidos después de más de un siglo de tradición y reajustes.

Compendiando la crítica del sistema podemos repetir la observación de Duguit: "El sistema, que consiste en conferir a una alta e imparcial jurisdicción, sin carácter político, competencia para apreciar las leyes, desde el punto de vista del derecho, y para anular las leyes que contengan preceptos atentatorios al derecho, parece a primera vista tan seductor como de fácil realización. Y, sin embargo, cuando se reflexiona un poco, surge la duda y se pregunta uno si verdaderamente sería ésta la solución ideal y habríamos dado con una institución colocada por encima de toda controversia y suspicacia. Por de pronto, ¿cómo estaría compuesta esta alta jurisdicción, y cómo habrían de ser designados sus miembros? Si es el Gobierno o el Parlamento quien los nombra, su independencia estaría en litigio. Si son elegidos por el pueblo, por sufragio directo o de dos grados, esta alta jurisdicción vendría a ser un organismo político y no presentaría las garantías de imparcialidad que se le piden. Si se reclutan por cooptación, la institución así constituida no tardaría en convertirse en una corporación aristocrática y sus miembros erigidos en casta, incompatible con la democracia moderna".

Aún suponiendo que dicha corte sea posible, quedaría siempre por resolver cuál ha de ser la forma de su intervención. Porque si correspondiera sólo al Gobierno el ejercicio de la instancia, es evidente que no la ejercerá sino en el caso de que desee invalidar una ley que no le complace. Si cualquier persona pudiera ocurrir ante dicho tribunal solicitando se declare inaplicable una ley, entonces tendríamos un entorpecimiento a la labor legislativa, que se supone de bien público, por la sola acción de un individuo afectado. Por último,

si ese tribunal pudiera intervenir de oficio e invalidar una ley por propia iniciativa, entonces se tendría un nuevo órgano político más poderoso que el Estado mismo.

B) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Aunque las leyes más recientes tienden a desconocerlos, por la creciente impulsión de la solidaridad social, existen dos principios jurídicos que toda ley debe respetar, por lo menos de modo general; ellos son el de los "derechos adquiridos" y el de la "irretroactividad de las leyes". El legislador que los vulnere, sin que un urgente interés público lo exija, desprestigia la autoridad del Estado y mina la base de la armonía social, cual es la confianza en la seguridad de las situaciones jurídicas. Cuando una ley no está arreglada a derecho, el particular tiene recursos para evitar la aplicación de la ley; tales recursos son la apelación judicial y la resistencia. Pero, en el caso de que una ley sea perfectamente legítima, esto es, conforme a derecho, bien puede suceder que cause perjuicios a determinadas personas. Hasta hace muy pocos años se estimaba generalmente que el Estado no era responsable por los perjuicios que ocasionara una ley. Se creía que el Parlamento era el intérprete infalible de la soberanía nacional y que no podía existir ningún derecho superior o distinto al que él definiera.

Felizmente, hoy va abriéndose campo la conciencia de que la ley no crea el derecho por sí misma y que su valor jurídico está en relación con un derecho anterior y superior a ella. El patrimonio del Estado se halla en la obligación de reparar los perjuicios que una ley ocasione al patrimonio de los particulares, salvo casos excepcionales de interés público. El conocido tratadista Duguit ha establecido cuatro categorías, en las que se agrupan los casos cuestionables.

1º—*El legislador dicta una ley para impedir o restringir cierta actividad, libre hasta entonces, pero que, en un momento dado, se considera peligrosa para el desenvolvimiento de la actividad individual y, por lo tanto, de la nación.*—Si el legislador se ha propuesto suprimir una actividad nociva para las personas y para la nación, el patrimonio colectivo no tiene por qué indemnizar al patrimonio de algunos. Nada dice el hecho de que esa misma actividad ha sido considerada lícita anteriormente y que a su amparo se han creado intereses que la nueva ley lesiona. El derecho no es un conjunto de reglas absolutas e inmutables, sino un cuerpo de reglas variables con el tiempo y las circunstancias, según las nuevas necesidades del bien común,

que es el que interesa a la sociedad. Cuando se dicta una ley prohibiendo una actividad anti-social, como la fabricación de productos nocivos, no puede pedirse una indemnización alegando que dicha actividad era anteriormente lícita puesto que, en realidad, se trataba de una omisión de la ley anterior y la nueva ley no hace sino reconocer y proclamar una prohibición que ya existía en puro derecho.

2º—*El legislador dicta una ley que prohíbe o restringe determinada actividad que no es, en sí misma, nociva ni anti-social.*— Tal es el caso cuando el Estado asume para sí el ejercicio de una actividad privada con el fin de cumplirla más eficientemente o para establecer un monopolio. Es evidente que entonces el Estado se halla en la obligación de indemnizar a los particulares puesto que éstos se ven perjudicados en el ejercicio de una actividad conforme al derecho y que en nada perjudica a los demás. Si el Estado desea sustituirse a los particulares, para obtener un lucro, es justo que indemnice por el perjuicio que ocasiona. Si el Estado asume una actividad porque estima que constituye un servicio público que él puede cumplir con mayor eficiencia, también debe pagar una indemnización desde que priva a los particulares de una fuente de riqueza perfectamente lícita y plenamente jurídica. Es justo que el patrimonio colectivo, enriquecido por esta expropiación, compense el perjuicio que ocasiona.

3º—*El legislador dicta una ley por la que restringe el derecho de los acreedores.*— Cuando una ley modifica situaciones contractuales nacidas con anterioridad a su promulgación, el Estado se halla en la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios que ocasiona. Pero, para que sea debida la indemnización, precisase que la ley tenga por objeto modificar la situación jurídica en sí misma. No es exigible la indemnización si la ley se limita a modificar tan solo los términos de tiempo o las vías de ejecución, que favorecen a los acreedores. Así, las leyes que establecen moratorias o suspenden los efectos de la prescripción y la caducidad, obedecen a un interés social y no afectan el derecho sustantivo de los acreedores; trátase únicamente de reglas procesales y adjetivas. En cambio, si una ley modificara la situación jurídica misma, como sería el caso en que condonara los alquileres devengados o los intereses de los créditos, entonces sí que el Estado estaría obligado a indemnizar por el perjuicio que ocasiona.

4º—*El legislador dicta una ley que, considerada en sí misma, es conforme al derecho superior, pero que tiene por consecuencia hacer más onerosa la situación jurídica en que se encontraba una per-*

sona respecto al Estado.—Desde luego, no se trata aquí del caso improbable en que el Estado pretendiera modificar a su favor las condiciones contractuales que pactó con algún particular, puesto que tal ley sería simplemente una ley formal, de valor jurídico nulo y, por tanto, inaplicable en los tribunales. Cuando la ley es general, el Estado no debe indemnización a las personas afectadas por ella. Así, una ley que establece la liberación condicional, lo que supone menor número de presos, no obliga al Estado a indemnizar a los proveedores que contrataron con él un servicio de mayor magnitud. Igualmente, una ley de accidentes del trabajo, no obliga al Estado a indemnizar a los contratistas de las obras públicas por el mayor gasto que se les impone. Pero, si la ley tiene por objetivo especial el de modificar la situación jurídica de un concesionario de servicios públicos, haciéndola más onerosa, el Estado se halla obligado por el derecho superior a pagar la correspondiente indemnización, salvo cuando se trate de prescripciones reglamentarias dictadas para asegurar un mejor servicio.

C) RESISTENCIA A LA OPRESION

Toda persona tiene el derecho de exigir que el Estado se organice en tal forma que los derechos individuales sean respetados. Y el Estado no respetará a los ciudadanos sino en aquellos países en los que se haya establecido, enérgicamente, la responsabilidad de los funcionarios y la del propio Estado. Cuando, pese a todas las garantías constitucionales, los derechos individuales son violados, se dice que existe opresión, o sea, cuando el Estado dicta una ley contra el derecho, cualquiera que sea la mayoría que respalde dicha opresión. También es opresivo un acto individual para todos los miembros de la sociedad, porque, aún cuando no los afecte directamente, se está vulnerando el principio de la solidaridad social y haciendo sufrir a una persona una opresión que luego se puede continuar ejerciendo sobre las demás.

El art. 32 de la Declaración de Derechos de los girondinos decía: "Hay opresión cuando una ley viola los derechos naturales, civiles y políticos que debe garantizar. Hay opresión cuando se viola la ley por los funcionarios públicos al aplicarla a hechos individuales. Hay opresión cuando los actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos contra la expresión de la ley. En todo gobierno libre, el modo de resistencia a estos diferentes actos de opresión debe ser regulado por la constitución". Los artículos 10 y 11 de la Declaración de Derechos de la Constitución de 1793 establecían: "Todo ciuda-

dano llamado o requerido por la autoridad de la ley, debe obedecer al instante; la resistencia le hace culpable. Todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la ley determina, es arbitrario y tiránico; aquel contra el cual se quisiera ejecutarlo por la violencia tiene el derecho de rechazarlo por la fuerza”.

El art. 35 de la misma Declaración decía: “Cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”. Los legisladores de entonces fueron todavía más lejos, hasta el extremo de justificar el tiranicidio: “Que todo individuo que usurpase la soberanía sea muerto al instante por los hombres libres” (art. 27). Este último artículo resulta monstruoso. Como afirma Duguit, el asesinato político es siempre un asesinato. Nada puede justificar que se prive de la vida a un hombre cualquiera, sin previo proceso judicial, rodeado de las máximas garantías de imparcialidad y defensa. Y si la víctima es un Jefe de Estado, el delito reviste una gravedad moral indiscutible. En primer lugar, un individuo cualquiera, frecuentemente un anormal, se toma el derecho de juzgar y condenar ante sí a un Jefe de Estado y ejecuta su asesinato. En segundo lugar, el dar muerte a un Jefe de Estado, el intentar contra su vida, produce graves alteraciones políticas que causan a un país perjuicios a menudo irreparables. Inclusive, el asesinato origina males mucho más efectivos y mayores que aquellos a los que pretendió poner fin el homicida. Por lo demás, es verdaderamente monstruoso que se reconozca a cada cual el derecho de juzgar al soberano en su propia conciencia y de condenarlo a muerte, con olvido y prescindencia de los daños que se va a ocasionar.

Locke (1632-1704) sostiene que la mayoría del pueblo puede ejercer el derecho de resistencia contra una autoridad tiránica. El poeta Milton (1608-1674) justificó el regicidio de Carlos I, exponiendo que las leyes son obra del consentimiento del pueblo y obligan por igual a gobernados y gobernantes. Los súbditos, en quienes reside el poder político, tienen el derecho de separar al tirano. Buchanan (1506-1582) sostiene que si el soberano ha usurpado el gobierno sin el consentimiento del pueblo o si gobierna injustamente, puede ser destronado y aún privado de la vida. Blackstone (1723-1780) sostiene en sus Comentarios de las Leyes de Inglaterra que los súbditos pueden emplear las armas en defensa de sus derechos, cuando hayan agotado los recursos legales.

Altusio (1557-1638), jurista alemán notable, sostuvo en su “Tratado de la Política” que la soberanía tiene su origen en el concurso voluntario de los miembros del Estado y que éstos pueden ejercer una resistencia pasiva contra las leyes injustas, correspondiendo

a las asambleas públicas la resistencia activa, destituyendo al tirano o condenándolo a muerte. Después de la noche de San Bartolomé, apareció en Francia, entre otros folletos, uno intitulado "Vindiciae contra Tyrannos", atribuído por algunos a Hubert Languet (1518-1581). Sostiene el autor que los reyes que gobiernan arbitrariamente han quebrantado el compromiso de mantener la justicia y deben ser depuestos.

El art. 7º del Bill de Derechos autoriza a los "súbditos protestantes para tener armas para su defensa". El art. 2º de las Enmiendas constitucionales de 1789, en los Estados Unidos, reconoce el derecho del pueblo para tener y llevar armas. El art. 2º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano reconoce que es un derecho natural e imprescriptible del hombre la resistencia a la opresión. De este pretendido derecho de resistencia a la opresión se ha hecho toda una doctrina, siendo tradicional reconocerle tres formas: resistencia *pasiva* o desobediencia a la ley; resistencia *defensiva*, por la que el individuo resiste por la fuerza a la ejecución de una ley que él estima contraria a derecho; y resistencia *agresiva*, que consiste en la rebelión con el fin de derrocar al gobierno tiránico. Ningún texto constitucional, ni ninguna Declaración de Derechos ha expresado cuáles son los medios de resistencia a la opresión. En verdad, es cuestión muy delicada, como que equivale a negar la autoridad del Estado y a entregar el cumplimiento de cada ley al libre albedrío de cada persona.

Desde luego, tratándose de la resistencia pasiva, es admisible el derecho a desobedecer la ley. Benjamín Constant afirmaba: "La obediencia a la ley es un deber, pero, como todos los deberes, no es absoluto, sino relativo; reposa sobre el supuesto de que la ley tiene un origen legítimo, y se contiene en sus justos límites. Este deber no cesa cuando la ley no se aparta de esta regla, sino bajo ciertos aspectos y hasta cierto punto; debemos al público reposo muchos sacrificios.... Pero ningún deber nos liga con leyes que se hacían, por ejemplo, en 1793 y más tarde también, y cuya influencia corruptora amenaza las partes más notables de nuestra existencia". Como opina Duguit, la ley, sólo por ser ley, no es la verdad absoluta. "Exigir a todos la obediencia pasiva a la ley, es querer hacer un pueblo de esclavos. La obediencia a la ley es una necesidad social, pero cada cual es libre de apreciar el valor de una ley y de hacer todo cuanto pueda, sin recurrir a la violencia, para sustraerse a la aplicación de una ley que él considera contraria al derecho, así como para oponerse a la ejecución de un acto que estima contrario a la ley".

Tratándose de la resistencia *defensiva*, el punto es menos claro. En efecto, teóricamente, no puede ser controvertido el derecho de un

ciudadano de oponerse a la ejecución de una ley que supone contraria al derecho. Pero, en la práctica, ello equivale a la anarquía. Difícilmente podría subsistir una sociedad en la que se reconociese a cada persona el derecho de oponerse por la fuerza a la ejecución de una ley que estima, por sí, ante sí, contraria al derecho. Vendría a quedar sujeta la ley al capricho, al empecinamiento o al interés de cada ciudadano. Además, mirada la cuestión desde el punto de vista del derecho positivo, es innegable que la resistencia defensiva contra la ley implica un delito de rebelión, puesto que es deber respetar a los funcionarios y agentes del Estado, en uso de sus atribuciones legales. Muy distinto, desde luego, es el caso de un agente del Poder que intente ejecutar un acto abusivo, con violación de la ley, pues entonces se trata simplemente de un acto de fuerza, enteramente ilegal, y, por lo tanto, jurídicamente nulo. Nada dice al respecto la legislación penal, pero es evidentemente justa la afirmación que hace Garraud en su "Derecho Penal", de que "no es posible ver un acto de rebelión en la resistencia opuesta a un acto ilegal, incluso cuando sea acompañada de violencias y vías de hecho".

En cuanto a la resistencia *agresiva*, o sea el derecho a la insurrección, es evidente que una revolución que derroca a un gobierno tiránico es un acto legítimo. Claro está que en la práctica, el ejercicio de un derecho semejante presenta graves peligros. Creemos lo más oportuno, en cuestión tan delicada, transcribir la opinión de Duguít: "Si la insurrección triunfase, el gobierno nacido de ella no haría, de seguro, perseguir por atentado a la seguridad del Estado, o por complot revolucionario, a aquéllos a quienes debe el poder; y si fracasara, no habría tribunal que osase declarar que no había habido complot o atentado contra la seguridad del Estado, por ser tiránico el Gobierno y legítima la intención que hubo de derribarlo". "El derecho a la insurrección, incontestable en teoría, se halla de hecho desprovisto de toda eficacia. La ley constitucional de un país no puede reconocerlo sin peligro cierto de arrojar en el país mismo un germen de anarquía. Esto es, precisamente, lo que hacía decir a Boissy d'Anglas que la Constitución de 1793 "había organizado la anarquía". (Informe sobre la Constitución del año III, Monitor). De ahí nace para el Estado una obligación rigurosa: la obligación de organizar los poderes políticos de manera que quede reducido al *mínimum* el peligro de que los Gobiernos adopten decisiones arbitrarias, hagan leyes contrarias al derecho, ordenen o permitan la ejecución de actos individuales contrarios a las leyes".

El derecho a la propia imagen

Ernesto Perla Velaochaga.

Dentro del vasto campo jurídico de los derechos de la personalidad se divisa un panorama nuevo y atrayente constituido por el derecho a la propia imagen. No se trata de un problema teórico y especulativo, sin aplicaciones prácticas sino al contrario vinculado a cuestiones surgidas en el tragín afanoso de la vida moderna y que están esperando todavía una solución justa y legal.

La persona humana permaneció disminuída y degradada hasta que el catolicismo le recordó la divinidad de su origen y la excelsitud de su fin. Antes de él, el hombre pudo ser esclavo, siervo, cosa; después, readquirida su propia dignidad, se lanzó a la ardua conquista de sus propios derechos y ya no pudo ser sino sujeto de derecho. Pero los nuevos descubrimientos científicos, nuevas normas de vida, el desarrollo del progreso material mas acelerado que el desarrollo del progreso moral pueden amenazar nuevamente con convertir al hombre, en cierta y distinta forma, en un objeto, sea de lujo, de explotación o de placer; más, el hombre no puede olvidar ya los derechos tan duramente ganados, y exige entonces que le sean reconocidos los derechos inherentes a su propia personalidad.

Entre estos derechos de la personalidad deben considerarse los llamados derechos de intimidad o de defensa de la vida privada. Ellos constituyen —derecho subjetivo— la facultad de la persona humana a desarrollar las actividades normales de su vida íntima sin intromisión extraña. Estos derechos están en crisis por múltiples causas, todas las cuales encuentran un desarrollo favorable en el ambiente de la vida moderna, pero de una manera particular, para el asunto que es materia de nuestro estudio, estas causas son el desarrollo desmesurado de la publicidad, de la información y el sensacionalismo, junto con la despreocupación por los derechos de las personas que en esta forma son continuamente desconocidos o, si alguna pre-

ocupación existe al respecto, junto con la justificación que se pretende encontrar para desconocerlos, en el deber de información, ya sea escrita, fotográfica o cinematográfica. La persona necesita leyes y soluciones jurídicas sobre el particular, y allí tenemos el caso presentado últimamente en Buenos Aires, del matrimonio que al tener quintillizos, y deseando ponerse y poner a salvo a sus hijos de una despiadada publicidad, tiene únicamente para recurrir la complicidad de los vecinos y posiblemente las súplicas de que mantengan el secreto que le garantice poder seguir viviendo su vida privada lejos de la voraz publicidad.

Pero no son estos derechos en general materia del presente artículo, sino de entre ellos, en particular el derecho a la propia imagen. Este derecho está considerado como un derecho de tal especie por cuanto se relaciona con el derecho sobre el cuerpo, y tiene generalmente la manifestación de un aspecto propio e íntimo de la persona, pero sobre todo, por que sus caracteres son los mismos que distinguen a los derechos de la personalidad, tales como el nombre, con el cual se le ha confundido.

Problema que plantea el derecho a la imagen.

Es indudable que vivimos en un mundo en que dominan los medios gráficos, los progresos científicos en general y especialmente el perfeccionamiento de los medios mecánicos de captación y reproducción de imágenes, enlazados con la febril rapidez de la vida actual, y la difusión y popularización de aquellos medios, han acostumbrado a nuestros contemporáneos a ver mas que a pensar, leer u oír; o mejor, nos han habituado a oír, leer y pensar "viendo". Ayer no más la fotografía, hoy la cinematografía y mañana la televisión constituyen medios de difusión de la imagen no solamente extraordinarios por su perfección y multiplicidad, sino porque ninguno de ellos requiere el consentimiento del efigiado, ni hay forma de impedir su acción. El derecho de las personas sobre su propia imagen se encuentra así a merced de la indiscreción, y también del abuso y del uso que los demás deseen haber de ella; existe pues este primer derecho: el del efigiado. Por otro lado existe el derecho del que ha tomado la imagen, en el supuesto de que lo haya hecho de acuerdo con el efigiado, y aun en el caso de que la haya tomado sin consentimiento pero haciendo una obra que interesa al arte defender y conservar, es este el derecho que llamaremos del autor. Y por último existe el otro elemento que hay que tener en consideración dentro del estado actual de las cosas, las necesidades y el anhelo público por la información gráfica. Apesar de que éste puede ser legítimo cuando se trata prin-

principalmente de personas que por su situación política o por especiales cualidades se deben a la curiosidad pública, es indudable que no puede elevarse al rango de un derecho. El problema pues viene del conflicto entre estos tres elementos, cuando tienen intereses opuestos respecto al derecho a la imagen. La labor del legislador y del jurista se resuelve en establecer los justos límites de los derechos de cada uno de ellos, o mejor dicho, se reducen a establecer los deberes que son correlativos a los derechos del efigiado, del autor y del público en general, respecto a la captación, a la reproducción y a la difusión de la imagen.

¿En qué consiste el derecho a la imagen?

Ante todo se debe entender jurídicamente por imagen la representación sensible de la persona humana. Surge una interrogación: ¿se precisa la representación íntegra de la figura humana o basta una parte de ella, digamos, la cara por ejemplo; o, a la inversa, es suficiente la representación de la cara sin el resto del cuerpo para formar el concepto jurídico de imagen? Las opiniones son diversas, pero consideramos mejor considerar como imagen para los efectos jurídicos, la parte o el todo con tal que sea suficiente para darnos la representación de la persona humana o sea para identificarla. Y dentro de tan amplio criterio tiene que plantearse otro problema: ¿la caricatura de una persona también está comprendida dentro del concepto jurídico de imagen? Tratándose de ellas ya no se trata de la representación de la persona como es, sino tal como la ve el humorismo o la ironía del caricaturista. Pero de todas maneras es indudable que permiten la identificación de las personas, que es la razón y el fundamento del derecho a la propia imagen. Sucede así con las caricaturas respecto al derecho a la imagen, lo mismo que ocurre con los seudónimos y apodos, respecto al derecho al nombre: la protección legal tiene que extenderse a unos y a otros. Sin embargo esta solución nos puede llevar aún más lejos, al extremo de saber si, la representación del hongo, los zapatos y el bastón de Chaplín, por ejemplo, que lo identifican perfectamente, podría ampararse en el derecho a la imagen, pues constituye una representación de la persona sin la reproducción de la propia imagen.

Determinado el concepto jurídico de imagen, ya se puede establecer en que consiste el derecho sobre la misma. Se puede decir que es la facultad de la persona de gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás. Sin embargo, esta especie de definición, tan semejante a la que se da al derecho de propiedad, mas que nada tiene por objeto fijar desde

ahora las atribuciones que confiere y no debe tomarse en sentido absoluto; ya en el desarrollo del tema estableceremos las restricciones que tiene el mismo titular del derecho y también los límites de los derechos de terceros. Consiste pues ante todo en un derecho emanado de la personalidad desde que tiene por objeto a la persona misma y en cuanto el sujeto es dueño de su propio cuerpo. De aquí su estrecha vinculación con cuestiones morales, y aunque sin abordarlas, sólo aclaramos, completando lo expuesto, que este señorío sobre el propio cuerpo no es ilimitado ni arbitrario, sino que sólo es admisible en orden a la propia naturaleza, al fin último y al ordenamiento jurídico, porque sino constituye un abuso del derecho. De esta conclusión se han de deducir importantes consecuencias cuando tratándose del derecho contractual sobre la propia imagen.

Pero esta relación entre personalidad e imagen, que sirve para establecer la naturaleza del derecho que nos ocupa, no es un postulado y ha sido materia de graves objeciones. Se ha contradicho afirmándose que la imagen no está en el sujeto sino en el espejo que la reproduce, en la retina o en la placa fotográfica o en el écran cinematográfico, esto es que se vé en otro objeto, luego no está en la persona. Pero las consecuencias de tal teoría serían inadmisibles, y así habría que admitir como consecuencia, que si el derecho sobre la propia imagen no es una parte del derecho sobre el propio cuerpo, el hombre sólo es dueño de su propia imagen cuando tiene en su poder el negativo fotográfico o el elemento que la reproduce. Creemos que la imagen es una manifestación de la persona que está vinculada a sus atributos esenciales y por esto que el derecho sobre ella es una parte del derecho a la personalidad.

Tratando de precisar más todavía el concepto del derecho a la propia imagen, después de establecer que se trata de un derecho de la personalidad, es preciso distinguirlo de los otros derechos de la misma, especialmente del derecho al nombre con el que se le ha confundido. Hay entre ambos evidentes similitudes: sirven para identificar o individualizar a las personas. En la práctica esta equivalencia de nombre y retrato aparece cada día mas estrecha. Así en los documentos de identificación, libretas de conscripción militar y electoral, pasaportes, etc., se exige conjuntamente con la firma y la huella digital, el retrato; y, en las simples solicitudes que se presentan a determinadas dependencias administrativas, se viene exigiendo desde hace algún tiempo, el retrato del solicitante, adherido al margen del escrito. En el campo de la jurisprudencia se ha reflejado esto, y en Alemania, se ha tratado de aplicar al derecho a la imagen las normas del Código Civil sobre el derecho al nombre. Sin em-

bargo la distinción entre ambos derechos además de tener ventajas prácticas en orden a su mejor reglamentación, tiene fundamentos poderosos, especialmente que el nombre puede cambiarse y la imagen nó, apesar de todos los adelantos de la cirugía estética la imagen no puede alterarse total y absolutamente en la forma que la hemos precisado, cambio que sólo puede existir en la fantasía de algunos novelistas. Pero sobre todo la distinción entre ambos está en la que existe entre la etiqueta de un frasco y su contenido, ambos sirven para identificar el líquido, pero nadie debe confundir la marca o el simple rótulo (el nombre) con los procedimientos químicos para determinar el contenido del envase (la imagen).

Proceso histórico de la cuestión

El hábito de buscar en el Derecho Romano el antecedente de todas las cuestiones legales ha ocasionado, sin duda, que se considere el *jus imaginis* como una forma del derecho a la imagen. Esta institución consistió en el privilegio reconocido a la nobleza de exponer en el atrium de los palacios los retratos de sus antepasados que hubieren desempeñado magistraturas curules y que más tarde se extendió a la plebe por haberse hecho esos cargos accesibles a los miembros de esta clase. No constituye pues una solución al problema que nos ocupa que está planteado en otra forma.

La cuestión no podía aparecer antes de la invención de la fotografía, pues hasta entonces las reproducciones de las imágenes se hicieron por medio de la pintura, la escultura o la mascarilla funeraria, todas las cuales suponen el consentimiento del representado o de sus causahabientes, y además se obtenía un único ejemplar, desde que la reproducción equivalía a una nueva obra, de tal manera que no se podía presentar el problema de la reproducción y difusión que plantea precisamente el conflicto de derechos y deberes que ha de resolverse estableciendo las normas del derecho a la propia imagen.

Después del primer tercio del siglo pasado fué posible la fácil captación y reproducción de las imágenes por medio de la fotografía instantánea y desde entonces el perfeccionamiento de los medios para esto ha sido constante y extraordinario de tal manera que hoy es posible obtener las imágenes en cualquier lugar y tiempo con mecanismos tan diminutos y disimulados que muchas veces adquieren las apariencias de un botón o de una simple flor en el ojal de una americana. Desde entonces ya no fué pues posible que el derecho sobre la imagen quedara resguardado contra las indiscreciones e intereses de cualquiera. Además por estas y otras causas se produce el desa-

rrollo del sensacionalismo periodístico, la curiosidad pública es exacerbada y el mercantilismo invade muchos órdenes de la vida. El derecho a la imagen quedaba pues a merced de los nuevos vientos o de las nuevas tempestades. Comenzaron las violaciones a este derecho y las preocupaciones del aspecto legal del problema. Al márgen de toda legislación específica sobre la materia, se produce una abundante jurisprudencia en Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos, demostrando que la realidad había avanzado más rápidamente que la previsión del legislador y que había un derecho que buscaba su consagración por la legislación positiva. Esta necesidad fué reconocida en el XXVI^o Congreso de Juristas alemanes reunido en 1905 en el que, a propuesta de Enneccerus, se aprobó una declaración recomendándose que debía concederse tutela legal contra la arbitraria exposición de imágenes fotográficas, especialmente cuando sean dados a la publicidad hechos que sólo los interesados tienen el derecho de hacer públicos.

Desde ese momento se produce o se intensifica en los círculos forenses de todos los países el movimiento para crear pautas legales que establezcan definitivamente los límites de los derechos de las partes interesadas. El derecho jurisprudencial y la doctrina al respecto que hasta entonces había sufrido el inevitable influjo de las teorías individualistas imperantes como rezagos de la filosofía de la Enciclopedia y la Revolución, se orienta también con el flujo de las nuevas ideas jurídicas, cuya aparición se señala cronológicamente el año 1900 al entrar en vigencia el Código Civil Alemán, y que significa la orientación socializadora en el derecho privado. Pero ya la jurisprudencia francesa en este aspecto y otros, estaba restringiendo las instituciones en que aparecía más estricto el individualismo del derecho romano y del Código de Napoleón. Esta tendencia significa en el derecho a la imagen, la aparición de un nuevo factor; a los derechos del efigiado y del autor, añade un nuevo derecho si se quiere, que considera el derecho de la colectividad, que se resuelve en el interés y el derecho legítimos por la información gráfica. De aquí la aparición de las reglas de excepción entre las normas del derecho a la imagen, por las que quedan exceptuados de las restricciones que se venían reconociendo en favor de los derechos del efigiado y del autor, las reproducciones que imponían las exigencias de la moderna publicidad y particularmente de las imágenes de las personas que, por determinadas circunstancias políticas o de otro orden, se deben a la curiosidad pública.

Derechos respecto a la imagen

En el derecho a la imagen se comprenden tres derechos y sus correlativos deberes: a) el derecho del efigiado; b) el derecho del autor; y, c) el derecho del tercero.

En cuánto al primero nos queda poco que añadir a lo ya expuesto respecto a la naturaleza y caracteres del derecho. Pero hay dos aspectos entre otros que vale la pena sugerir siquiera para no hacer más extenso el tema. En primer lugar establecer los límites del derecho convencional sobre la propia imagen. Si, como ya tenemos dicho, se trata de un derecho de la personalidad y estos están esencialmente fuera del comercio de los hombres, no podría ser susceptible de enagenación ni de ningún otro contrato sobre él. La objeción es fuerte pero se funda en el concepto clásico de que estos derechos no son susceptibles de apreciación económica y este criterio ha sido desechado ya y substituído por el criterio que admite que los atributos de la personalidad pueden ser materia de convenciones, pero nó en la forma común sino bajo determinadas condiciones y teniendo en cuenta muy especialmente la licitud de la causa. El otro aspecto que puede tenerse en cuenta respecto al derecho del efigiado, es que este debe primar sobre los demás interesados desde que es el titular del derecho más respetable e inalienable por su propia naturaleza.

En cuánto al derecho del autor hay que considerar por lo menos algunos otros aspectos además de los ya indicados. Designamos como autor al que ha obtenido la imagen pues también se toma por algunos como tal al efigiado, suponiéndolo artífice de su propia imagen. Se puede tratar de la naturaleza del contrato celebrado entre el efigiado y el autor porque de esta dependen muchas consecuencias sobre las obligaciones y derechos recíprocos entre las partes. ¿Se trata de un contrato de compraventa o de una locación de servicios? Indudablemente que para ser el primero presenta el inconveniente insalvable de recaer sobre un atributo de la persona misma y no sobre una cosa; y parece ser más bien un contrato de trabajo desde que tiene por objeto la actividad del autor. Pero, aún admitiendo esto, tiene caracteres especiales por su calidad de artístico, y porque además el autor resulta ser dueño de los negativos obtenidos, según la jurisprudencia europea al respecto. Respecto a este derecho del autor sobre los negativos, no comprende el derecho a la reproducción, pues no debe obtener más copias que las convenidas en el contrato, salvo autorización del efigiado. Este empleo de las copias y negativos por el autor condicionado a la autorización del efigiado ha llevado a pretender que existe un derecho de condominio entre ambos; pero esta

teoría es casi insostenible si se tiene en cuenta que falta la posibilidad de la acción de partición. Mas bien examinando los caracteres de este derecho que impone al autor la facultad de mantenerlos en su poder pero también la obligación de no poder disponer de ellos, ni utilizarlos, y aún de presentarlos cuando se le solicitaren nuevas copias, se asemeja mas bien a los caracteres de un depósito legal; pero, para admitir tal equivalencia, existe el inconveniente de que la devolución, esencial en el depósito, no se produce en este caso. Todo esto obliga a establecer que el derecho del autor sobre los negativos tiene caracteres especiales.

Por último, hemos considerado también entre los derechos que deben regularse al respecto, el de la colectividad. Ya nos hemos referido incidentalmente a ellos. Es evidente que en el estado actual de cosas es admisible la reproducción libre de las imágenes de personas que por el rol histórico que les ha tocado desempeñar o por determinadas circunstancias políticas o artísticas, se deben al público. Siempre esta facultad queda sujeta al uso normal y lícito de la imagen.

Soluciones legislativas

Para resguardar los derechos a la propia imagen, los sistemas propuestos pueden clasificarse en tres grupos: a) El sistema que considera que no constituye un derecho específico y le aplican las reglas que rigen los actos ilícitos; es decir, el derecho sólo aparece cuando es vulnerado. Este sistema sólo resguarda pues, el derecho del efigiado. Todo lo expuesto anteriormente permite rechazar tal solución que no se conforma con la naturaleza del derecho, que dá la facultad de impedir el uso por otro de la imagen propia, aunque no le cause daño y deja sin fijar en forma estable y precisa los derechos de los demás interesados. b) El sistema que confunde estos derechos con los derechos de autor y legisla al respecto sobre el particular en las leyes sobre propiedad intelectual y artística. Este sistema es el mas común. Pero la confusión de ambos derechos es inadmisibles, porque en líneas generales, confunde dos categorías de derecho completamente diversas: la de los derechos extrapatrimoniales o de la personalidad con el de los derechos patrimoniales sobre bienes incorporeales como son los productos de la inteligencia. c) — El sistema que establece un régimen legal específico para el derecho a la imagen, que es el más conforme con la especial modalidad de este derecho pero que no existe, hasta donde alcanzan mis informaciones, establecido en legislación alguna.

Legislación nacional

El Perú sigue el segundo de los sistemas indicados anteriormente, esto es que nuestra legislación confunde los derechos de autor con el derecho a la imagen y por eso encontramos alguna legislación sobre ella en las leyes sobre Propiedad Intelectual, refiriéndose particularmente a la fotografía.

Así, además de la garantía establecida por la Constitución, nuestra arcaica ley de 3 de noviembre de 1849, garantiza también en su art. 1º el derecho de “los autores de todo género de grabados” para concederles derecho de por vida con el privilegio exclusivo de vender y distribuir sus obras y de ceder sus derechos en todo o en parte. Por el Tratado de Montevideo — art. 2º — se comprenden entre los derechos de propiedad intelectual y artística las “obras originales destinadas a proyectarse por medio del cinematógrafo, y las de grabados, fotografía y artes equiparables”. Muchas de las estipulaciones al respecto son inaplicables al derecho sobre la propia imagen.

El sistema de legislación específica que preconizamos llevaría a incluir dentro del libro I del Código Civil, los principios pertinentes, desde que en él se establecen los derechos de las personas, pudiendo complementarse el Tit. III que trataría así: “De la protección del nombre y de la imagen”. En esta forma quedarían debidamente precisados y garantizados los derechos al respecto, garantía que nuestra legislación debe otorgar a la imagen desde que más cada día se sirve de ella como medio de identificación y, por último, como las leyes son también educativas y reforman las costumbres, una legislación específica producirá el respeto que se debe a este atributo de la persona de los demás, que no puede estar a merced del afán de llenar páginas de revistas e informativos cinematográficas presentando muchas veces a las personas en vestidos y actitudes que ofenden la dignidad humana y enseñará a todos que debe rechazarse el uso inconveniente o libre de la propia imagen.



Algunas consideraciones sobre la sociedad de gananciales

José Luis González - Suárez.

En toda sociedad conyugal legalmente constituida, nace simultáneamente con ella una sociedad de bienes que, por su carácter de aprovechamiento común por los cónyuges, recibe el nombre de Sociedad de Gananciales.

Esta sociedad que constituye nuestro régimen único de bienes en el matrimonio, a pesar de su aparente similitud, no puede ni debe confundirse con una sociedad civil (contrato) ni mucho menos comercial. Sin embargo, sí tiene personería jurídica diferente de la de los cónyuges. En ella se mueven con vida propia determinada masa de bienes que suponen un patrimonio específico, al lado de los otros restantes patrimonios propios de los cónyuges, originarios éstos de aquél.

En efecto, el artículo 176 establece claramente que el matrimonio da vida a una sociedad entre marido y mujer. Esta sociedad a tenor del mismo artículo es impuesta por la ley; su duración depende de la vida en común de los cónyuges, (art. 199); la administración de los bienes de la sociedad está encomendada por ley al esposo, (art. 189); razones estas que la diferencia de la sociedad civil y que impiden asimilarla a ella.

Motivo de viejas discusiones doctrinarias ha sido este aspecto de la sociedad gananciales: ¿Es ella una sociedad civil? Planiol y Ripper así como Foignet, opinan por la tesis negativa. Sánchez Román, Valverde y de Diego, tratadistas españoles, se inclinan por la afirmativa siguiendo el criterio del Código Civil español que en su art. 1395 establece que las reglas del contrato de sociedad regiran en defecto de las de la sociedad de gananciales. De acuerdo con este último criterio, Ruggiero en su magnífico texto "Instituciones de Derecho Civil", ex-

pone con evidente exageración que los cónyuges en el matrimonio están impulsados por el afán de ganar dinero con fines a dejar una cuantiosa herencia a sus descendientes. Prueba de ello —añade— es el apreciable aumento del capital inicial de la sociedad al liquidarse esta. Para este autor la sociedad conyugal, es pues una sociedad de lucro.

Evidentemente la sociedad de gananciales no es una sociedad civil ni comercial y ello se desprende del articulado legal de nuestro código, pero si puede afirmarse que su carácter de sociedad es real y legalmente aceptable.

Sociedad es en lo que supone unión de dos personas. Lo es también en cuanto aportan bienes para un fin común. Tiene su estatuto impuesto por la ley y ella es inscrita en su Registro respectivo. Pero pierde su carácter civil o comercial en su propia naturaleza especialísima, donde el interés personal es supeditado por un interés ético superior, que el Estado resguarda, legisla y orienta hacia fines morales de propagación de la especie humana.

Como sociedad que es, la sociedad de gananciales tiene una personería diferente de los cónyuges que la integran y ello puede verse a través del articulado legal.

En el art. 176 queda establecida la sociedad con su patrimonio específico. La formación de bienes para la sociedad sin afectar los bienes de los cónyuges está indicando la existencia de una nueva personalidad económica, de un ser social independiente de los cónyuges; en el art. 188 se le encomienda al marido la administración de estos bienes que aparecen enumerados en el art. 184 y en el art. 189 se está reconociendo que las facultades administrativas del marido no pueden excederse de una administración regular, es decir, que el marido no es titular de sus propios bienes, esto es de los comunes. En el art. 196 se prescribe la afectación de los bienes de la sociedad a sus propias deudas.

Adviertase además que la facultad de cada cónyuge de disponer de sus bienes propios, establecida en el art. 178, da a los bienes comunes una fisonomía propia como patrimonio sobre el cual —durante la vida matrimonial— no cabe la intervención de los cónyuges a título de propietarios; no puede pues hablarse de copropiedad. Esta solo surge cuando la sociedad conyugal ha concluído, procediéndose entonces a delimitar el patrimonio de la sociedad y a establecer el alcance económico de cada cónyuge.

En realidad la personería propia de la sociedad de gananciales es necesaria para los fines que, desde el punto de vista económico, se persigue en el matrimonio.

El régimen de la sociedad de gananciales permite que se con-

serve el patrimonio de cada cónyuge, aun dentro de la vida matrimonial y que las cargas que han de soportar los esposos sean subvenidas por el aporte común del producto de sus actividades y de los frutos que den sus bienes propios. De esta manera, el sostenimiento del hogar tiene una fuente segura de ingreso asegurada en su desenvolvimiento por el aporte inicial y continuado de cada cónyuge a la formación del patrimonio común; lo que envuelve en cierta forma un desprendimiento, o más bien un desplazamiento de determinados bienes cuya propiedad pasa de manos de cada cónyuge a manos de la sociedad. Esta con su patrimonio atiende sus propias necesidades bajo la hábil administración del marido, controlada por la mujer a tenor de lo dispuesto en el art. 189, a la manera del control de un socio sobre los bienes que tiene en la sociedad a la que pertenece. De la administración más o menos sabia del patrimonio de la sociedad, podrá luego haber o no ganancias, hecho este que califica la sociedad como "de gananciales".

El que ninguno de los dos cónyuges pueda disponer a su antojo de los bienes de la sociedad, garantiza la economía de la misma, y aunque el marido tenga en sus manos dos patrimonios: el suyo propio y el de la sociedad, éste último lo tiene a título de administrador, con la severa medida de cobrarse su propio patrimonio, a la disolución de la sociedad, en último lugar, lo que en buena cuenta está aclarando la diferencia de patrimonios, base de la diferencia de personalidad social.

La existencia de una sociedad distinta de los cónyuges con patrimonio específico, suscita otro aspecto de no poca importancia: el de la trinidad de patrimonios.

Para comprenderlo hay que elevarse del concepto específico de la sociedad de gananciales al concepto genérico de sociedad conyugal, ya que el patrimonio común con su titular, ocupa íntegramente el campo de la sociedad de gananciales. No caben dentro de ella los cónyuges con sus respectivos patrimonios. Ellos y estos hay que enfocarlos desde el punto de vista de la sociedad conyugal.

En relación con este aspecto cabe recordar la doctrina moderna del patrimonio que representa éste como una universalidad de bienes independiente de la persona — en concepto abstracto — en contraposición con la doctrina clásica que sólo reconoce un solo patrimonio en la persona, único e indivisible con ella.

La doctrina moderna responde mas a la realidad en general y a la realidad en particular de la sociedad conyugal.

El articulado de nuestro código establece tres clases de bienes: bienes propios de la mujer; bienes propios del marido y bienes comunes. Cada uno de estos bienes está sujeto a la disposición de sus respectivos titulares, siendo el representante de la sociedad el mari-

do. Cada calidad de bienes representa una universalidad económica independiente, donde puede y en efecto hay, pasivo y activo aplicables tan solo a sus respectivas masas de bienes.

Los bienes propios de la mujer, como los mismos del marido caen bajo la exclusiva administración y disposición de ellos, y las deudas que contraigan se harán efectivas en sus respectivas masas de bienes. (Art. 178).

Suponiendo que los bienes comunes se bastaran a si mismo, en nada se perjudicarían los bienes propios de cada cónyuge, los que en tanto no los requiera el sostenimiento de la familia, pueden ser dispuestos a voluntad por cada cónyuge. Así también se desprende de las presunciones establecidas en los arts. 185, 186 y 187. Y queda ratificado este concepto al quedar establecido en el art. 201, la liquidación por patrimonios y la copropiedad de los cónyuges sobre los bienes comunes, efectuada la liquidación de la sociedad conyugal, previo inventario judicial para delimitar el alcance de cada patrimonio.

Por último, los arts. 175 y 198 independizan en cuanto la responsabilidad que cabe a cada cónyuge por deudas o por actos ilícitos, sus respectivos patrimonios: y los arts. 166, 169, 190, 191, 192 y 193 están indicando la independencia patrimonial de la sociedad que puede ser administrada excepcionalmente por la mujer en los casos señalados por ley.



Forma de transmitirse los derechos patrimoniales

(Ensayo de esquematización)

Por Anibal Corzetto Vargas.

Para definir la noción moderna del patrimonio, (1) dividiremos todos los derechos privados de una persona en la siguiente forma:

Los llamados *Derechos de la Personalidad*, que son las facultades o cargas, de carácter civil o político de un individuo. Estos derechos le aseguran su libertad, su vida, honor, nombre, etc. Y se denominan "Derechos de la Personalidad" puesto que se vinculan con la persona física o moral del individuo y sólo producen efectos jurídicos cuando han sido violados.

Los *Derechos de Familia* que forman un segundo grupo, son aquellos que, según la teoría clásica, no se pueden apreciar en dinero, es decir, no tienen posibilidades de ser valuados pecuniariamente,

(1).—Dejamos a parte en este trabajo la discusión sobre la naturaleza misma del patrimonio, sobre él hay actualmente las teorías siguientes: A) **Teoría clásica:** en donde el patrimonio es solo una emanación de la personalidad y es la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona como tal, encerrando estos tres postulados: 1º Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. 2º No puede tener más de un patrimonio, 3º y éste es inseparable de ella. (Aubry et Rau. Tomo IX.—Párrafo 574 págs. 333 y 335).

b) La teoría germana opuesta, en donde el patrimonio depende del fin para que se ha creado, criterio objetivo, abstracción hecha de la persona.

c) Teoría ecléptica sostenida por Planiol et Ripert y mantenida por la interpretación jurisprudencial francesa, la que de acuerdo con las normas nacionales exponemos en esta primera parte del trabajo. Síntesis extraída de las siguientes obras: Planiol et Ripert. Tomo II. — Tratado de Derecho Civil Alemán por Enneccerus, Kipp y Wolff. Parte General. T. I. Vol I. — Ortmann "Introducción al Derecho Civil". Colin et Capitant "Traite Elementaire de Droit Civil".

siendo derechos de potestad de una persona sobre las otras. Pero un examen mas sutil, verificado por la teoría alemana, ha encontrado muchos derechos patrimoniales sin valor pecuniario, y por el contrario muchas relaciones familiares que son avaluables en dinero. (2) De tal modo que una definición de los Derechos de Familia se obtiene mediante un examen detenido de los derechos del individuo, y los derechos que respondan a un factor ético más elevado, pertenecen al segundo grupo. Podemos pues, decir que estos son “los derechos relativos a una relación duradera de la vida con otra persona, y se conceden al titular en razón de los deberes morales impuestos al mismo hacia los demás”. (3) Estos derechos así como los anteriores son intransmisibles.

Frente a estos dos grupos, está el de los *Derechos Patrimoniales*. Su fundamento lo señala claramente Ortmann cuando dice: “El individuo necesita para la conservación de su yo, no solo la libre actuación de su propia persona, sino también, y en no menor escala, una cierta dominación sobre el mundo que le rodea, “la suma de los derechos que se obtienen por esta dominación se llaman derechos patrimoniales, y forman en conjunto lo que entendemos por el “Patrimonio”.

El patrimonio, no comprende pues, los derechos de la personalidad y los de la familia, sino todos los demás, y tienen como principal y casi común característica el que puedan ser avaluados en dinero.

La palabra patrimonio tiene varias acepciones. En el lenguaje vulgar, es el conjunto de bienes que están bajo el dominio de una persona; técnicamente se le considera siempre como el conjunto de derechos y obligaciones de cada persona apreciables en dinero (4) y

(2).—“Los derechos que se dirigen a algo exterior a la propia persona los dividimos en derechos patrimoniales y en derechos de familia. La opinión dominante cree hallar la característica diferencial en que los primeros permiten ser estimados en un valor pecuniario (valor en uso o valor en cambio) mientras que los segundos no son estimables en dinero y se dirigen a las relaciones de autoridad y subordinación basadas en los vínculos familiares. Pero esto se halla en desacuerdo en muchos casos. Existen numerosos créditos relativos a prestaciones sin valor patrimonial; el derecho hereditario es un derecho aún cuando sea relativo a una herencia consistente solamente en deudas; el derecho de autor se refiere también a las obras carentes absolutamente de valor, incluso la propiedad puede recaer sobre cosas de ningún valor pecuniario (sobre cartas, o sobre el rizo de la amada). Por otro lado, la patria potestad sobre los hijos capaces para el trabajo puede tener un valor pecuniario considerable y la tutela no se funda en la mayoría de los casos en los vínculos familiares, sino en el mandato de la autoridad”. Enneccerus y Nipperdey. Parte General. T. I. Vol. I pág. 308 N^o 71.11.

(3).—Enneccerus op. cit. id. id.

(4).—Manuel Elementaire de Droit Civil. Foignet et Dupont. T. I. pág. 513.

la teoría clásica francesa lo definió así: "El Patrimonio es el conjunto de bienes que tienen por sujeto activo o pasivo la misma persona" (5).

Sin embargo, los alemanes, contraponiendo a la noción de "*universitas facti*", las "*universitas iuris*" crearon el patrimonio como una universalidad de derecho en pró de un fin común.

Estas dos tendencias, cuyas diferentes direcciones en tono exagerado no son aceptables, han llevado a Planiol y Ripert a dar una definición ecléptica, pero adecuada y aceptable de la institución. Dicen estos tratadistas que "El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una *persona*, apreciables en dinero y considerados como formando una *universalidad jurídica*". Este último elemento es el que determina la unidad patrimonial, porque, en realidad, todo el patrimonio es, en sí, una cosa diferente de los elementos que lo forman, por lo que el patrimonio no es susceptible del derecho de propiedad o de otros absolutos, porque "No es adecuado para servir de objeto unitario en el comercio jurídico; los actos de disposición sobre él constituyen jurídicamente actos de disposición sobre sus elementos". (6).

Este principio trae como consecuencia la intrasmisibilidad total del patrimonio inter-vivos. Los germanos no aceptan este principio y en la práctica el patrimonio lo transmiten íntegro en algunos casos, como en el de la comunidad de bienes de la sociedad conyugal, pero porque no atañen a su unidad objetiva sino subjetivamente, a la confusión entre los titulares de los dos patrimonios. En contra de este parecer, los suizos admiten la transmisión total objetiva como lo revelan los artículos 181, 182 y 183 del Código Suizo de las Obligaciones en la cesión de patrimonios íntegros y fusión de compañías.

Estas ideas han influido en las legislaciones, (7) pero sin embargo no han sido aceptadas con el extremismo que les dispensan sus expositores. Aunque la concepción actual haya influido tanto que ha variado el criterio clásico en lo que respecta a la inviolabilidad y uni-

(5).—Colin et Capitant op. cit. id. id.

(6).—Ortmann. Introducción al Derecho Civil. Ed. Labor. Pág. 156 N° 2.

(7).—El derecho alemán acepta el concepto moderno del patrimonio como se desprende del art. 419 del BGB. "Si alguna persona adquiere por contrato el patrimonio de otra, sus acreedores, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior que continúa existiendo, pueden a partir de la conclusión del contrato, invocar contra el cesionario los derechos existentes en la época de la cesión. La responsabilidad del cesionario se limita al monto del patrimonio cedido y a los derechos que le resultan en virtud del contrato. Si él no invoca esta limitación habrá lugar a aplicar por analogía los artículos relativos a la responsabilidad de los herederos". Cita traducida por Saleilles (Planiol T. III. cita en la pág. 29).

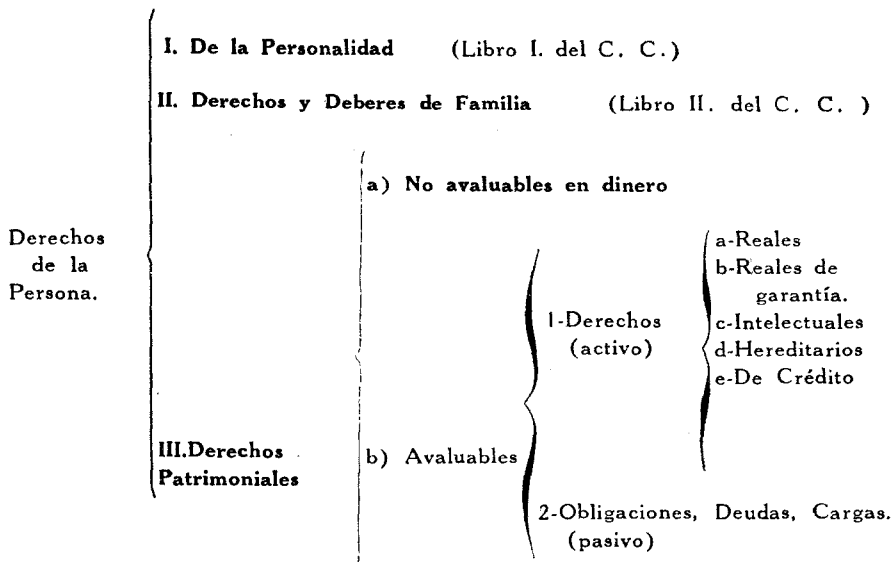
dad patrimonial, no ha sido conmovida en su base, de allí que creamos que el fundamento de la institución sigue siendo siempre el mismo y no es conveniente, de acuerdo con nuestra legislación, exagerar la nota, pretendiendo que el patrimonio resulte completamente independiente de la persona.

La unidad patrimonial debe tener, según nuestro criterio, dos aspectos: el subjetivo, ligando la universalidad a la persona; y el objetivo, considerando siempre la universalidad en su singular afectación para la que se le destina, pero siempre en relación con el titular, y es, precisamente por esto, por lo que desechamos la teoría que supone posible la posesión de dos patrimonios en una misma persona, pues basta que cualquiera universalidad entre en el campo patrimonial del individuo para que quede integrando junto con el anterior un solo patrimonio bajo el imperio del poseedor.

Los elementos del patrimonio son: los derechos que vienen a ser el activo del patrimonio, y las obligaciones que vienen a ser el pasivo.

¿Son las deudas parte del patrimonio? La teoría ha dudado en admitirlas. Sin embargo, a pesar de que algunos autores sostienen que la cuestión debe resolverse en cada caso con las disposiciones del ordenamiento jurídico de cada país, Ortmann hace constar que los alemanes (muy avanzados en esta materia, pues admiten en su Código la asunción de la deuda) aceptan que las deudas formen parte del patrimonio. (8).

El Patrimonio está compuesto de los siguientes derechos:



(8).—Artículos 1967 y 1459 del BGB.

Los caracteres de los Derechos Patrimoniales son, pues, su posible valoración pecuniaria y su transmisibilidad. Estos caracteres tienen las siguientes excepciones:

1.—El grupo señalado por la doctrina alemana de los bienes patrimoniales que no tienen valor pecuniario (v. nota 2) y que por tanto su transmisión no tendría objeto y no serían aceptados en el tráfico.

2.—Ciertas obligaciones que son inherentes a la persona y que por lo tanto no se pueden transmitir, especialmente a los herederos, tal como lo prescribe el art. 1232 del C. C. vigente. En nuestro Código Civil existen las siguientes obligaciones inherentes:

a) Las de hacer, cuando se ha tenido en cuenta al crear la obligación la persona del que se eligió por su industria. (art. 1183).

b) El pacto de preferencia es absolutamente intrasmisible, por disposición expresa del art. 1438.

c) La facultad de revocar la donación no pasará a los herederos durante esta facultad hasta solo seis meses desde que sobrevino alguna causal por la que el donante puede revocar la donación. (arts. 1482 y 1480).

d) El contrato de locación de servicios, no se transmite a los herederos, pues una de sus condiciones es que se termine a la muerte del locador. (art. 1551).

e) El mandato está sujeto a igual disposición (art. 1649 inc. 3º).

f) Puede ocurrir además que una obligación tenga el carácter de inherente en relación con una de las partes y no con la otra, así en la renta vitalicia, si se señala como duración de ésta la vida del acreedor. (León Barandiarán).

Por último, debemos agregar también la manifestación de la voluntad, pues las obligaciones, de sí transmisibles, no se podrán transmitir a los herederos, si así se pactó, principio aceptado por el Código Napoleón en su artículo 1922, y que, como en nuestra legislación positiva no hay fórmula contraria, no vemos porqué no sea aplicable, pues esta cláusula no atentaría contra el orden público ni contra las buenas costumbres, mientras que por el dispositivo del art. 1328, tendría fuerza de ley entre las partes, esta intrasmisibilidad que podría ser absoluta, estaría sujeta a las reglas especiales del derecho sucesoral.

Hechas estas excepciones, la regla es que todos los demás derechos y obligaciones sean transmisibles. La palabra transmisión signifi-

ca una sucesión (9) en el patrimonio, o, mejor dicho, en la propiedad de determinado bien del patrimonio o a veces en la integridad del mismo, de aquí que toda transmisión o sucesión pueda dividirse en dos grupos según la amplitud del título: a título universal, de todo el conjunto; a título particular, de determinados bienes.

Del mismo modo, la trasmisión, no ya atendiendo a la amplitud, sino en función del estado del causante, se divide en otros dos grupos: trasmisión por causa de muerte, y trasmisión por actos entre vivos, casi siempre por medio de contratos en los cuales exista la "datio" (trasmisión de un bien) o por actos materiales con resultados jurídicos, como la derelicción y posesión subsiguiente.

Mezclando los cuatro términos expuestos, el Dr. León Barandiarán en su Curso de Sucesiones forma este cuadro:

Sucesión	{	A) Mortis-causa	{	a)	a	título universal:	Herederos
				b)	a	título particular:	legatarios
		B) Inter-vivos	{	a)	a	título universal:	muy raras
				b)	a	título particular:	usual

Las trasmisiones A) Mortis-causa, son objeto de la parte del Código Civil que las trata bajo el rubro de "Sucesiones" en su Libro III, cuyo sistema no es objeto de éste trabajo. Es de las trasmisiones inter-vivos de las que pasamos a ocuparnos.

Los bienes del patrimonio se pueden transmitir por actos entre vivos en dos formas: la trasmisión a título singular, es la mas corriente en la vida civil, la a título universal es mas discutida y muy rara. Dice el Dr. León Barandiarán: "dentro de la sucesión inter-vivos se puede producir trasmisión a título universal y a título particular, dentro de la primera tenemos un caso único, o sea cuando se comprende todo el patrimonio que de una persona pasa o otra por una operación jurídica durante la vida, para que surta sus efectos también durante la vida y nó en caso de muerte: así, la transferencia del activo y pasivo de una compañía a otra compañía (personas jurídicas) y que son por consiguiente sucesiones inter-vivos a título

(9).—"Sucesión" la emplea nuestro Código para designar solamente el Libro III, pareciendo que solo significara trasmisión del patrimonio a título singular o universal mortis-causa, este equívoco lo ha hecho notar primeramente el Dr. J. León Barandiarán (Curso de Sucesiones. U. C. 1940).

universal. Otro caso son las quiebras en donde se dá todo el patrimonio del deudor a los acreedores”.

Baudry-Lacantinerie y Saignat sostienen que la cesión de la herencia es una cesión a título universal (10) lo que nos parece lo cierto, pues la cesión de la herencia no es idéntica a la Cesión de Créditos dentro de la que está incluida en nuestro Código Civil, prueba de ello es la característica de la **transmisión** de una universalidad, diferencia aceptada por las legislaciones. (11).

Sin embargo, al involucrar nuestros legisladores en el título de la cesión de créditos la de la herencia han procedido con acierto, pues no habría otro lugar mas a propósito dada la similitud y la analogía de ambas instituciones que deben regirse por los mismos principios, pero no creemos que sea porque se les estima como instituciones idénticas. Teóricamente, debemos, pues, separar la cesión de créditos, dentro de la que caben cesión de derechos hereditarios a título singular, de la cesión de la herencia, que como es a título universal la catalogamos dentro del primer grupo que estamos estudiando. (12). Este esquema aclara nuestro concepto:

(10).—“]a venta o la cesión de la herencia es la convención por la que un heredero cede a un precio cualquiera la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan de su propiedad por la apertura de la herencia. Pero no es su cualidad de heredero lo que el vendedor transmite por este contrato; esta cualidad es incedible y personalísima y no depende del heredero de transmitir a otro su lugar en la familia del “de cuius”. Lo que es objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, **universum jus defuncti**” Baudry Lacantinerie et Saignat. Tome de la venta et de l'échange. Chapitre XII. Section Premiere. pág. 897 nº 862

(11).—Planiol et Ripert Tomo X. pág. 407. nº 356, refiriéndose a la moderna interpretación de los tribunales franceses dice “Después de algunas vacilaciones la Corte de Casación se ha producido netamente en sentido contrario (afirman pues, que la cesión de créditos es cosa diferente de la cesión de la herencia) por su Sentencia de la “Chambre Civile du 6 juillet 1858” desde entonces la Corte Suprema no ha vuelto a variar de criterio”, así también opinan Aubry et Rau T. V. pág. 359 nota. 24. Baudry Lacantinerie et Saignat T. de los Contratos nº 904. etc.

(12).—Hay tres modos en cuanto a la forma como el heredero quiere ceder su herencia, o la cede gratuitamente y se rige por los artículos de la donación, o la cede por otros derechos o por un precio en cuyo caso hay permuta o cesión de herencia que se rigen todos ellos por el título de la cesión de créditos de nuestro C. C.

Trasmisión del Patrimonio intervivos	}	1º Título Universal	1-Actos propios del De- recho Comercial	A) Fusión de Compañías B) Quiebra
			2-Actos propios del De- recho civil	A) Fusión de Personas Jurídicas Civiles B) Cesión de la Heren- cia.
			2º Título singular: (pasamos a estudiar).	

La cesión a título universal está avanzando en la construcción sistemática de todos los Códigos y actualmente es ya un hecho en muchos de ellos como hemos visto en Suiza.

La Trasmisión del patrimonio a título singular inter-vivos, por ser la forma común en la vida civil, es un tema de importancia.

Los derechos y las obligaciones del patrimonio se transmiten por diversas instituciones; así tenemos que estudiar:

I. Trasmisión de las obligaciones, en función del deudor, que se hace por la institución de la Asunción de la Deuda, campo fértil para un profundo estudio de esta nueva figura civil, y para adaptarla a nuestra legislación, pues el Código Civil la desconoce, pero que por el principio de la libertad de contratación puede darse en nuestra vida civil y comercial. Esta nueva figura ha tomado incremento en el Derecho Civil y Comercial, sobre todo en Suiza y en Alemania; en realidad viene a ser una cesión del crédito por el deudor con el consentimiento del acreedor requisito del cual depende la perfección del contrato.

II. La Trasmisión de todos los demás derechos y obligaciones, estas últimas desde el punto de vista activo, será el objeto último de este trabajo en el orden expuesto en el cuadro N° 1.

La Trasmisión del Derecho Real más importante o Absoluto que tenemos sobre las cosas, el derecho de Propiedad, se verifica por medio de cualquier contrato o acto jurídico que contenga la "solutio", como son los: a título gratuito, la Donación; a título oneroso, la compra-venta, la permuta, y en general todas las formas de pago. (13).

Estos contratos requieren otros requisitos para perfeccionarse, que varían según sean las clases de bienes que se transmitan, muebles o inmuebles, y que como siempre, no existe un criterio uniforme para hacerlas, y sí, respecto de las cosas muebles, las legislaciones están acordes en aceptar como requisito indispensable "la tradición",

(13). La transmisión puede ser a título gratuito o a título oneroso, la primera se rige por la donación expresada, por eso es que en el texto solo tratamos de la a título oneroso.

que el Código de 1852 reconoció en el art. 1388, y el vigente en el 880.

Respecto de los inmuebles, dada su natural importancia, la cuestión ha adquirido mayores divergencias, así podemos señalar las cuatro tendencias en esta breve sinópsis:

A) La que considera que los inmuebles se transmiten como consecuencia del simple consentimiento, admitida por el Código Napoleón.

B) El sistema romano, que consideraba insuficiente al consentimiento, no perfeccionándose el contrato hasta que no se hubiera realizado la "traditio" siendo entre tanto el acreedor poseedor del "jus ad rem" y no del "jus in re".

C) La tendencia que requiere como requisito preponderante la inscripción del contrato que transmite el bien en el Registro de la Propiedad Inmueble. Doctrina Germana.

D) La teoría moderna francesa para la que no basta el simple consentimiento, abandonando la rigidez del Código Napoleón, por lo que éste solo es válido entre las partes, pero no es oponible a terceros hasta que no se haya inscrito, creando pues, una verdadera propiedad relativa, junto a otra absoluta. (Ley de Registros de 1855 en Francia).

Nuestro ordenamiento jurídico, siguió la doctrina del consentimiento, como se puede apreciar en los artículos 1306 y 1308 del Código de 1852, hasta el año de 1888 en que se dió la Ley de Registros que adoptó la últimamente expuesta y que sigue el Código de 1936, pues el Dr. M. Olaechea opinó que, aunque reconoce la bondad del sistema germano, no es aplicable en nuestro medio por las deficiencias registrales. Esta doctrina se desprende del art. 1172 del C. C. nuevo.

La transmisión de todos los otros derechos reales, de propiedad intelectual, hereditarios, de crédito, y reales de garantía, en general derechos incorpóreos se transmiten por la figura de la Cesión de Créditos que, con gran acierto, implantó el Código de 1936 entre nosotros. Como dicen Planiol y Ripert: "En principio, todas las cosas incorpóreas pueden ser objeto de una compra-venta especial llamada Cesión". La Cesión se diferencia de la compra-venta, en que al precio no se opone un objeto, sino un derecho; de aquí, que como sobre las cosas incorpóreas, solo tengamos derechos, esta sea la forma general de la transmisión.

La Cesión puede tener tres formas diversas, así tenemos la cesión-venta de la que hemos hablado, la cesión-permuta en la que se truecan dos derechos, y que interpretando analógicamente el art. 1465

debemos tratarla por las reglas de la Cesión de Créditos (14) y la cesión-donación que reviste los caracteres, y se rige por los artículos de la donación simple. De estas tres figuras, la gratuita carece de mayor interés, y solo consideramos las dos primeras que se subsumen dentro de la figura de la Cesión de Créditos.

Sin embargo, a esta regla se escapan algunas excepciones que vamos a encontrar a medida que analicemos los derechos que estudiamos.

En efecto, nos toca ahora hablar sobre los derechos reales relativos, que Colin y Capitan llaman derechos sobre las cosas de otros; éstos son:

1º—El Usufructo, de naturaleza transmisible (15) por medio de la Cesión, pero por tratarse de un derecho real cuando recae sobre un bien inmueble, debe cumplirse el requisito de la Inscripción en el Registro, como lo prescribe el art. 1042, inc 1º. Sin embargo, hay ordenamientos jurídicos que no permiten esta Cesión. (16).

Se discute si es cedible como derecho o como ejercicio del mismo; así los tratadistas Lafaille, Planiol y Ripert, y Rossel y Mentha, comentando los artículos pertinentes de los Códigos Argentino, Francés y Suizo, están por la teoría de la cesión del ejercicio solamente.

Nuestro Código permite la cesión del derecho real de usufructo (17) y también, en consecuencia, la transmisión del ejercicio del mismo. Solamente el art. 405 impide la transmisión del usufructo de los padres, al que solo se puede renunciar.

También por ministerio de la ley, el usufructo tiene dos excepciones a su total transmisibilidad:

a) el caso indicado en el art. 943 del C. C., en donde el usufructo no se trasmite *mortis-causa* a los herederos.

(14).—La permuta simple manda a los contratantes a que se rijan por los artículos de la compra-venta, en caso de cesión-permuta creemos que se mande para que rijan por analogía por los artículos de la cesión simple.

(15).—Planiol y Ripert, pág. 682 T. III. Los Bienes.

(16).—El C. C. Alemán. 1059. — Suizo art. 758. — Brasileño 517.

(17).—J. del Busto. "El Derecho de Usufructo en el Código Civil del Perú". Tesis. 1943. U. C. Pág. 48. En donde demuestra 1º por el análisis de la exposición de motivos y 2º del texto mismo del C. C. que la voluntad del legislador y de la ley es la cesión del derecho mismo, sobre todo basándose en la opinión del Dr. M. A. Olaechea expuesta en la Exposición de Motivos del Libro IV del C. C. publicada en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos, Año I. Nº 2 pág. 185, y la opinión del Dr. Solf y Muro expuestas en las Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo VII pág. 67.

b) el caso fijado en el art. 944 del C. C., en el que se determina la misma prohibición.

En estos dos casos, la duración del mismo en caso de cesión inter-vivos no surtirá efectos si es que se ha prolongado en el pacto mas allá del término señalado en dichos artículos.

2º Las Servidumbres reales se transmiten también por las reglas señaladas para el usufructo, pero como van unidas mas consustancialmente a la propiedad, el art. 961 limita la trasmisión y expresa que no puede en ningún caso ser trasferida sino con la propiedad del predio dominante, anulándose el acto si no se cumple este requisito.

3º Los derechos reales de uso y habitación, que tienen un carácter de muy personal, y que son creados casi siempre "intuitae personae" son absolutamente intrasmisibles en la generalidad de la doctrina. El artículo 954 del C. C., admite este principio y dice que ninguno de esos dos derechos puede ser objeto de ningún acto jurídico como no sea el de la consolidación (artículo que interpretado "in sensu contrario" admite la cesión de las servidumbres y el usufructo).

El segundo grupo de los derechos incorpóreos que son los derechos reales de garantía, como los llama nuestro Código, son simples créditos, con carácter real para poder perseguir determinados bienes por cobrarse, de aquí que se rijan en su trasmisión por las reglas de la cesión, debiendo en caso de la Hipoteca inscribirse en los Registros de la Propiedad (art. 1042 inc. 1º) así como la anticresis, y la retención tratándose de bienes inmuebles.

La prenda no necesita inscripción pues versa sobre cosas muebles.

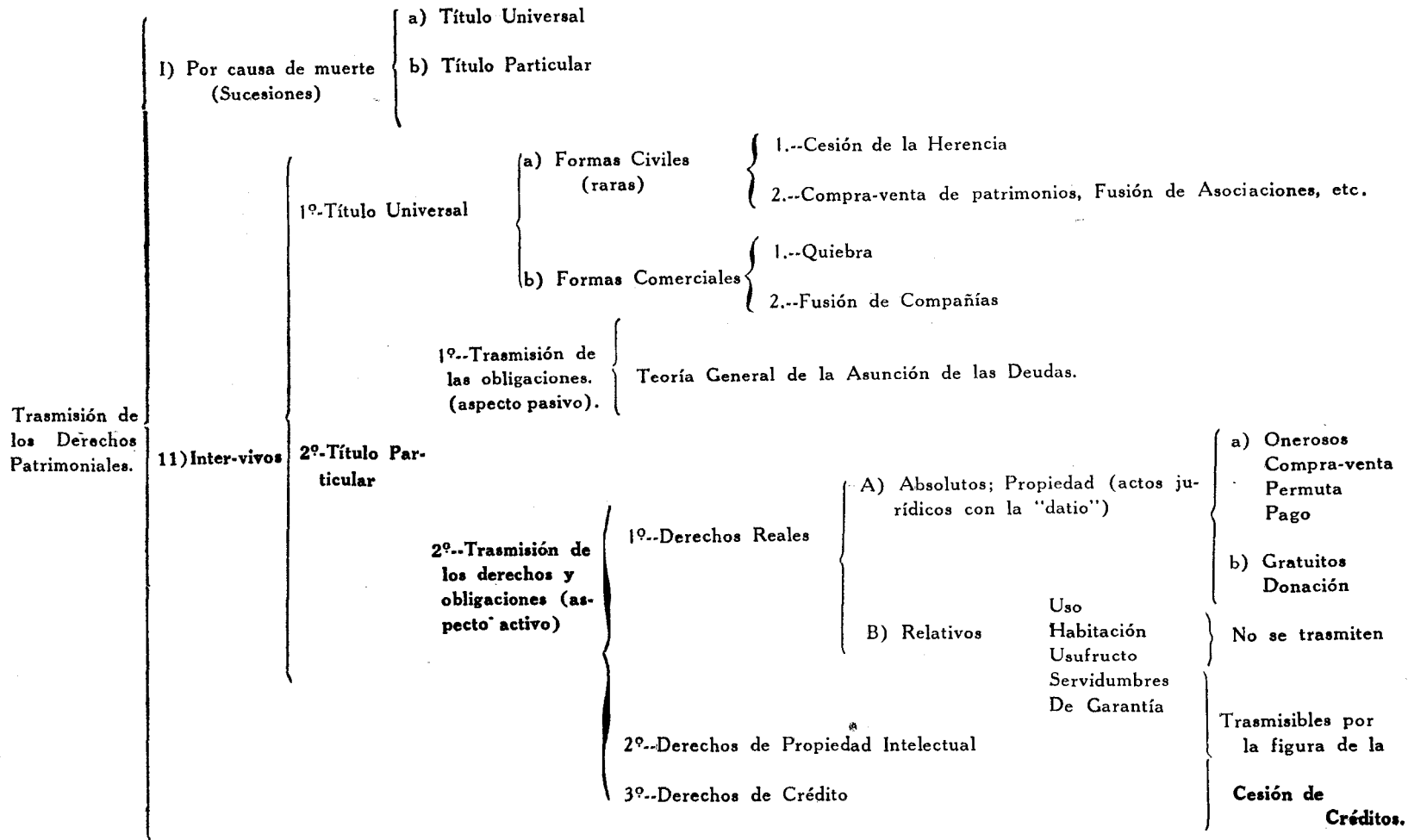
El tercer grupo constituido por los derechos llamados de "propiedad intelectual" y los derechos hereditarios se rigen también por la cesión de créditos; así lo prescribe para los primeros la ley 3 de noviembre de 1849 en el art. 1º que permite a los autores "ceder su derecho en todo o en parte", y los segundos están determinados por los arts. 1461 y ss.

El último grupo o simplemente, derechos de crédito, se rigen por la institución que les ha sido especialmente creada, la Cesión de Créditos, tantas veces mentada a través de éste trabajo, que ocupa el Título II. Sección V, Libro V del Código Civil innovando en esta materia felizmente.

Con estas consideraciones podemos vislumbrar la importancia cada vez mas grande de la figura de la Cesión, cuyos caracteres y modalidades son un gran campo especulativo que ofrece para el estudio prometedoras perspectivas.

En el esquema reproducido al final de este artículo sistematizamos las ideas expuestas.





Legítima del cónyuge en concurrencia con hermano

Por Jorge Vega García.

El nuevo Código Civil hace del cónyuge con toda justicia, un heredero forzoso, otorgándole una legítima en propiedad. Hay abogados que exageran sin embargo los límites del derecho del cónyuge supérstite, llegando a privar al testador, en no pequeña proporción, de su facultad de testar libremente, con evidente perjuicio para otros herederos legales, tan estimables casi a los ojos del legislador como el propio cónyuge.

Se sostiene, por ejemplo, que el hermano no puede recibir sino el tercio de libre disposición cuando el testador deja cónyuge con derecho a legítima.

Tres argumentos principales se invocan en ese sentido:

1º—El artículo 700 del Código Civil fija en el tercio de los bienes la cuota de libre disposición cuando hay cónyuge. No puede pues dejarse al hermano una porción que exceda de este tercio.

2º—Cuando el cónyuge concurre en la herencia testamentaria con un heredero forzoso, su legítima individual es fijada por el artículo 704 del Código. Pero este texto no rige cuando la concurrencia no es con legitimario. En tal caso, la legítima del cónyuge es de los dos tercios.

3º—El artículo 768 del Código Civil, que concede al hermano la mitad de la herencia cuando hereda con el cónyuge del causante, es inaplicable, porque se refiere a la sucesión legal y no a la testamentaria que es la que interesa.

El problema presenta sin duda sus dificultades. Para resolverlo parece necesario distinguir tres casos diferentes. Puede suceder: 1) que el cónyuge no tenga gananciales. — 2) que sus gananciales igua-

len o superen el monto de la cuota que le correspondería como heredero legal. — 3) que sus gananciales sean menores que esta cuota. Las facultades del testador variarán en cada una de estas tres hipótesis, como se verá en seguida.

Primer Caso

Cuando el cónyuge carece de gananciales su legítima individual está señalada en el artículo 704, primer párrafo: "La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal". El testador no puede dejar a su cónyuge una cuota inferior a la que le correspondería en caso de herencia legal en concurrencia con el heredero de que se trate. Si el testamento es en favor de hijos y del cónyuge, la legítima de éste debe ser igual a la de un hijo. (Art. 765). Si la concurrencia es con padres del testador, la legítima del cónyuge es igual a la de uno de ellos (art. 767). Si es con ascendientes o hermanos, la legítima es igual a la mitad de la herencia (art. 768). Como principio general establece el art. 700 que el testador que tiene cónyuge solo puede disponer libremente del tercio de sus bienes. La regla sufre una excepción cuando el testamento favorece al cónyuge, puesto que su legítima individual se eleva al mismo tiempo, no siendo ya una cuota igual a la de uno de los hijos o padres del testador, sino la mitad de la herencia.

Al contrario, si el testamento favorece al cónyuge y a otros parientes colaterales del testador, la legítima de aquel será de los dos tercios de la herencia, puesto que, según los artículos 760, 769 y 771 del Código, el cónyuge excluye en la herencia legal a los parientes colaterales del causante, con excepción de los hermanos.

No es exacto, en consecuencia, que el art. 704 se aplique únicamente cuando heredan cónyuge y legitimarios. El texto no hace semejante distinción. Se limita a establecer que el testador no puede dejar a su cónyuge menos de lo que le correspondería, por ministerio de la ley, si se tratara de herencia legal. En otras palabras, el cónyuge que hereda con hermano solo puede reclamar la mitad de la herencia. Su situación es la misma que en la herencia intestada. Sólo podría favorecerse pues al hermano en mayor proporción que al cónyuge, donándole en vida el tercio de libre disposición.

Se desprende de lo dicho, la inconsistencia del argumento que afirma la inaplicabilidad del art. 768 en el caso de herencia testamentaria. El Código, en su art. 700, se limita a señalar la cuota de que puede disponer el testador, fijando así de modo indirecto el monto de la legítima global. Las reglas sobre partición de esta legítima entre los herederos concurrentes se encuentran en el título de la heren-

cia legal, y, en el caso particular de la legítima del cónyuge es el mismo Código, en su art. 704, el que remite a las normas de los artículos 765, 767 y 768, que determinan la cuota que corresponde al cónyuge en concurrencia con otros herederos.

La opinión según la cual la legítima de los dos tercios corresponde íntegramente al cónyuge que hereda con hermano conduce además a una contradicción insoluble. En efecto, cuando no hay testamento, el hermano adquiere según el artículo 768 del Código la mitad de la herencia. Ahora bien, la herencia legal se basa en una interpretación de la voluntad presunta del causante. ¿No resulta entonces absurdo que el testador pueda menos cuando manifiesta categóricamente su voluntad que cuando guarda silencio? ¿Deberá abtenerse de testar a fin de que su hermano pueda heredar la mitad de los bienes?

Decir que el hermano puede participar de la legítima de los dos tercios, no significa que sea un heredero forzoso. No es legitimario, por que puede ser excluido de la herencia, sin expresión de justa causa, al revés de los herederos forzosos que solo pueden serlo por desheredación. No puede reclamar una legítima pues, a diferencia de los herederos forzosos, solo tiene derecho de participar en ella con el cónyuge, por voluntad expresa del testador o por disposición supletoria de la ley.

Segundo Caso

Según el artículo 704, el cónyuge pierde su legítima si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota que le correspondería como heredero legal. En este caso no existe legítima. El testador puede disponer de la totalidad de su herencia, pero sólo en favor de legitimarios o del hermano que es heredero concurrente con el cónyuge en la herencia legal. La regla de carácter general es que quien tiene cónyuge ú otro de los herederos forzosos que señala el artículo 700 sólo puede disponer libremente del tercio de sus bienes. La regla especial es que cuando los gananciales llegan o exceden al monto de la cuota no hay legítima, convirtiéndose ésta en cuota disponible que el testador puede dejar a cualquiera de los herederos legales con quienes concurre el cónyuge, es decir de los enumerados en el artículo 760 del Código como herederos del primero, segundo y tercer orden.

Demás está indicar que, no siendo el hermano heredero forzoso, podría siempre el testador excluirlo de la sucesión, dejando a su cónyuge la totalidad de sus bienes, con prescindencia de la regla del artículo 704.

Tercer Caso

Puede suceder, finalmente, que los gananciales del cónyuge sean menores que la cuota que le correspondería como heredero legal. En este caso, dice el artículo 704 "se reducirá la cuota hasta lo que sea preciso". Supóngase que la herencia llegue a S/. 50.000 y los gananciales a S/. 10.000. La cuota que corresponde al cónyuge como heredero legal en concurrencia con hermano es la mitad de la herencia, o sea S/. 25.000. Conforme a la regla del artículo 704 habrá que reducirla a S/. 15.000 a fin de que sumada a los gananciales resulte una cantidad igual a la cuota. La legítima del cónyuge será en este caso de S/. 15.000. Es decir, que cuando el cónyuge tiene gananciales menores que la cuota que le correspondería como heredero legal, su legítima está constituida por la cantidad que falta a los gananciales para llegar al monto de la cuota. Del resto puede disponer el testador únicamente en favor de los legitimarios o de ese heredero singular y privilegiado que es el hermano.

El Seguro Marítimo y el riesgo de guerra

Por Xavier Kieffer-Marchand

La costumbre quiere que, desde mucho tiempo, se excluyan los riesgos de guerra de los seguros ordinarios.

Sobre esta cuestión, las diferentes legislaciones han adoptado dos sistemas distintos:

Según el primero, los riesgos de guerra están comprendidos entre los riesgos a cargo de los aseguradores pero, en la práctica, las pólizas los excluyen de los riesgos ordinarios de la navegación. Esto sucede, entre otros países: en Alemania, Argentina, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Holanda. Es también el sistema adoptado por el Código de Comercio del Perú (art. 769, inciso 10).

Otras legislaciones han preferido — lo que es más lógico — sancionar lo que sucede en la práctica. Según ellas, los aseguradores, salvo convenio expreso, quedan exceptuados del pago de la indemnización en caso de riesgo de guerra. Han adoptado este sistema: Bélgica, Italia, Marruecos y Portugal, entre otros. En Francia, se presentaron dos proyectos en este sentido, en 1887 y en 1926, pero ambos no pasaron de proyectos. Este sistema tiene, evidentemente, mayores ventajas, ya que no vale la pena fijar normas que, en la práctica, no se cumplen por acuerdo entre las partes.

El seguro marítimo contra los riesgos de guerra ha adquirido sobre toda gran importancia desde la primera guerra mundial de 1914-1918. Los peligros para la navegación resultaron entonces considerables con la aparición de nuevos elementos de destrucción, desconocidos en las guerras anteriores, principalmente el submarino que tantas pérdidas ocasionó a las marinas mercantes. Esta importancia, lejos de decaer, ha aumentado en el actual conflicto, llegando

los aseguradores a cobrar premios que han pasado del 30% para los buques que navegaban en zonas peligrosas.

Ahora bien, al iniciarse la guerra de 1914— 1918, los Estados, principalmente los beligerantes, han tenido que adoptar medidas especiales para proteger su marina mercante en serio peligro. Las disposiciones así tomadas están contenidas en decretos y leyes que han sido posteriormente adaptadas a las nuevas circunstancias, como lo aconsejaba la experiencia anterior, al iniciarse el actual conflicto mundial.

Vamos a examinar a continuación las disposiciones que contiene el Código de Comercio Francés de 1808, vigente, y la nueva legislación que, en materia de riesgo de guerra, fué adoptada por Francia como consecuencia de los dos conflictos en los cuales tuvo que intervenir este país.

* * *

El artículo 350 del Código de Comercio.—Según el artículo 350 del Código de Comercio, todos los riesgos de mar están a cargo del asegurador. Estos riesgos, que enumera detalladamente, pueden clasificarse en tres categorías:

a)—*riesgos de mar propiamente dichos*: tempestad, naufragio, varadura, abordaje, cambios obligados de ruta, de viaje, o de buque, echazón o toda avería común.

b)—*incendio a bordo*: (el asegurador no es, sin embargo, responsable cuando el incendio tiene por causa un vicio propio de la cosa o una falta del capitán).

c)—*riesgos de guerra*: captura, saqueo, detención por orden de una potencia extranjera, declaración de guerra o represalias.

* * *

En 1840, las pólizas francesas excluyeron el riesgo de guerra de los riesgos a cargo de los aseguradores. Este riesgo fué, desde entonces, objeto de condiciones especiales que figuraban en anexos a las pólizas (premios suplementarios, etc.).

* * *

Período de 1914-1918.—Es solamente en 1914 que, en Francia, se preocuparon verdaderamente de reglamentar el seguro marítimo de riesgo de guerra. Ante el peligro que amenazaba entonces a la navegación, era preciso adoptar medidas inmediatas.

Por un decreto del 11 de agosto de 1914 (nueve días después

de declarada la guerra), el Gobierno creó una "Comisión Ejecutiva de las Compras y Transportes Marítimos, efectuados para asegurar la alimentación nacional". Esta Comisión, que debía funcionar en el Ministerio de Hacienda, se componía de representantes de los Ministerios de Guerra y Marina, funcionarios del Ministerio de Hacienda, un Catedrático de Derecho Comercial y varios dirigentes de Compañías de Seguros.

Dos días después y como una consecuencia del anterior decreto, el Gobierno Francés, resolvió con fecha 13 de agosto de 1914, que "durante las hostilidades, el Estado Francés podría garantizar contra los riesgos de guerra, tanto a los buques como a sus cargamentos" (art. 1).

En cuanto a los buques, la garantía del *Estado* solo se aplicaba a los buques franceses, inscritos en un puerto francés, siempre que estuvieran asegurados contra los riesgos ordinarios de la navegación hasta un 25% de su valor (art. 2º). Sin embargo, la garantía no podía sobrepasar el 80% del valor del buque (art. 3º). A cambio de esta garantía, el Estado cobraba un premio que no podía exceder del 5% de la suma garantizada (art. 4º). Quedaba, naturalmente, convenido que el buque debía someterse a las instrucciones de las autoridades francesas o aliadas en cuanto a la ruta que tenía que seguir (art. 5). Las sumas adeudadas por el Estado por concepto de esta garantía debían pagarse a los seis meses de la presentación de los respectivos comprobantes (art. 7).

Tratándose de las *mercaderías*, el decreto hacía una distinción entre la importación y la exportación. La garantía del Estado cubría el valor total de las mercaderías importadas en buques franceses, aliados o neutrales, pero solamente las exportadas en buques franceses (art. 8). Esta última disposición fué modificada por un decreto del 10 de Octubre de 1914 que extendió la garantía del Estado a las mercaderías exportadas tanto en buques franceses como aliados y neutrales. El premio fijado para las mercaderías era el mismo que para los buques, es decir del 5%, como máximo, del valor de la suma asegurada.

El decreto del 13 de agosto de 1914 indicaba los casos en los cuales los armadores estarían exentos de responsabilidad y podrían reclamar el pago de la indemnización correspondiente. Un decreto posterior (12 de noviembre de 1914) anulaba estas disposiciones, bastante liberales, resolviendo que "si el buque sale del puerto contrariamente a las instrucciones recibidas de las autoridades francesas o aliadas o no observa dichas instrucciones durante el viaje, el Estado quedará, por su propia voluntad, desligado de toda obligación, quedando a su favor la mitad del premio pactado". (art. 2).

Todas las disposiciones de éstos decretos fueron reunidas en una ley que lleva la fecha del 10 de abril de 1915 y que reproduce, por lo tanto, el decreto del 13 de agosto de 1914 con sus modificaciones establecidas por los decretos del 10 de octubre y 12 de noviembre de 1914.

En 1917, en vista del progreso considerable de la guerra submarina y de los estragos que producía, el Gobierno, por un decreto del 25 de enero, suspendió el máximo del 5% que había fijado como premio para el seguro de riesgo de guerra.

El 19 de abril de 1917, se promulgó una ley de mucha importancia. Esta establecía, en efecto, el seguro obligatorio por el Estado, contra el riesgo de guerra, de todos los buques franceses de 500 y más toneladas, dejando como facultativo dicho seguro para los buques franceses de menos de 500 toneladas y para los buques aliados o neutrales fletados por franceses. A cambio de la indicada garantía el Estado cobraba un premio mensual que variaba según la categoría del buque y el viaje por realizar. Si el buque se perdía totalmente, el Estado pagaba el 75% de la suma asegurada. El saldo solo lo pagaba cuando la suma entregada, es decir el 75%, había sido empleada en la adquisición o construcción de otro buque, con la aprobación previa del Ministerio de Marina.

Habiendo el Estado procedido, por decreto del 15 de febrero de 1918, a la requisición de todos los buques mercantes franceses hasta el fin de las hostilidades, se resolvió que todas las cuestiones relacionadas con esta requisa y las indemnizaciones correspondientes serían objeto de convenios especiales entre el Estado y los armadores.

Firmado el armisticio el 11 de noviembre de 1918, un decreto del 15 del mismo mes redujo en un 75% el valor de los premios que se cobraban hasta entonces por concepto de seguros contra los riesgos de guerra.

Tal era la legislación francesa adoptada con motivo de la primera guerra mundial de 1914-1918.

Período de 1938-1942.—Desde 1938, todo hacía prever que un nuevo conflicto se avecinaba rápidamente.

El Gobierno Francés promulgó el 11 de julio de 1938 una ley sobre "la organización general de la nación en tiempo de guerra". Esta ley, que comprende 66 artículos, declara, en el art. 22, que el Gobierno está facultado para proceder a la requisa de los buques conforme al art. 35 de la ley del 3 de julio de 1877, modificada por la del 21 de enero de 1935. Agrega que esta medida efectuada en la sede de una Compañía de Navegación se extendería ipso-facto a todos los buques de la misma, aún a los que se encontrasen en alta mar o en aguas extranjeras.

En la práctica, esta requisita no fué general. Cuando estalló la guerra, en Setiembre de 1939, las principales Compañías tenían convenios, aún vigentes, con el Gobierno. Este último permitió a las Compañías que escogieran entre el mantenimiento de dichos convenios y la requisita de sus buques para el tiempo que durase la guerra. Casi todas optaron por la primera solución. Naturalmente, de acuerdo con las mismas convenciones, el Estado estaba autorizado a efectuar un control más directo sobre las diferentes líneas, pero no intervino en la administración interior de las compañías. Los acuerdos tomados permitían, igualmente, a la Dirección de Transportes Marítimos posesionarse de determinados buques. En este caso, la compañía solo tenía obligación de mantener al buque en buen estado de navegabilidad y de asegurarle su completa dotación de personal y material. En cuanto a los seguros, las pólizas debían en este caso, ser endosadas a favor del Estado, mientras los buques seguían fletados por éste.

Un decreto del 6 de mayo de 1939 reglamentó los seguros marítimos en tiempos de guerra.

Este decreto establece que el seguro de los riesgos de guerra por el Estado es obligatorio para los buques de bandera francesa o registrados en un puerto del Imperio colonial Francés, a partir de 500 toneladas brutas. Es solo opcional para los buques de menor tonelaje.

Al perderse totalmente un barco asegurado por el Estado, éste, por medio de la "Comisión para el Seguro de Riesgos Marítimos de Guerra", pagará el 50% del valor asegurado. El saldo sólo se entregará si el producto del seguro es empleado en la adquisición de otro buque de idénticas características. Como se recordará, el decreto del 19 de abril de 1917 autorizaba el pago, en estas condiciones, del 75% del valor asegurado.

El decreto del 6 de mayo de 1939 permite, igualmente, al Estado asegurar contra riesgos de guerra los cargamentos llevados en buques franceses, aliados o neutrales. El monto asegurado contra riesgos de guerra podía ser igual al fijado para el seguro marítimo ordinario.

El decreto del 6 de mayo de 1939 fué modificado por los decretos del 1º de setiembre de 1939 (en cuanto a la forma de llevarse las cuentas relacionadas con los seguros de guerra), y del 30 de Julio de 1941. Este último confirmaba, en parte, todas las disposiciones del anterior, según el cual, en caso de pérdida total de un buque francés, asegurado por el Estado, éste solo pagaría el 50% del valor asegurado, entregando el saldo, es decir el 50% restante, en caso de que la suma pagada hubiera sido empleada en la adquisición o construcción de otro buque que reuniese condiciones similares a las del buque perdido. Pero, agregaba que las características y demás con-

diciones del barco que se proyectaba adquirir o construir debían ser sometidas a consideración del Ministerio de Marina, para su debida aprobación, ejecución y control.

Como se puede observar, las medidas adoptadas por el Estado Francés en materia de seguro marítimo son el fruto de la experiencia adquirida en dos guerras mundiales.

El fin principal de estas medidas consiste en mantener el tonelaje de la flota mercante del país, en serio peligro de desaparecer debido a los medios de destrucción empleados en las guerras modernas.

Para lograrlo, el Estado establece el seguro obligatorio de los buques mercantes franceses en tiempos de guerra. Pero, como pocas Compañías podrían hacer frente a los pagos casi fabulosos que exigirían ciertos siniestros, el Estado se sustituye a estas y se transforma en asegurador. Y, por fin, exige como condición esencial para que se verifique el pago total de la indemnización que esta sea empleada en la adquisición o construcción de otro buque, según las condiciones que fijará oportunamente el Ministerio de Marina Francés.

Las medidas tomadas por el Gobierno Francés, y las garantías de que se ha rodeado para lograr su fin han dado excelentes resultados en la práctica.

Por estas razones, nos ha parecido interesante enumerar las disposiciones adoptadas por Francia en cuanto al riesgo de guerra. Además constituyen un ejemplo de la moderna legislación relacionada con esta parte del Derecho Comercial Marítimo.



Algunas consideraciones sobre el homicidio

(Historia, Definición, Concurso de Causas)

Por Francisco de Antequera.

(alumno del 2º año de Derecho)

Historia.—El homicidio es el delito mas antiguo que se conoce. En Roma se le denominó con la palabra "Parricidio". Según propia teoría, parricidio significaría etimológicamente, muerte de padre (de "par" abreviatura de pater: padre, y cidio que significa muerte). Provedría tal denominación de que como en los primeros tiempos solo era considerado delito de homicidio la muerte del "homer liber", es decir del ciudadano, y como la mayoría de los ciudadanos en Roma por la constitución social de la misma eran paterfamilias (porque para ser ciudadano se requería ser "sui juris") forzosamente la mayoría de los homicidios tenían que perpetrarse en la persona de un paterfamilias, lo que le dió este nombre de parricidio (muerte de padre) adquiriendo tal denominación por analogía un concepto genérico.

He dicho que en los primeros tiempos solamente constituía delito de homicidio la muerte del ciudadano, siendo impunes, por lo tanto, la muerte del esclavo a manos de su amo y la del hijo realizada por el paterfamilias, hasta que los Emperadores Justiniano y Constantino les quitaron ese carácter de impunidad. Sin embargo siempre hubo excepciones que tardaron largo tiempo en desaparecer; así en el antiguo Derecho las personas puestas fuera de la ley podían ser muertas por cualquiera impunemente; los señores feudales tenían el derecho de vida y muerte sobre sus vasallos, etc.

Los Germanos también consideraron al homicidio como un grave delito al que se penaba severamente.

Hoy en día después de una evolución de siglos, el homicidio tiene un concepto universal, por lo que la vida de todo ser humano

está protegida penalmente, y así la muerte aunque sea del delincuente mas depravado por acción privada constituye delito de homicidio:

Definición.—La gran mayoría de los penalistas definen al homicidio como “La muerte de un hombre cometida por otro”.

Carrara y un grupo selecto lo definen como “La muerte de un hombre injustamente cometida por otro hombre” y sostiene que para definir el homicidio es necesario incluir en la definición el elemento injusticia, ya que de no hacerlo podría confundirse con la legítima defensa, el caso fortuito, la fuerza mayor etc.

Eusebio Gómez, Cuello Calón y otros, por el contrario sostienen que es innecesaria y superflua la inclusión de tal elemento, porque la injusticia es parte integrante de todo delito.

Yo creo, fundándome en observaciones propias, que la inclusión del elemento injusticia en la definición del homicidio, no es que sea innecesaria y superflua, sino que constituye un error, porque el homicidio, para mi entender, en su más amplio significado, es decir, en su verdadero sentido genérico, es solamente la muerte de un hombre cometida por otro. Aceptando este concepto a priori, podemos levantar el siguiente cuadro sinóptico que va a confundir esta idea y que aclarará los conceptos.

Homicidio	Justos	Legítima defensa Caso fortuito Fuerza mayor Pena de muerte ejecutada según ley, etc.								
	Injustos	Dolosos <table border="0" style="margin-left: 10px;"> <tr> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Simples</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Calificados</td> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Parricidio Asesinato</td> </tr> </table> Culposos <table border="0" style="margin-left: 10px;"> <tr> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Simples</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Calificados</td> <td style="border-left: 1px solid black; padding-left: 5px;">Parricidio</td> </tr> </table>	Simples		Calificados	Parricidio Asesinato	Simples		Calificados	Parricidio
Simples										
Calificados	Parricidio Asesinato									
Simples										
Calificados	Parricidio									

Las siguientes serían las definiciones que se ajustarían a este cuadro sinóptico:

Homicidio: la muerte de un hombre cometida por otro.

Homicidio Justo: la muerte de un hombre, justa o legal, cometida por otro hombre.

Homicidio Injusto: la muerte de un hombre injustamente cometida por otro hombre. (Carrara).

Luego vemos que la definición de Carrara, se refiere al Homicidio Injusto, es decir al homicidio como delito, pero nunca puede constituir la definición del homicidio genérico.

Una vez admitida como definición del Homicidio "la muerte de un hombre cometida por otro", no hay ningún inconveniente, mejor dicho es necesario que tanto la legítima defensa, como el caso fortuito, la fuerza mayor, etc., se confundan con el Homicidio, como se confunde o encuadra la clase dentro del concepto genérico.

Ahora, si bien la legítima defensa, el caso fortuito, la fuerza mayor etc., son especies del Homicidio, no constituyen delito por estar justificados desde todo punto de vista. Lo que supone que el Homicidio no es un concepto que siempre involucre la figura delictuosa, y que el delito de homicidio, o el homicidio considerado delito, es la muerte de un hombre injustamente cometida por otro.

Problema del concurso de causas.—Entre el acto del hombre que es sujeto activo del delito y la materialidad del hecho, o sea el evento, tiene que haber un nexo de causalidad, es decir, una relación de causa a efecto.

Hasta ahora han sido vanos todos los esfuerzos tendientes a establecer por medio de teorías abstractas esta relación y esto se explica porque la realidad no se puede encerrar en una fórmula abstracta. Cada caso que se presenta en la vida ordinaria ante los tribunales de justicia es tan distinto de los demás y tan sumamente rico en toda clase de elementos, ya sean causas, concausas, condiciones, etc., que se hace imposible regularlos por normas fijas establecidas a priori. Por lo que hasta ahora la única manera de establecer esta relación de causalidad es estudiando cada caso en concreto y no tratando de adaptarlo a una teoría establecida a priori sobre bases abstractas.

Pero si bien es cierto que todas las teorías formuladas hasta el presente, no se adaptan a la realidad, tampoco es menos cierto que la falta de teorías tiene sus graves inconvenientes. Así el Código Penal Peruano al no establecer disposiciones acerca del valor jurídico de la concausa, ha dado lugar a que en los juicios se entablen largas y estériles discusiones al respecto. Sin embargo, es de advertir que, en general, en la Jurisprudencia ha prevalecido la doctrina que sustenta el principio de que "el que es causa de la causa lo es también de sus consecuencias" haciendo la excepción de las que provengan de concausas ajenas al acto del agente del delito.

Esto se verá más claro con dos ejemplos:

A) Si A hiere levemente a B en el brazo. B descuida la herida y por falta de higiene personal se le infecta muriendo a consecuencia de ello, A responde únicamente por la herida leve y no por la muerte de B.

B) Si A hiere levemente a B en el brazo. B que es diabético muere a consecuencia de un fuerte derrame de sangre.

Se pueden presentar tres hipótesis:

1º—A desconocía la enfermedad que padecía B. Si esto se llega a probar, A responde únicamente por la herida leve.

2º—A conocía la enfermedad que padecía B, pero solamente quiso inferirle una leve herida y no previó los efectos. A responde por homicidio preterintencional.

3º—A conocía la enfermedad que padecía B y se aprovechó de esa circunstancia para causarle la muerte. A responde por delito de homicidio.

Ahora bien, siempre se presume la intención criminal de A hasta tanto no se demuestre lo contrario.

La opinión científica o doctrinaria se encuentra dividida en dos grandes grupos:

a) Los que sostienen que el homicida es solo aquel que es causa inmediata o directa de la muerte (Carrara, Impallomeni, Garraud, Binding, etc.).

b) Y los que sostienen que para ser homicida basta con que el agente contribuya con una sola causa, que, en concurrencia con las demás, produzca la muerte. Pero hay que distinguir cuando las otras causas, que concurren a la producción del evento, además de ser producidas por hechos y situaciones ajenos a la voluntad del agente son también ignoradas e imprevisibles, en cuyo caso no hay responsabilidad homicida. (Hortzendorff, Liszt, etc.) Esta es a mi parecer la opinión mas acertada.



La violación del domicilio en el Código Penal Peruano

Por Alejandro Román Rivarola
(Alumno del 2º año de Derecho)

Las garantías constitucionales, conjunto de declaraciones contenidas en la Constitución, tienen por objeto proteger la libertad individual, asegurar la vida y los derechos de los ciudadanos, constituyendo la condición primordial de toda democracia. Estas garantías según nuestra Carta Fundamental, pueden ser nacionales, si se refieren a los ingresos y egresos de la Nación, al sistema monetario, al trabajo, a la propiedad; sociales, las que establecen la igualdad de todos los hombres ante la ley, la libertad de comercio e industria; e individuales, si se refieren a la libertad individual en sus distintas manifestaciones, como libertad de conciencia y de creencia, libertad de reunión, libertad de prensa, inviolabilidad del secreto de la correspondencia, inviolabilidad del domicilio, etc.

Observamos que la Constitución impone, entre otros, la inviolabilidad del domicilio de lo cual se desprende que el que atenta contra dicha disposición incurre en el delito de violación de domicilio.

Nuestro Código Penal se ocupa del delito anteriormente mencionado en los Arts. 230 y siguientes, Título III de la Sección V, referente a los delitos contra la libertad, manifestando que comete *violación de domicilio*, el que sin derecho penetrase en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, o el que se quedare allí sin hacer caso de la intimidación que le hiciere el que tiene derecho a excluirlo.

CONCEPTO.—Para entender claramente esta figura es preciso tener una noción de lo que se entiende por domicilio. La idea más simple es la que identifica domicilio con habitación, estableciendo que el domicilio es el lugar de la morada de alguien. Este concepto dada

la complejidad actual de las actividades individuales, ha sido superado, considerándose, hoy, como domicilio no sólo la habitación sino también la casa de negocios; por eso con más propiedad lo definiremos, como el lugar que sirve de manera permanente o transitoria al desenvolvimiento de la vida privada de una persona, de su familia o donde tiene establecido el centro de sus negocios.

CLASES.—El Código Penal señala distintas clases de domicilios susceptibles de violación:

1.—*La morada de una persona o de una familia*, entendiéndose por tal, el local donde uno tiene establecido su hogar, temporal o permanente, sea cualquiera su naturaleza objetiva.

2.—*La casa de negocio ajena*, que puede ser cualquier local en el que se practica una actividad lícita aunque no sea de carácter estrictamente comercial; vg: una oficina, una tienda, etc.

Se considera por regla general que cuando la casa de negocio está abierta al público, vg: cafés, chinganas, etc., no existe el delito de violación en ningún caso. Pero cuando se cierra y sólo quedan dentro el dueño, sus encargados, etc., queda sometido al mismo amparo de la casa habitación. Debemos sin embargo no confundir entre lugares públicos y lugares abiertos al público, ya que estos últimos son en todos los casos lugares privados; vg.: el bufete de un abogado.

3.—*Las dependencias de dichas moradas o de las casas de negocios*, que es todo aquello que complementa una casa y en donde generalmente viven personas o se guardan cosas; vg: un cuarto separado, un depósito.

4.—*Un recinto habitado*, o sea cualquier lugar ocupado por una o más personas que por su aspecto externo e interno no puede ser considerado como una casa en el sentido estricto de la palabra. De lo dicho se deduce que no es el local el que determina el concepto de habitación, sino que somos nosotros los que damos por el hecho de vivir en tal o en cual lugar el concepto jurídico de habitación.

SUJETO ACTIVO.—Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera persona.

SUJETO PASIVO.—Será sujeto pasivo aquel que teniendo derecho a impedir el acceso a su domicilio resulta atacado por el ingreso arbitrario.

ELEMENTOS.—Debemos distinguir dos clases de elementos: materiales y psicológico:

1.—Constituye la materialización del delito el entrar o permanecer en algunos de los lugares anteriormente expresados contra el consentimiento del que tenga derecho a excluir.

Entrar, significa pasar de afuera adentro, ya sea por la puerta, por la ventana o por cualquier otro lugar. El ingreso se realiza desde el momento en que el agente pone pie en el lugar constitutivo del domicilio ajeno. No hay introducción si uno se asoma por la ventana, pues con ello no se perturba el normal desarrollo de las actividades domiciliarias que es lo que la ley trata de garantizar por medio de su tutela.

¿Constituye violación de domicilio cuando se llega a la azotea de una casa? Respecto a este punto hay discrepancias. Los tratadistas se han dividido en dos grupos: unos que consideran que no existe delito, ya que éste requiere el hecho material de la penetración al interior y otros que dicen que sí lo hay. Sobre el particular me parece muy acertada la opinión del profesor argentino Juan P. Ramos, quien manifiesta que aunque la azotea no sea comparable por sus funciones a un zaguán o a una escalera donde nadie vive, forma parte integrante de la morada y la ley, agrega, no reprime únicamente el hecho material sino todo lo que atenta contra la seguridad del domicilio que todos tenemos. No sería lógico que cualquiera persona pueda ir a ocupar las azoteas de las casas de los demás.

¿Constituye delito el paso de una habitación a otra?. Supongamos que yo permito a una persona el ingreso a la sala de mi casa; me retiro de la habitación y en mi ausencia esta persona penetra en la habitación contigua. Evidentemente que sí se comete delito, si hé prohibido el ingreso a dicha pieza porque la violación, en este caso, perturba la libertad y la tranquilidad doméstica que la ley protege.

Permanecer, quiere decir quedarse en el domicilio después de haber entrado ilegítimamente, rehusando la intimidación que le hiciera el que tenga derecho a excluirlo o negarse a salir después de haber entrado lícitamente; vg: un vendedor que se niegue a dejar la casa.

2.—La intromisión o permanencia en los lugares señalados debe efectuarse contra la voluntad expresa o tácita de quien tenga derecho a excluir; con engaño o clandestinamente.

Tiene derecho a excluir el jefe de la familia o en su ausencia sus familiares. Este derecho de exclusión puede ser ejercido contra el mismo propietario de la finca por el locatario.

Cuando la voluntad es expresa y realizada por alguna de las personas referidas no hay ninguna duda. Pero no sucede lo mismo cuando surge lo que se llama la voluntad presunta. Así, por ejemplo, si ingresa una persona a una casa para realizar actos inmorales con alguno de sus ocupantes, es obvio que la voluntad del dueño de la casa es presunta, no siendo necesaria la notificación previa. No es indispensable en caso de introducción engañosa o clandestina, prohibición expresa, pues, se presupone.

3.—La introducción o permanencia ha de ser ilegítima. Por eso establece el Código en el Art. 231, que el que entrase en morada ajena para evitar un mal grave, a sí mismo, a los moradores o a un tercero para cumplir un deber de humanidad o para prestar auxilio a la justicia no comete delito de violación de domicilio.

4.—Respecto al elemento psicológico de este delito los tratadistas difieren. Se observan dos corrientes: una que exige como requisito para que se produzca el delito de violación de domicilio, la intención de violarlo, y la otra que considera que basta el hecho de la violación no importando la intención.

Estimo que, tanto en el primer como en el segundo caso, se debe considerar como violado el domicilio, si se penetra en él sin autorización, ya que si se exigiera la prueba de la intención delictuosa serviría en muchos casos de escapatoria y justificaría verdaderos delitos de violación. Eso sí, si fuera claro que el móvil era inocente, como en el caso de que una persona entrase en una casa ajena en persecución de otra que le ha faltado en plena calle y que viviese allí, se podría atenuar la pena considerándolo sólo como un delito culposo. Digo culposo por concurrir los elementos que lo caracterizan para su incriminación: violación del ordenamiento jurídico y voluntad; voluntad para dejar de hacer lo que debió haberse hecho, tal era el reparar en que no se debe entrar en domicilio ajeno.

Este delito admite la tentativa, tal sería el caso de una persona a quien se encuentre tratando de derribar la puerta de una casa para entrar a ella.

PENA.—La pena será de prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días. (art. 230 del C. P.).

ACCION PENAL.—La acción penal se ejerce sólo por denuncia del agraviado.

VIOLACION DEL DOMICILIO COMETIDO POR FUNCIONARIO PUBLICO.—Nuestro Código se ocupa de ello en la segunda parte del Art. 230, estableciendo que se impondrá, además de la pena de prisión no mayor de dos años o de la multa de la renta de 3 a 30 días, la inhabilitación especial de seis meses a dos años al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

La Constitución exige para el allanamiento del domicilio el mandato escrito y motivado del Juez o de la autoridad competente, el que deberá mostrarse previamente al dueño de la casa a la que se va a penetrar.



Notas Bibliográficas

DOMINGO GARCIA RADA. — El Poder Judicial. — Editorial Atlántida. 347 págs.
Lima, 1944.

En laudable afán de hacer conocer nuevos e interesantes aspectos de nuestro Poder Judicial, el Dr. Domingo García Rada, Juez Instructor de ésta Capital y Profesor del Seminario de la Facultad de Derecho, acaba de publicar la tesis titulada: "EL PODER JUDICIAL" que le sirvió para ganar el concurso promovido sobre éste tema por el Colegio de Abogados y para optar brillantemente el grado de Doctor en Derecho Privado.

El Libro consta de cinco capítulos, las conclusiones y anexos debidamente numerados que facilitan al lector la comprensión del tema.

El primero versa sobre la administración de justicia en el Imperio Incaico, que, según dice el autor, coincidiendo con el Dr. Víctor Andrés Belaúnde, nos ha dejado la unidad política, y un concepto avanzado de la justicia social, razón por la cual, aún cuando no contó con verdadera administración de justicia, ya que no estaba separada de las otras actividades estatales, siempre resulta interesante su estudio por la importancia que tiene como antecedente histórico.

El segundo capítulo se ocupa de la administración de justicia en la colonia. Anota el autor que la característica más importante de ésta época es la juridicidad es decir la existencia de normas legales ciertas y fijas de acuerdo con las cuales las autoridades judiciales tramitaban el procedimiento y expedían sus fallos. Pero, como en el período anterior éstas autoridades no son estrictamente judiciales, ya que poseen también facultad para intervenir en la administración y en muchos casos para tomar a su cargo las funciones del propio Virrey.

El tercer capítulo, quizás el más interesante, estudia la organización del Poder Judicial a través de las Constituciones, haciendo notar las ventajas e inconvenientes de cada uno de los sistemas propugnados.

En éste mismo capítulo estudia también la organización del Poder Judicial, en la Constitución vigente, la ley orgánica del Poder Judicial, los anteproyectos de Constitución presentados por el Dr. Villarán y el informe de la Corte Suprema emitido a solicitud de la Asamblea Constituyente, anotando con verdadero acierto soluciones propias para los principales inconvenientes.

En el cuarto capítulo estudia la evolución histórica de nuestra Corte Suprema, cuya instalación, dice, significó el establecimiento de un poder controlador de los abusos y errores de los otros poderes.

En el quinto capítulo trata de la Función Judicial.

Como puede apreciarse de esta breve e incompleta reseña del libro que estamos comentando, se trata de un verdadero estudio de nuestro Poder Judicial con miras a su reorganización sobre bases más modernas y justas, que den al ciudadano el convencimiento que la justicia descansa en jueces competentes, justos y dignos y a éstos la seguridad en que sólo podrán ser removidos del cargo, cuando realmente lo merecen.

No podemos menos que recomendar la lectura de este interesante libro a los estudiantes de derecho y a cuantos están interesados en la reorganización y dignificación de la función judicial.

Hugo Piaggio.

ANDRES LEON MONTALBAN. — Derecho Comercial (Primer Curso). Un volumen, 584 páginas. Lima, 1943. Editorial Lumen.

Con la edición de esta obra, la Universidad Católica ha iniciado la publicación de los cursos dictados por los catedráticos de su Facultad de Derecho.

Su autor, el Dr. Andrés León Montalbán, graduado en la Universidad de la cual es desde ya varios años, uno de los más prestigiosos catedráticos, dicta los dos cursos de Derecho Comercial: el de Derecho Comercial propiamente dicho y el de Derecho Comercial Marítimo. La obra publicada corresponde al primero de estos cursos.

No me voy a referir a la personalidad del maestro y al valor de su curso: los ya numerosos profesionales que ha contribuido a formar y sus actuales alumnos los conocen y aprecian debidamente, haciendo inútil todo comentario al respecto. Basta decir que las "copias" del curso del Dr. León Montalbán no solo eran estudiadas y consultadas por sus alumnos, sino que eran siempre solicitadas con verdadero interés por los estudiantes de otras Universidades.

El libro consta de cuarenta y ocho títulos que podríamos agrupar en tres grandes secciones.

En la primera, que constituye en cierta forma la introducción, se ocupa de las nociones de derecho y de comercio: el comercio, el derecho mercantil, sus relaciones y caracteres.

Luego, trata de la evolución histórica del derecho comercial, desde la antigüedad hasta la Epoca Contemporánea pasando por la Edad Media y la Edad Moderna. Menciona las principales Compilaciones: Consulado del Mar, Roles de Olerón, Leyes de Wisbuy, Guía del Mar; las Ordenanzas de Comercio y Marina de los siglos XVII y XVIII y los Códigos Francés de 1807 y Españoles de 1829 y 1885 siendo el Código de Comercio del Perú de 1902 una adaptación de este último.

Termina esta primera sección con el examen de las fuentes del derecho mercantil: la ley, el uso y la costumbre, la equidad, la analogía y la jurisprudencia. Analiza brevemente, a continuación, las relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial.

En la segunda sección, entra al estudio del Código de Comercio, con el Libro Primero del mismo, es decir el que se titula: "De los Comerciantes y del Comercio en general", ocupándose de sus diversas secciones. Hace un estudio de los comerciantes, de los actos de comercio y de la capacidad para comerciar. Trata detalladamente del registro mercantil, de los libros de comercio, de las bolsas y demás instituciones que favorecen el desarrollo del comercio. Pasa, luego, a ocuparse de los agentes me-

diadores: agentes de cambio y bolsa, corredores, rematadores o martilleros.

Por fin, en la **tercera sección**, tal vez la más interesante, se refiere al Libro Segundo del Código que trata de los Contratos Especiales de Comercio. Hace un examen completo de cada uno de los títulos del Código, dedicando capítulos importantes a las diferentes clases de Sociedades comerciales, a los contratos de seguros terrestres y a los cheques y letras de cambio.

Como se puede ver, por esta breve enumeración, la obra a que nos referimos ha venido a llenar una necesidad dentro de nuestro ambiente universitario y jurídico. En efecto, los alumnos dispondrán, en adelante, de un excelente curso impreso y los profesionales de una buena obra de consulta.

Es de desear que prosiga el esfuerzo meritorio que ha hecho la Universidad Católica al editar el libro que comentamos y que pronto se publique el segundo curso que dicta el Dr. León Montalbán, es decir el que es objeto del Libro Tercero del Código, o sea el Derecho Comercial Marítimo. La magnífica acogida dispensada al Primer Curso nos permite confiar en que este deseo será pronto una realidad.

Séame permitido agregar que sería también conveniente que el autor dedicara un tercer volumen al Libro Cuarto del Código que trata de la suspensión de pagos y de la Ley de Quiebras que lo completa. Es cierto que el Dr. León Montalbán no dicta esta parte del Derecho Comercial, que es objeto de un curso que se sigue solamente — lo que considero erróneo, dada la importancia que presenta su conocimiento — en la sección doctoral. Pero, dada su versación en el Derecho Comercial y su gran práctica, no hay duda que completaría, de esta manera, muy útilmente su obra presentando un estudio íntegro y homogéneo del Derecho Comercial Peruano.

Xavier Kiefer-Marchand

JUAN LINO CASTILLO. — MANUAL DE IMPUESTOS PERUANOS DE SUCESION.
Publicado por el Banco de Crédito del Perú. — 1944

El doctor Juan Lino Castillo, Catedrático Titular de Legislación Financiera en la Universidad Católica del Perú, nos ofrece en este manual de 492 páginas una información objetiva de la estructura de los impuestos sucesorios en el Perú y de la forma como los aplica la administración fiscal.

El manual está dividido en seis partes. En la primera, el autor expone la teoría de los impuestos sucesorios, traza la historia de los mismos y describe su organización administrativa actual. La segunda parte se dedica al estudio del contribuyente, de la materia imponible y de los procedimientos de determinación de dicha materia. En la tercera se expone la manera de calcular el impuesto. La cuarta parte se refiere al pago del impuesto. En la quinta se analizan las medidas para combatir la evasión del impuesto, que el autor clasifica en preventivas, represivas y conexas. La última parte se ocupa de lo contencioso en los impuestos de sucesión. Complementan el manual, en forma de anexos, los textos de las leyes, los decretos y las resoluciones vigentes en materia de impuestos sucesorios y algunas tablas de cálculo.

El manual es fruto de la larga experiencia docente y administrativa y del fino espíritu de análisis del autor. Por el tema que aborda y por la forma integral en que la desarrolla, es de positivo valor para el estudiante, para el profesional y para el funcionario.

J. B. V.

Cuide con esmero su **COCINA** y demás
aparatos eléctricos

**Las reparaciones son hoy día difíciles
y a veces imposibles por falta
de Materiales**

EMPRESAS ELECTRICAS ASOCIADAS

SOCIEDAD GANADERA DEL CENTRO

Edificio San Martín, 59. piso—Telef. 31544

L I M A

**Elabora mantequilla
y
quesos pasteurizados.**

**En sus ganados, criados a 4000 metros
de altura, no existe la tuberculosis**

Banco de Crédito del Perú

Capital y Reservas S/. 34.865.778,46

Todas las Operaciones de:

BANCO, CAMBIO Y BOLSA.

La Rural S. A.

Hacienda Venegas — Barranco
Teléfono 50366 — Casilla Correo 468 LIMA — PERU

LECHE

Reparte a domicilio en Lima y balnearios, en botellas y media botellas, producida por vacas sanas, gordas y limpias a 0.60 centavos litro

GANADO LECHERO

Tiene constantemente para vender, dando facilidades de pago: toros, toritos, vacas, vaquillonas y terneros de raza holando—peruana, holando—argentina y Holstein, descendientes en línea directa de las mejores corrientes de sangre de la raza, de Argentina, Estados Unidos y Holanda. Los animales que ofrecemos y tenemos, además de ser puros de Pedigree y puros por cruzamiento, tienen sus records de control de producción individual, estrictamente llevados en cada ordeño, en cada día, en cada semana, en cada mes, en cada año y por campaña de lactancia

JUAN ENRIQUE CAPURRO
Gerente

Bazar "Santa Rosa"

Cía. NACIONAL DE TEJIDOS S. A.

Esquina La Palma y Aumente
donde acude tanta gente.

Chompas. - Pull-Overs. - Casacas
Vestidos para Señoras y Niños. - Abrigos

Ropa interior de Seda, Lana y Algodón,
para Señoras, Caballeros y Niños.

Medias y Calcetines, siempre el mejor surtido.

**TELAS DE SEDA Y LANA EN DIBUJOS
Y COLORES DE MODA**

Perfumería. - Carteras y Guantes-
Mercería, etc.....

COMPañA TECNICO COMERCIAL

ELECTRO PERUANA

INDUSTRIAL

MONTAJE DE CENTRALES ELECTRICAS
INSTALACIONES DE FUERZA
INSTALACIONES DE ALUMBRADO
MOTORES
MOTOBOMBAS
GENERADORES
TRANSFORMADORES
INSTRUMENTOS DE MEDICION
APARATOS DE PROTECCION Y
TODA CLASE DE MATERIALES Y
ACCESORIOS PARA LA GENERACION —
DISTRIBUCION — MEDICION Y UTILIZACION
DE ENERGIA ELECTRICA

DOMESTICO

INSTALACIONES ELECTRICAS EN GENERAL
ARAÑAS
ALAMBRES
CORDONES
ESTUFAS
LAMPARAS
RADIO
PLANCHAS
ACCESORIOS Y TODA CLASE DE
ARTEFACTOS Y MATERIALES ELECTRICOS
EN GENERAL

TODOS NUESTROS MATERIALES PROCEDEN DE LAS MEJORES

FABRICAS SUIZAS Y AMERICANAS

CONSULTENOS SIN COMPROMISO

**PLATEROS DE SAN PEDRO 149 — Teléfs. 33928, 33549, 34324
APARTADO 2632 — LIMA — PERU**



Azangoro 1005