

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO



XX

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

LIMA—1961

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

Directores: HUGO PIAGGIO y JAVIER KIEFER-MARCHAND

Dirección Postal: Apartado 1761 — Lima

Administración: Camaná 459 — Lima

AÑO XVIII

+

Lima, Enero - Diciembre de 1961

+

Nº 20

SUMARIO

	Página
LA IGLESIA Y LAS UNIVERSIDADES, por el Dr. Antonio Fontán	5
DERECHO CIVIL	
—La posesión y sus elementos, por el Dr. Jorge Avendaño Valdéz	14
DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO	
—Desarrollo histórico del Derecho Internacional Público, por el Dr. Raúl Ferrero	17
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
—Sistema de solución de los conflictos de leyes en materia de trabajo, por el Dr. Luis Fuentes Villarán	39
DERECHO PROCESAL	
—Temas de Derecho Procesal Civil, por el Dr. Ernesto Perla Velaochaga	57
DERECHO COMPARADO	
—El Derecho de Familia en la Unión Soviética, por el Dr. Ludwik Kos-Rabcewicz Zubkowski	97

(a la vuelta)

PROBLEMAS JURIDICOS

- El Derecho Internacional y el control de las actividades revolucionarias realizadas por refugiados políticos bajo la ley de los Estados Unidos,
por el Dr. Manuel R. García Mora 108
- Expropiación forzosa,
por el Dr. César Barrós Conti 135

NOTAS

- La Justicia, los Magistrados y los Abogados 141
- La separación en el Derecho Canónico 144
- Comisión Internacional de Juristas 147

DOCUMENTOS

- Recomendaciones y conclusiones aprobadas por la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales) 152

BIBLIOGRAFIA

- Le Quai d'Orsay sous Trois Républiques,
por Georges Bonnet, (nota de J. K. M.) 157

CRONICA DEL CLAUSTRO 160

- Homenaje al Dr. Ismael Bielich Flórez 164

- El Dr. Rosendo Badani Chávez, cumple cincuenta año como Abogado y cuarenta años como Catedrático de la Facultad de Derecho 167

- Grados.— Títulos.— Plan de Estudios.— Nómina de Autoridades y Catedráticos 174

TESIS

- Justicia y Solidaridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo, por Alfonso Cobián y Macchiavello 1-84

LOS ARTICULOS FIRMADOS SON DE LA EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

La Iglesia y las Universidades

Por el Dr. ANTONIO FONTAN

Catedrático de la Universidad Católica de Navarra

EL nombre de la Universidad procede de una voz latina que, con este sentido, no utilizaron nunca, los romanos. **Universitas**, en efecto, es una palabra medieval que significaba más o menos lo que llamamos hoy corporación. Es decir, un cuerpo social con estatutos propios, finalidades específicas y autonomía administrativa. Entre las instituciones sociales a que se aplicó el nombre de **universitas** hubo una que terminó por asumirlo en propiedad: la **universitas magistrorum et scholarium**, como se llamaron a sí mismos, al organizarse en corporación, los profesores y alumnos de los Estudios de París. Alfonso el Sabio traducía este nombre al castellano por "ayuntamiento de maestros y escolares", expresando igualmente, conforme al espíritu del tiempo y a los recursos de la lengua castellana, el carácter corporativo con que en el siglo XIII iban tomando forma definitiva algunos de los anteriores "Estudios Generales", escuelas áulicas, monásticas o catedralicias.

Las Universidades medievales tenían orígenes diversos. Unas habían sido fundadas por los Papas, otras por los príncipes y aún por las ciudades; algunas en fin habían tomado cuerpo progresivamente hasta alcanzar la forma de institución universitaria, sin que se pueda decir exactamente cuál es el momento inicial de las Universidades de París, Oxford o Bolonia. Pero todos estos centros solicitan y adquieren de la autoridad eclesiástica o civil un apoyo jurídico, económico o moral, que proteja el carácter peculiar de la institución universitaria, y ampare la eficacia y la aplicación social de los estudios y de los grados. La intervención más señalada es la de los Pontífices por tres razones principales. En primer lu-

(1) Un Decreto de la Santa Sede del 6 de agosto de 1960, ha elevado el "Estudio General de Navarra" al rango de Universidad. La Nueva Universidad Católica tiene su sede en la ciudad de Pamplona (España). El Profesor Fontan ha escrito, con este motivo, el interesante artículo que publicamos.

ger, porque la Iglesia, correspondiendo "a la misión educadora que Dios le había confiado de formar a las generaciones humanas en la vida cristiana" (Pío XI), es quien funda, protege y otorga un estatuto jurídico a la mayor parte de las Universidades. En segundo lugar, porque cuando éstas son creadas por los príncipes o por las ciudades acuden al Pontífice para que, con su suprema autoridad, las invista de rango universal y las equipase a los centros de estudios ya existentes. Finalmente también, porque la Iglesia es la institución que más podía hacer entonces para dotarlas de los necesarios medios económicos.

Cuando en época moderna la Iglesia reivindica su derecho a constituir escuelas de letras humanas, sostiene sencillamente un principio consustancial con su propia naturaleza y reafirma una facultad que ha ejercido continuamente a lo largo de la historia. En diciembre de 1929, Pío XI, en la Encíclica *Divini illius Magistri*, expone sistemáticamente la doctrina católica sobre los derechos y deberes respectivos de la familia, de la Iglesia y del Estado en materia de educación. Al hacerlo, el Papa contempla con admiración la obra de la Iglesia en este campo, viendo no sólo que en virtud de ella habían recibido enseñanza superior millares y millones de hombres a lo largo de la historia, sino que a la actitud de la Iglesia se debe la conservación de los principales tesoros de la cultura, de la civilización y de la literatura, y, durante muchos siglos, el mantenimiento de las luces más brillantes en el mundo de las letras, de la filosofía y del arte.

En mayo de 1931, la Constitución Apostólica *Deus scientiarum Dominus* del mismo Papa Pío XI establece una nueva ordenación orgánica de las Universidades de la Iglesia. En su preámbulo, el Papa reivindica una vez más el tradicional derecho de la Iglesia y expone el dato histórico de que sólo hasta el 1400 los Papas habían fundado, reconocido o sostenido cincuenta y dos Universidades en Europa: Veintinueve de ellas debieron su nacimiento a la exclusiva iniciativa pontificia y diez más habían sido fundación común de los príncipes y del Pontífice Romano.

La continuidad de esta tradición es impecable durante la Edad Moderna en los países católicos y en los territorios misionales de América, y en tiempos más recientes en todo el mundo. Entre otros documentos eclesiológicos del siglo XIX destaca la Epístola *Maiori certo* de Gregorio XVI, dirigida a los obispos belgas, aprobando y bendiciendo su propósito de restaurar la Universidad Católica de Bélgica en el tradicional ambiente universitario de Lovaina, y la Epístola *Magni nobis gaudii* de León XIII, dirigida a los obispos norteamericanos, acerca de la fundación, finalidad y actividades de la *Catholic University of America* que se abría en Washington. Es interesante hacer constar que el primero de estos textos es reconocido por la documentación oficial como una de las "fuentes" de los cánones 1.375 y 1.376 del *Codex Iuris Canonici*, que son los que definen el derecho de la Iglesia a instituir centros de estudios superiores.

El legítimo derecho de la Iglesia a constituir centros de enseñanza de cualquier grado es, pues, claro y se desprende de la naturaleza y de los fines específicos de la misma Iglesia. Sus más completas y modernas exposiciones doctrinales se hallan en los dos documentos antes mencionados de Pío XI; su formulación jurídica, en el Código de Derecho Canónico.

El ejercicio de este derecho es, por otra parte, una ininterrumpida constante de los últimos ochocientos años de la historia, desde que en el siglo XIII y por obra de la Iglesia empiezan a surgir las Universidades.

La Universidad ha sido una de las creaciones más originales y fecundas de la cultura cristiana occidental, que se ha extendido por el mundo al paso de la evangelización o de la expansión política, técnica y cultural de Europa. Su historia y su esencia última no se pueden definir en pocas líneas: han dado lugar, por el contrario, a una vastísima literatura que abarca desde las más circunstanciadas investigaciones eruditas hasta un sinnúmero de ensayos generales o especulativos. Pero podría decirse que la naturaleza del fenómeno universitario es de tres características diversas, cada una de las cuales pueden ser considerada como síntesis integradora de una oposición dialéctica. La Universidad es una comunidad de maestros y escolares; la Universidad implica la teoría y la práctica, es decir, la ciencia y la profesión; la Universidad es una institución social delimitada y aparte, que al mismo tiempo está presente en la entraña de la vida colectiva. En la conservación de estos caracteres reside la raíz del dinamismo que ha hecho decisivas a las Universidades en la historia, a través de todas las vicisitudes que ellas mismas y el mundo han sufrido en tanto tiempo.

En París la iniciativa fue de los profesores. Los maestros de Teología, Derecho, Medicina y Artes del Estudio de París, se reunieron en una corporación en la isla del Sena poco antes del año 1200, bajo el amparo del Canciller de Notre Dame, escapando de este modo a la jurisdicción general de la ciudad. En 1225 empezaron a pasar a la orilla izquierda, acogiéndose al territorio del Abad de Santa Genoveva, empujados por el espíritu inquieto y revoltoso de los profesores y estudiantes de Artes, enfrentados con el Canciller, que se negaba a conceder a la "Universitas" la autonomía completa a que aspiraba. La estrecha unión que este pleito produjo entre los maestros de Artes dió lugar al nacimiento de la facultad como colegio de los maestros que enseñan unas mismas disciplinas. Las Artes eran un conjunto de estudios que además servían de preliminares a sus docentes en una posición intermedia entre los maestros —por otra parte menos numerosos— de las demás Facultades y los estudiantes propiamente dichos. Los "artistas" fueron no solamente el elemento dinámico que más promovió el desarrollo corporativo de la Universidad de París, sino la "cheville ouvriere", sobre la que articuló la verdadera *universitas magistrorum et scholarium* en que acabaron convirtiéndose los antiguos Estudios de las orillas del Sena.

La historia de Bolonia fue exactamente inversa. La organización corporativa partió de los estudiantes de Derecho, única Facultad inicial de esta Universidad, que reunía alumnos de diversas "nationes", lombardos, toscanos, ultramontanos, etc. Cuando la corporación de profesores y estudiantes quedó definitivamente constituida, aún podía advertirse su origen escolar en la institución del "rector", un escolar, que es la autoridad más importante, a diferencia de París, donde gobernaba el canciller, es decir, un profesor. Las otras Universidades primitivas tienen historias propias también distintas, pero en definitiva se alinean en una gama de matices intermedios entre estos dos casos más radicalmente opuestos.

Con unas vicisitudes o con otras, las Universidades se constituyen siempre en corporaciones que abarcan los dos estamentos, docente y escolar. Su presencia simultánea y su acción recíproca en el seno de una comunidad estrechamente unida por los lazos de la convivencia, y la unidad de profesión y de trabajo crean progresivamente un mismo espíritu entre los miembros que la integran.

Lo que podríamos llamar estilo universitario o espíritu universitario acompaña prácticamente desde el nacimiento de la corporación a maestros y discípulos, e impregna, desde el principio, los modos de vida y de cultura de los antiguos escolares, que desarrollan después de sus estudios una actividad eclesiástica o civil. Los *clerici* —eclesiásticos o no— de la Edad Media, como los "*Akademiker*" o universitarios actuales, constituyen un sector social de influencia desproporcionadamente superior a su escaso número. A la sombra del poder político de los reyes, de la nobleza o de las ciudades, o en el seno de la misma Iglesia, los *clerici* aportan una técnica jurídica y una inspiración filosófica y teológica a la vida pública. Son los portavoces de las ideas generales, y los campeones ideológicos de las batallas políticas desde la Edad Media y la primera revolución antifeudal. Este dinamismo de la "inteligencia", representada por maestros, estudiantes y antiguos escolares, ha sido una de las constantes más activas de la historia occidental. En la Edad Media los principios inspiradores de la "inteligencia" —de los *clerici*— eran fundamentalmente cristianos y prácticamente no cabía concebir otros. La sociedad les siguió, como les seguiría después —más de cerca o más de lejos— en sus etapas modernas secularizadas.

La conciencia de esta situación de hecho ha mantenido y renovado repetidamente la atención de la Iglesia de los católicos hacia las cuestiones universitarias. En ella se halla la explicación del reiterado esfuerzo con que la Iglesia misma ha vuelto sus miradas a esta problemática, y la razón de ser de su voluntad constante de presencia en el mundo universitario, cualesquiera que pudieran ser las condiciones, favorables o adversas a la Iglesia, de este ambiente. Aquí reside también la explicación de las diversas formas que en distintos momentos reviste la Universidad Católica y la acción universitaria de la Iglesia.

La Universidad entraña también, históricamente y en su misma esencia, una presencia simultánea de teoría y práctica. Es visible desde los principios de todas las Facultades: origen universitario tiene la Suma Teológica de Santo Tomás, pero también las contemporáneas Sumas para confesores; la filosofía política, y la organización jurídica de los Estados y de la vida social; las especulaciones de los naturalistas medievales teñidos de "averroísmo", y la práctica médica. La Universidad es, históricamente también, el lugar de confluencia del mundo de las ideas y el mundo de la vida: el campo donde se cultivan aquéllas y el cauce por donde penetran en ésta. Las dos actividades tan diversas de la ciencia y de la profesión son los dos polos entre los que se establece la circulación de la savia de que, en última instancia, se nutre la sociedad.

La Universidad está aparte —aún ahora— en sus barrios o distritos propios, o en esas ciudades levíticas de la cultura y del estudio que son

Oxford, el Barrio Latino de París, Bolonia, Würzburg, Heidelberg, Salamanca o Alcalá. A la separación física corresponde la separación legal propia de la peculiar estructura jurídica de las corporaciones universitarias en la sociedad medieval o de principios de la Edad Moderna. A ella corresponden también los infinitos restos de esa situación que se revelan en numerosos rasgos, desde la vestidura tradicional de togas y manteos de Oxford o Coimbra, hasta la legislación sobre el servicio militar de los estudiantes de casi todos los estados.

Ahora bien, esta Universidad separada está más presente en la sociedad que otros estamentos más mezclados física o jurídicamente con la vida de toda la comunidad. A la Universidad se llega desde todas partes y de ella se sale también en todas direcciones. Los jóvenes que llegan a la Universidad evolucionan y se transforman en sus años escolares; y luego vuelcan sobre la sociedad entera la mentalidad que en ellos se han forjado. La presencia de los maestros es todavía más eficaz, desde el retiro estudianto de sus cátedras, por medio de sus alumnos y de la tribuna de los libros. Aún hoy cuando queremos penetrar en los principios u objetivos que pueden animar la política de Kennedy, acudimos a los libros del profesor Galbraith. La sombra de la Universidad no se proyecta solamente sobre la política: se proyecta también directamente sobre la vida, por el camino de la mentalidad de juristas, de médicos, de profesores, en una palabra, de todos los profesionales de formación universitaria.

Desde un punto de vista histórico, la Universidad es, evidentemente, obra de la Iglesia; grabó profundamente su propia importancia en sus rasgos más característicos. La obra de la Iglesia se continúa en los siglos más modernos por medio de renovadas fundaciones: éstas responden siempre a las circunstancias de lugar y tiempo, a la realidad concreta de la situación y de las necesidades de la Iglesia y de los católicos en una región, en un país o en una cultura determinada.

La sociedad política civil —el Estado— ha respondido al hecho de la vitalidad creadora de la Iglesia en materia de educación con la aceptación y el reconocimiento de su obra. Las Universidades de la Iglesia, en todas partes, se integran en el sistema de enseñanza nacional, sean cuales sean los principios de organización que presidan éste, con las contadas excepciones de los casos en que la persecución o la intolerancia religiosa han privado a la Iglesia de las más elementales libertades, y algún otro en que los residuos de un antiguo y vigoroso sectarismo anticlerical hacen que el Estado mantenga la actitud de desconocer oficialmente las realizaciones de la Iglesia en el campo de la enseñanza superior. Tal es el caso de las Universidades Católicas francesas, que fueron las primeras víctimas sacrificadas a la ola de anticlericalismo jacobino, protagonizada por Jules Ferry, y desatada a partir de la ley de 18 de febrero de 1880. Después, a pesar del cambio de las circunstancias políticas e históricas, las Universidades Católicas francesas —que pasan a llamarse Institutos— no han logrado alcanzar más que una tolerancia "de facto" para sus locales y sus enseñanzas, sin que el Estado admita la eficacia social de sus diplomas y sus grados.

En otros países, por el contrario, la Universidad Católica florece con

la debida autonomía, armónicamente encuadrada en el sistema de la enseñanza superior: tanto en países católicos como en naciones protestantes u oficialmente neutrales en materia religiosa. Y casi siempre, incluso en países no católicos, con la colaboración económica del Estado que, como administrador de los caudales públicos, se considera obligado a hacerlos revertir en servicios útiles a la comunidad. y comprende justamente entre éstos el que prestan a una nación los centros de estudios superiores fundados por la Iglesia. Tal es el caso holandés o el belga, y más notablemente aún el canadiense, que distribuye los subsidios estatales a las distintas Universidades por el democrático sistema de la proporcionalidad con el número de alumnos. Tal es también el caso del Estado Español, que prevé en el Concordato de 1953 la creación por la Iglesia de centros de enseñanza en cualquiera de los grados, y un ulterior acuerdo de las supremas potestades eclesiástica y civil para toda regulación complementaria, subsiguiente al ejercicio por parte de la Iglesia de este derecho suyo expresa y solemnemente proclamado.

Las Universidades Católicas, de este modo, se integran en el sistema educativo nacional al par de los otros centros privados o estatales, sin privilegios unilaterales, al servicio de unos fines científicos y pedagógicos comunes. Todo ello sin menoscabo de los aspectos peculiares y de la responsabilidad específica que a la Universidad Católica le añade el hecho histórico y jurídico de ser creación y órgano de la Iglesia universal.

La Universidad Católica no es, pues, algo distinto o separado de la Universidad en general. El adjetivo católica no significa, en ningún caso, una reserva de principio acerca de la posible catolicidad de los profesores de otros centros, o acerca de la confesionalidad expresa que, en algunos ordenamientos jurídicos como el español, declaran y profesan las Universidades del Estado. "Universidad Católica", en el sentido definido por la Iglesia en la Constitución Apostólica de 1931 y en otras disposiciones posteriores, como el Motu Proprio de Pío XII, *Catholicas studiorum Universitates*, de 27 de julio de 1949, es un término técnico que designa a las modernas Universidades fundadas, renovadas o erigidas por la Iglesia. Este nombre las distingue de las Universidades del Estado o de las de fundación privada, y de las Facultades exclusivamente dedicadas a los estudios eclesiásticos: ya que en la Universidad Católica, junto a las Facultades eclesiásticas, y aún sin ellas, se agrupan otras consagradas a los estudios civiles ordinarios.

Es cierto que, durante una época de su historia, y en determinadas situaciones culturales y políticas, la Universidad Católica surge como una ciudadela intelectual y científica en la que se refugia y se profesa la fe cristiana como alma inspiradora de la enseñanza y de la ciencia. Esto ocurrió principalmente en determinados países durante el siglo XIX, en el corazón de una Ciudad cuya cultura estaba dominada por el racionalismo agnóstico o por el anticlericalismo militante. Por el contrario, en otros ambientes históricos y culturales, la Universidad Católica se produce como un fenómeno de plenitud, fruto maduro de una cultura católica y de un ambiente público cristiano, o como la aportación directa e inmediata de la Iglesia en un país concreto a la empresa nacional de educar a los jóvenes, desarrollar la ciencia y difundir la cultura.

En cualquiera de sus manifestaciones históricas, las Universidades fundadas por la Iglesia han perseguido el mismo fin: una meta vasta, rica y compleja, en la que siempre se hallan presentes estos tres componentes sustanciales.

La Iglesia se ha considerado siempre interesada y responsable en la educación de la juventud. Es más, ha creído siempre que a ello le obligaba el mandato de su Divino Fundador: "Enseñad a todas las naciones". La doctrina teológica sobre los deberes y los derechos de la Iglesia en materia de instrucción suele partir de este texto revelado. Desde él y discurriendo por la doctrina filosófica de la unidad de la persona humana, la Teología católica concluye siempre que a la Iglesia le corresponde un papel activo en la enseñanza, que debe ser orgánica y unitaria, centrada en torno a los principios fundamentales de la concepción cristiana del hombre y de la vida. Las ciencias profanas no son ajenas a estos derechos y deberes de la Iglesia, por lo que los centros donde se cultivan y toda clase de maestros que las enseñan son objeto de especiales atenciones, advertencias e interés, por parte de todos los organismos de la Iglesia.

Respecto al desarrollo de la ciencia y a la síntesis cristiana de teología, saberes humanos y cultura, la historia de la Iglesia ofrece ejemplos máximos de plenitud que no es preciso mencionar aquí. Baste solamente recordar la insistencia con que los últimos Pontífices han invitado a los católicos a cultivar en vanguardia toda clase de ciencias. León XIII, en la **Encíclica Longinqua Oceani**, dirigida al episcopado norteamericano en la Epifanía de 1895, ya decía que en la rápida carrera moderna de las ciencias y de los descubrimientos, "en medio de tan enorme ambición de saber tan ampliamente extendida, los católicos deben ir delante y no a la zaga; por tanto —prosigue— es preciso que se instruyan en todo tipo de conocimientos y que se ejerciten intensamente en la exploración de la verdad y, en la medida posible, en investigaciones de toda índole". Para esta tarea veía el Papa un instrumento adecuado en la Universidad Católica de **América** constituida en Washington pocos años antes. En 1941, Pío XII, dirigiéndose a las Juventudes Universitarias y a los graduados de la Acción Católica Italiana, insiste en que la Iglesia, por su amor a las ciencias y a las artes, "se preocupa de tener centros propios de cultura superior en los que pueda ejercer libre y plenamente su actividad", pero también está vitalmente interesada en que el influjo y la luz de la verdad se hallen presentes en los demás centros: deber de los jóvenes universitarios y graduados católicos es "llevarla (la verdad) a todas partes, hacerla resplandecer en todas partes, hacerla desear, amar y gozar en todas partes".

En el marco de las consideraciones generales que anteceden, han de comprender, estimar y agradecer los católicos españoles la creación en nuestra patria de la **Universidad Católica** en virtud del decreto de la Santa Sede que eleva a esta superior condición jurídica al **Estudio General de Navarra**, fundado y desarrollado felizmente desde hace años en Pamplona por el **Opus Dei**.

El **Estudio General de Navarra** es fruto del esfuerzo del **Opus Dei**. Con el trabajo personal de un numeroso grupo de profesores universitarios

españoles y el constante y creciente apoyo de las corporaciones regionales y del pueblo de Navarra, que veían en él el camino que conducía al cumplimiento de su secular aspiración de poseer una Universidad. Toda España conocía y estimaba la labor del Estudio General de Navarra; muchas personas y entidades le han prestado repetidamente el servicio de su colaboración y simpatía, y son numerosas las familias, aún de las provincias más alejadas de Pamplona, que han confiado a él en estos años la formación universitaria y profesional de sus hijos. El propio Estado Español había otorgado ya a las diversas Facultades del Estudio General el reconocimiento parcial y restringido que para esta clase de centros de enseñanza prevé la Ley de Ordenación de la Universidad española de 1943, y concedió a sus Residencias de Estudiantes el título y las prerrogativas de los Colegios Mayores instituidos junto a las Universidades del Estado. La historia misma del Estudio General y la acogida y la estimación que en los ambientes más diversos han tenido sus actividades, muestran elocuentemente que su erección como Universidad llega en un momento de madurez, en que el Estudio General de Navarra puede hacer honor a la confianza en él depositada por la Iglesia.

Para el Estudio General de Navarra esta decisión de la Iglesia significa la máxima sanción académica de las enseñanzas que se cursan en sus diversas Facultades e Institutos, el reconocimiento jurídico de la plenitud docente y científica que ha alcanzado en estos años. Para la nación española representa el cumplimiento de una antigua aspiración y la realización definitiva de algo que de ella habían pedido los Pontífices Romanos desde los tiempos de León XIII y su Carta Quos nuper al Cardenal Arzobispo de Toledo el año 1902.

Durante este medio siglo último las voces más autorizadas entre los católicos españoles habían proclamado repetidamente la importancia y la necesidad de esta realización. Unas veces, en tiempos difíciles para la vida de la Iglesia, aspiraban a la Universidad Católica en su forma histórica concreta de ciudadela de la fe. En otros momentos de bonanza, cuando el país estaba políticamente dirigido por Gobiernos de inspiración católica, en armonía con la autoridad y con los principios de la Iglesia, buscaban su realización como fenómeno de plenitud.

Esta ha sido la forma histórica en que al fin se ha producido la Universidad Católica en España. La Iglesia la ofrece a España como un fruto maduro de la cultura católica española, producido naturalmente en el ambiente católico de las Universidades españolas: el cual no está determinado simplemente por la confesionalidad del Estado o por la expresa declaración de la Ley Orgánica Universitaria de 1943, sino también por la condición católica, doctrinal y práctica de la inmensa mayoría de los profesores españoles y de la totalidad moral de sus enseñanzas y de sus cursos.

En el ambiente religiosamente homogéneo de la cultura española, la Universidad Católica se inserta naturalmente como una más entre las Universidades del país, en las cuales se han formado y en muchos casos han ejercido personalmente la docencia, los profesores que integran los claustros del Estudio General. En este medio ha de desarrollar el Estudio General de Navarra la misión que como Universidad española le corres-

ponde, al mismo tiempo que sirve a las finalidades específicas que como Universidad de la Iglesia le competen.

En el Estudio General de Navarra se integran, junto a las Facultades e Institutos civiles, los de estudios eclesiásticos, abiertos a la formación del clero y de los fieles interesados en estas disciplinas. Desde esta Universidad se ha de contribuir específicamente a la tarea universal de los intelectuales y profesores católicos de realizar la síntesis cristiana de la cultura teológica, científica y humana adecuada a la situación de nuestra época.

La Universidad Católica, promovida y desarrollada en un medio social cristiano como el que ofrece España, tiene una misión de servicio a la Iglesia Católica en el mundo, que rebasa las propias fronteras nacionales. Ese hogar intelectual de una Universidad Católica ha de irradiar, en virtud de su vocación más íntima, su actividad educadora y científica a la juventud de otros países. Por una parte, a los veinte Estados que hablan la lengua española en otros continentes; por otra, también a la juventud de las nuevas naciones africanas y asiáticas que tienen que consolidar una independencia reciente con un lento proceso de preparación de futuros dirigentes. El esfuerzo que se perdería disperso en una multiplicidad de instituciones y lugares de los mundos nuevos, puede ganar profundidad y eficacia desde unos pocos centros bien dirigidos y bien organizados, a los que acuda una selección de jóvenes procedentes de todas las direcciones de la rosa de los vientos. Es un fenómeno histórico que se ha producido ya en el caso de los líderes políticos de muchas de estas nuevas nacionalidades que se educaron en Europa. Pero también una tarea para la que el sentido de responsabilidad y el espíritu apostólico convocan de modo especial a todos los católicos en la actual hora del mundo.

Nacida en un ambiente universitario católico de hecho y de derecho como el español, la nueva Universidad erigida por la Iglesia será para las otras Universidades españolas un elemento más de colaboración, de intercambio y de apoyo. Sus características peculiares hacen que no reste nada a la colectividad de los estudios superiores en España, sino que le agregue su propia aportación, sin duda valiosa, en un momento histórico en que tal incorporación resulta una colaboración útil e incluso necesaria. Desde hace treinta años España ha visto duplicarse el número de sus estudiantes universitarios, sin que se incrementen los centros y apenas las Facultades o Secciones. Nuevos edificios, bibliotecas y laboratorios, así como un aumento del número de los profesores han contribuido notablemente a mejorar la situación de conjunto. La Iglesia ha considerado que a Ella le tocaba también una parte en la tarea de elevar los niveles de la ciencia y de la cultura en el país, y de atender a las necesidades nacionales de la enseñanza superior. Todos los españoles de buena voluntad, y especialmente los universitarios, verán indudablemente con satisfacción el desarrollo y la prosperidad del Estudio General de Navarra, que añade ahora a su primitivo nombre el prestigioso título de Universidad Católica con que le ha honrado la Iglesia.

La posesión y sus elementos

Por el Dr. JORGE AVENDAÑO VALDEZ (1)

El Código Civil no define la posesión; pero implícitamente lo hace en su artículo 824 cuando nos dice que "es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos"

Como se sabe, tradicionalmente han sido dos los elementos de la posesión: el corpus y el animus. Se entendía por el primero la tenencia material de la cosa objeto de la posesión; de él dieron su concepto Savigny y Ihering, remontándose para ello al Derecho Romano. Por animus se entendió, en cambio, la intención que debía tener el poseedor de comportarse "como propietario". Es lo que se conoció como "animus domini". No importaba la buena o mala fé del poseedor, esto es su ignorancia o conocimiento de que no era en verdad dueño; lo exigido era su apariencia de tal. Es decir su deseo exteriorizado de conducirse como propietario.

Dentro de esta concepción de la posesión era posible distinguir entre poseedor y tenedor: mientras que el primero contaba con el corpus y el animus, el segundo carecía de este último elemento. Esta distinción es clara en la legislación francesa, y lo fué también en el Código Civil peruano de 1852, que se inspiró en aquella.

Cuando se debatió el Código Civil actual se discutió si se mantenía ese mismo concepto de la posesión o si debía sustituirse por una concepción más moderna, acorde con la tesis de Ihering, que ya había sido recogida por la legislación brasileña. En el seno de las Comisiones encargadas de la reforma triunfó esta última tendencia y así se plasmó el texto del artículo 824, citado anteriormente, dentro del cual la noción del "poseedor" absorbe la del "tenedor", que desaparece.

En efecto, es poseedor todo aquel que ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad. El artículo 850 del mismo Código se encarga de enumerar los "poderes inherentes a la propiedad", que son los de poseer el bien (es decir, usarlo), percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley.

(1) Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

Quien ejerza fácticamente uno o más de estos poderes, es poseedor, con prescindencia de si tiene o nó "animus domini". Decimos "fácticamente" porque el artículo en examen exige que el ejercicio sea "de hecho". Con lo cual no pretende decirnos el legislador que la posesión sea "un hecho" y no "un derecho" sino que el ejercicio de aquel o aquellos poderes inherentes a la propiedad debe su fáctica. No sería suficiente ni exigible que fuera un ejercicio "de derecho", es decir tan solamente reconocido jurídicamente por la ley o un contrato. Es preciso que lo sea "de hecho", con prescindencia de si lo es o nó "de derecho".

Esta noción tan amplia del poseedor no podía quedar así. Era preciso recortarla de algún modo, y esto es precisamente lo que hizo el legislador al clasificar la posesión en mediata e inmediata. Dice el artículo 825 del C. C. que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un derecho; y es mediato quien confirió el derecho al inmediato.

Son dos los requisitos exigidos para que el poseedor sea inmediato: que su posesión sea temporal y que lo sea en virtud de un derecho. Discrepamos con el legislador en cuanto al término empleado. En verdad no debiera decir "derecho" sino "título", ya que la posesión que ejerce el poseedor inmediato no ha de ser necesariamente legítima, es decir conforme a derecho. Puede ser ilegítima, esto es "contraria a derecho", y sin embargo ser inmediata. Es el caso del usurpador que dá en arrendamiento el bien usurpado. La posesión del arrendatario será ilegítima porque quien le confirió el bien carecía de derecho para hacerlo. Pero no por ello deja de ser poseedor inmediato. Lo indispensable es que esa posesión se haya originado a mérito de un justo título posesorio: acto jurídico que sea en sí suficiente para constituir el derecho de posesión, con prescindencia de si quien lo constituye está legalmente facultado para ello o nó.

Así concebido el poseedor inmediato, el mediato es, decíamos antes, quien trasmitió la posesión al inmediato. Normalmente, el poseedor mediato es el propietario. Pero puede no serlo. Puede ser, inclusive, un usurpador, una persona sin derecho, un poseedor ilegítimo que entregó a otro, en forma temporal y con justo título posesorio, la posesión del bien que antes él detentaba (1).

De esta rápida revisión de los artículos 824 y 825 del Código Civil, se inferiría que la tradicional noción del "animus domini" ha quedado totalmente descartada. Ello no es empero totalmente exacto. Ha sido mantenida como era de suponer, en la posesión requerida para adquirir por prescripción. Esta es no solamente una exigencia doctrinaria y jurisprudencial sino también legal, ya que el Código Civil la consigna expresamente en su artículo 871 cuando dice que adquieren inmuebles por prescripción quienes los han poseído **como propietarios** de modo continuo, . . . etc., lo cual significa que, si bien el comportamiento "como propietario" no se exige para que en derecho exista posesión, sí es indispensable para que ella pueda alguna vez convertirse en propiedad por virtud de la usucapion.

(1) Se emplea acá el término "detentaba" no porque ese usurpador no sea "poseedor" (sí lo es, ya que ejerce de hecho más de un poder inherente a la propiedad) sino para indicar, con finalidad didáctica, que se trata de una posesión ilegítima.

Esto revela que cuando existen un poseedor inmediato y otro mediató, es éste quien está poseyendo *ad-usucapionem*, porque se está comportando "como propietario". La muestra más cabal de este comportamiento consiste, precisamente, en haber transmitido su posesión en forma temporal y con título. Este título será, en este caso, ilegítimo, pero ello no obsta para que la distinción pueda hacerse.

Debemos hacer tres aclaraciones para completar la noción del poseedor en la legislación peruana.

La primera es que existen casos en que se dan hasta tres poseedores respecto de un bien. Tal es la situación en que un bien es sub-arrendado o cuando ha sido locado por el usufructuario. En estas eventualidades, el propietario es poseedor mediató respecto del arrendatario y usufructuario, respectivamente; éstos son inmediatos respecto de aquel y al mismo tiempo son mediatos en relación con el sub-arrendatario y arrendatario, también respectivamente.

La segunda aclaración es que en todos estos casos de posesiones diferentes no existe coposesión, esto es posesión en común. Para que ésta exista, al igual que en la legislación alemana en que también existe esta distinción entre poseedor mediató e inmediato, es necesario que los varios poseedores lo sean de una misma categoría, o sea que sean varios los mediatos, varios los inmediatos o simplemente varios los poseedores, en caso de que la posesión no esté dividida.

Finalmente, es preciso recalcar que no siempre es posible distinguir entre poseedor mediató e inmediato. En otros términos, no siempre es posible aplicar esta clasificación. Así, cuando el propietario posee directamente, no cabe hacer la distinción. No puede decirse que es poseedor inmediato. Es poseedor y nada más. Es poseedor "per se", que reúne todas las facultades del poseedor. La distinción aparece recién cuando la posesión se desmembra, es decir cuando sus atributos se descomponen: cuando el poseedor transfiere temporalmente uno o más poderes inherentes a la propiedad, en virtud de un justo título posesorio.

Desarrollo histórico del Derecho Internacional

Por el Dr. RAUL FERRERO

Catedrático Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional
Público, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.

I

LOS PERIODOS JURIDICOS

La evolución del Derecho de Gentes no coincide exactamente con los grandes periodos históricos, Como observa Georges Scelle, a quien seguimos en nuestra exposición, los acontecimientos no modifican inmediatamente las concepciones que los pueblos y los gobiernos se hacen de sus relaciones mutuas. Es conocida la ceguera de los contemporáneos con respecto a las transformaciones sociales a las que asisten. Por eso existe siempre una diferencia sensible entre los periodos históricos y los periodos ético-jurídicos.

Podemos revisar las relaciones entre las naciones, así como su expansión jurídica, distinguiendo cuatro grandes periodos: **primero**, la Antigüedad hasta el fin del Imperio Romano de Occidente; **segundo**, la Europa Medieval y Cristiana hasta el siglo XVI; **tercero**, los siglos XVI a XIX, que podemos llamar el periodo inter-estatal clásico; **cuarto**, el periodo de evolución hacia la comunidad mundial y el superestatismo, que comienza en 1899, con las Conferencias de La Haya.

1er. PERIODO: LA ANTIGÜEDAD HASTA EL FIN DEL IMPERIO ROMANO DE OCCIDENTE

Ha existido siempre un derecho intersocial, o si se prefiere, intergrupar. Es decir, reglas habituales y convencionales destinadas a normar relaciones entre las diversas comunidades, más definitivamente en las monarquías del Antiguo Oriente. Las relaciones jurídicas y pseudojurídicas han sido, durante milenios, influidas por usos y conceptos nacidos del choque guerrero y de la inevitable comunicación comercial y humana entre pueblos vecinos.

Grecia

En algunas zonas, delimitadas por contingencias étnicas, geográficas o económicas, aparecen sociedades interestatales formadas por ciudades o pequeños estados. Son algunos microcosmos deseosos de aislarse de los bárbaros y vivir a base de sí mismos o de su expansión marítima. Es particularmente conocido el mundo helénico. La intensidad de las relaciones entre las ciudades, su interdependencia económica y estratégica, así como su comunidad de lengua, raza y civilización, desarrolla alianzas. Se esboza, especialmente bajo la hegemonía de Atenas, un sistema federativo. Las **Anfictionías**, prefiguraron una Sociedad de Naciones helénicas con organismos técnicos adecuados a la época, con obligaciones y tesoro común, si bien tal comunidad fue más bien religiosa que política.

El Mundo Romano

Roma se originó como una federación de tribus. Luego formó una federación de naciones aliadas bajo una hegemonía. Cuando Caracalla extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, este último se transformó en una federación casi mundial. Dentro de este sistema, el derecho de guerra y la celebración de tratados se desarrolló singularmente; por primera vez, aparece la noción de la **guerra justa**.

De ella trata Cicerón, al condenar la guerra innecesaria, el maltrato a los vencidos, la agresión injusta y el quebrantamiento de la palabra empeñada. Hay, por tanto, atisbos de una norma moral supra-positiva, aunque se la infrinja en la práctica a cada paso. Roma creó el **ius gentium**, nacido de la necesidad de juzgar los litigios entre ciudadanos y extranjeros, o bien entre extranjeros, a los cuales no podía aplicarse el **ius civile** y eran sometidos al Pretor inter peregrinos. Es el **ius gentium** un derecho interno que los Tribunales fueron extendiendo a medida que Roma ensanchaba su imperio. No contenía normas entre Estados sino solamente reglas que hoy llamaríamos de derecho internacional privado. Sin embargo, por haber coincidido con el derecho natural común a los diversos pueblos, fue abriendo paso a la concepción de un derecho generalizado con base en la razón.

2º PERIODO: LA CRISTIANDAD

Vocación Internacional del Cristianismo

El cristianismo tiene como fundamento un principio de ecumenidad o catolicidad. Esto equivale a la idea de una comunidad internacional global, que tiene como **elemento primigenio al individuo**, dotado de un alma y de una voluntad libre. Sobre esta base se ha desarrollado la concepción del mundo moderno y especialmente el **Derecho de Gentes**.

Bajo la autoridad temporal y espiritual de la Iglesia realizó un **monismo ético y jurídico** que sustituyó al Imperio desfalleciente. Es la **Civitas Christiana**, cuyos medios de acción material le fueron proporcionados por

reyes carolingios. De esta manera se constituyó una verdadera comunidad internacional durante siete u ocho siglos. El Papado y el Sacro Imperio Romano Germánico eran sus factores centrales.

Durante el Medioevo, la cristiandad coincide con el sistema de derecho público que se conoce con el nombre de feudalismo. La autoridad de la Iglesia se ejercía dentro de una verdadera anarquía en las relaciones interestatales pero, en último término, la supremacía correspondía siempre al Papado, que controlaba la investidura de los Príncipes y podía desligar a los vasallos del juramento de fidelidad.

Se dictaron ciertas normas para reglamentar la guerra y limitar el recurso a la fuerza (Tregua de Dios); se desarrollaron procedimientos judiciales, como la mediación y el arbitraje; con las órdenes caballerescas aparecieron personas morales extra-estatales, como los Templarios, no sujetas a la autoridad de los Príncipes.

La comunidad internacional se amplió por el desarrollo del comercio, por las ferias y los mercados, así como por la aparición de nuevos medios de cambio (Letras, Bancos de los Lombardos) y el auge de las comunicaciones marítimas. Las relaciones exteriores fueron frecuentes y fáciles; es la época floreciente de las grandes Universidades, con estudiantes de muchos países, y de la difusión del Derecho Romano a título de *ratio scripta*.

Los Canonistas

En la transición de la cristiandad a la Edad Moderna nació el derecho internacional, cuya doctrina coordinada se encuentra, especialmente, en los escritos del dominico Francisco de Vitoria y del jesuita Francisco Suárez.

Es a la luz de la fe católica que los teólogos examinaron los problemas planteados por las relaciones internacionales. No hay una separación neta entre los problemas de la moral, de la religión y del derecho. Es desde el punto de vista del **pecado contra los deberes hacia Dios** que se examinan los deberes del Príncipe hacia sus súbditos, hacia los otros Príncipes y hacia los extranjeros, hacia los infieles. La atención de los canonistas se dirige especialmente hacia aquellos pueblos bárbaros que se acaba de descubrir y colonizar. Cuando se trata de Derecho, se hace referencia al derecho natural revelado. Pero, en razón misma de esta confusión, la doctrina de estos canonistas se orienta ya de la concepción del **poder** hacia la concepción de la **función**. No reconoce a los Príncipes un poder arbitrario, por omnipotentes que sean. Sus decisiones pueden ser criticadas por los súbditos. Se está muy lejos de la noción de Soberanía estatal que nacerá en la Edad Moderna y será entendida como un poder de creación del Derecho.

Sepúlveda, en su célebre obra "Sobre las justas causas de la guerra contra los indios", fundamenta ésta en razones teológicas. El fin de la guerra debe ser el bien público y sólo debe combatirse hasta donde sea necesario para alcanzar dicho fin. Las acciones se califican según su fin. El *probum animum* es muy importante para discriminar si una guerra

es justa o injusta. Al respecto, cita a San Agustín: "el hacer la guerra no es delito, pero el hacer la guerra por causa del botín es pecado; ni el gobernar la República es cosa criminal, pero el gobernar la República para aumentar las riquezas privadas es cosa digna de condenarse".

Para Sepúlveda, el Derecho Natural no es concebido como algo rígido; algunos de sus preceptos pueden cambiar con las circunstancias de lugar y tiempo, pero una parte de él permanece inmutable: los preceptos del Decálogo. La ley positiva está deducida del derecho natural. Si la guerra se hace por justas causas, aunque la haga un malvado no cuidadoso de la justicia sino del botín, esta depravada voluntad del soldado no lo obliga a restituir la presa, porque la causa del despojo no ha sido la perversa actitud del soldado sino el haber sido vencido el enemigo que servía a una causa injusta.

La guerra contra los indios es justa porque les lleva la religión, que es el mayor de los bienes, y porque no es sino el medio para imponer la paz, o sea la convivencia social. Dentro de las direcciones generales de la época, Sepúlveda se plantea el problema de determinar lo que debe ser el contenido del derecho natural. Lo esencial es el común sentir de los hombres pero el carácter variable de los juicios humanos hace difícil conocer sobre qué están los hombres de acuerdo, por lo que ha de tenerse por justo aquellos que los hombres sabios y virtuosos estiman así. Tal razonamiento no difiere en la práctica, de lo que llamamos hoy la racionalidad del poder, aplicada por la Corte Suprema en los Estados Unidos de América.

3er. PERIODO O PERIODO MODERNO INTERESTATAL

Con este período se inicia el derecho internacional, propiamente hablando. Sus principales características son la formación de los grandes Estados y la construcción de la idea de soberanía. Es el período del derecho internacional clásico, como lo denomina la escuela francesa. Dada la importancia que presenta para la evolución del orden jurídico, es necesario establecer algunas subdivisiones:

a) **La comunidad cristiana de Estados** (del siglo XVI hasta la paz de Westfalia, 1648).

Se va formando la comunidad de Estados, de la que sólo son sujetos los Estados y la Santa Sede. La monarquía se libera de los señores feudales y afirma, gracias al ejército permanente, una autoridad nacional. El respeto a la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*) y el reconocimiento de que existen principios jurídicos objetivos que obligan no sólo a los hombres sino también a los Estados, va conformando una moral para las relaciones internacionales.

Habrà que esperar hasta el siglo XVIII para que se desprenda verdaderamente la teoría del Estado Soberano, nacida a principios del siglo XVII. Los teorizadores del Derecho de Gentes, que son protestantes como el eminente Grotius, están retrasados con relación a los hechos, igual que los tratadistas de la época precedente o sea los canonistas, que formularon

la teoría de la cristiandad en una época en la cual el Papa y el Emperador habían declinado políticamente.

El grupo de escritores protestantes, quizás inconcientemente, se esforzó por salvaguardar los resultados ya adquiridos por sus predecesores y, de esta manera, se relacionaron con los canonistas españoles. Grotius mantuvo la noción de una Sociedad Universal de Derecho de Gentes, ya establecida por Suárez y la fundó en el derecho natural que Vitoria y Suárez enunciaron. Pero el derecho natural ya no es el derecho natural revelado de los canonistas. Se orienta hacia el derecho natural de los filósofos, de base racionalista.

Se ha dicho que con Grotius el Derecho de Gentes se laicizó. Conviene no exagerar, ya que sigue impregnado de preocupaciones religiosas y de reminiscencias de la historia romana. La verdad es que tanto Vitoria como Grotius comprendieron que el derecho internacional debía constituir una ciencia autónoma, basada en un orden natural, derivado de las relaciones de sociabilidad entre las comunidades humanas, anticipación poderosa del pensamiento de Montesquieu que extrae las reglas de Derecho de la "naturaleza de las cosas".

b) **Génesis del derecho internacional clásico (de la paz de Westfalia, 1648, a la Revolución Francesa, 1789).**

Se inicia con la Paz de Westfalia, que puso fin a la guerra de los Treinta Años, conflicto que afectó a toda Europa. En aquella época se desarrolla el principio del equilibrio, que la paz de Utrecht, (1713) convirtió en principio rector del Derecho Internacional. A la idea comunitaria de la Edad Media, quebrantada por el cisma protestante, sustituye un principio mecánico: que ningún país sea tan poderoso por sí solo, como para que pueda imponer su voluntad a los demás. Se mira a los Estados, más propiamente a los monarcas, como Soberanos, iguales entre sí, sin ninguna autoridad central. Cada Estado puede aplicar bonafide el derecho inter-nacional, como auto-decisión, y si lo desea declara la guerra a su solo juicio.

El quebrantamiento de la autoridad imperial y la declinación de la potestad papal, o sea la desaparición virtual de los dos grandes poderes medioevales, de carácter laico y pluripersonal, compuestos por Estados grandes y pequeños, engreídos con la idea de su soberanía y que se consideran obligados principalmente en función de los pactos que celebran (*pacta sunt servanda*).

Los tratadistas más destacados en este subperíodo son Puffendorf, Wolf Bynkershoek y Vattel. El gran autor clásico fue, sin duda, Emerio de Vattel, príncipe de los positivistas. En el siglo XVIII, por oposición a la prepotencia de los Soberanos y a las continuas guerras, los pensadores iluminan una nueva ruta: la de la paz perpetua, entrevista como un sueño de visionarios. Así, Rousseau en 1761, Bentham en 1789, y Kant en 1795, escriben sobre el Derecho de Gentes para enfatizar la aspiración a la paz universal.

En "Introduction to the principles of morals and legislation" (Londres, 1780), Jeremías Bentham abordó los problemas más importantes de la cien-

cia de la legislación, estableciendo como principio fundamental de todo su sistema moral y político el de procurar la mayor **felicidad posible para el mayor número**. Para él, el aumento de la felicidad general es el objeto único de la moral (deontología) y el fundamento del derecho, reduciendo la obligación moral a la sola sanción inherente al placer y pena resultante de la acción.

Determinó el movimiento hacia la dación de Códigos y la sistematización del **Derecho**, habiendo creado la locución **Derecho Internacional**, en 1789, para reemplazar la denominación de **Derecho de Gentes**. Fue el filósofo del progreso y de la moral utilitaria, ideas que se encarnarían en el liberalismo del siglo XIX.

c) **Derecho internacional clásico desde la Revolución Francesa hasta las Conferencias de la La Haya (1789 a 1899)**

La Revolución Francesa, por **virtud** de su idea humanitaria, alteró la vida internacional pero sin transformar la idea de las soberanías externas, celosas e intransigentes. El gran dogma es la voluntad popular. Aparacen las nociones, desde entonces fundamentales, del individualismo y del Estado-Nación. Se proclaman los **Derechos del hombre y del ciudadano** y se considera al Estado como un mecanismo destinado a la defensa de tales derechos.

La Santa Alianza

La caída de Napoleón y la reunión del Congreso de Viena significaron el desconocimiento de tales principios. Se restablece el principio del equilibrio europeo y se proclama un **segundo** postulado: el principio de la **legitimidad**, o gobierno de los Príncipes por derecho divino.

El error consistió en querer imponer a la Sociedad internacional un principio que era sólo el de una minoría. De ahí la resistencia de Monroe a la intervención en la América del Sur, la defección de Inglaterra —país de constitución representativa— y, finalmente, el desmentido que debían dar al principio de legitimidad la Revolución Francesa de 1830, la emancipación de Bélgica y los movimientos liberales desde 1848 hasta la unidad italiana y la alemana. La verdadera legitimidad fue, desde entonces, en **Derecho internacional** como para el **Derecho interno** la investidura de los gobiernos por la voluntad popular.

El Principio de las Nacionalidades

Un nuevo principio — racial e internacional — debía formularse a mediados del siglo XIX: el de las nacionalidades, que implicaba el "**derecho natural**" de los pueblos "**homogéneos**" — es decir aquellos que pertenecen a la misma raza, hablan la misma lengua, tienen la misma cultura y la misma religión — de organizarse políticamente de manera independiente y de constituir Estados. Este movimiento se hizo sentir en Italia, Alemania, Hungría y Polonia. Esta nueva idea-fuerza hubiera podido ser canalizada hacia instituciones federalistas, pero nuevamente la ideología

del Estado soberano y particular resultó dominante. Los grupos nacionales menos favorables o más grandes, originando el problema de las **minorías**, que se convirtió en una nueva causa de antagonismo colectivo y debía servir de pretexto para el estallido de la primera guerra mundial.

Congresos Internacionales

En el siglo XIX se celebraron diversos congresos con miras a resolver conflictos inmediatos. Si bien no se vislumbró la existencia de una comunidad mundial, se concertaron convenios de alcance multilateral y se procuró mantener y difundir los principios del Derecho de Gentes. Las principales reuniones fueron las siguientes: **Congreso de Viena**, en 1815; acordó la neutralización de Suiza, las categorías diplomáticas, la represión del tráfico negrero y el sistema de la Santa Alianza (integrada por Rusia, Austria, Prusia y Francia). **Congreso de París**, en 1856, con intervención de Francia, Inglaterra, Rusia, Turquía, Piamonte, Prusia, y Austria, Es célebre por haber fijado normas para regular la guerra marítima. A la Declaración de París, que fue el primero de los grandes tratados declarativos del Derecho Internacional, se adhirieron la generalidad de los países. **La Conferencia de Ginebra**, en 1864, sobre la Cruz Roja, acordó normas referentes a la condición de los enfermos y heridos en las guerras. **Congreso de Berlín**, en 1878, con intervención de Alemania, Francia, Austria, Italia, Rusia y Turquía; creó un nuevo "status" para los Balcanes. **La Convención de Constantinopla**, en 1888 (con intervención de Francia, Alemania, España, Gran Bretaña, Luxemburgo, Holanda, Rusia y Turquía), neutralizó el Canal de Suez.

4º PERIODO, O PERIODO DE LA COMUNIDAD MUNDIAL (De las Conferencias de La Haya a nuestros días).

El signo revelante de nuestro siglo es el esfuerzo por crear una organización internacional. Se encuentra en juego el establecimiento de un gobierno mundial, o super-estado. Luchan dos sistemas: el democrático, basado en la economía liberal o de mercado y en el gobierno representativo; y el totalitario, basado en la economía dirigida y la dictadura de partido. Una tercera dirección ensaya el planeamiento de la economía de la libertad personal.

Las Conferencias de La Haya

A los años que transcurren entre 1899 y 1914 Georges Scelle denomina "Período de presentimientos". Es la época de las dos Conferencias de la La Haya, efectuadas en 1899 y 1907.

Las Conferencias de La Haya fueron calificadas, de acuerdo con el movimiento ideológico que las engendró, de **Conferencias de la Paz**. Se trataba de mantener el orden público existente que se sentía precario por el juego de las alianzas. Sin duda no había cesado la práctica del arbitraje, desarrollado a los alrededores de 1900, por todo un conjunto de tratados de arbitraje obligatorio, pero ello no era sinó simple fachada, pues se recurría al arbitraje únicamente para los litigios menores.

La época era de graves tensiones políticas, que luego habrían de conducir a la segunda guerra mundial y se trató de evitar el conflicto por medio de las conferencias de desarme. De ahí que fuera necesario, por entonces orientar los debates sobre otros medios indirectos de obtener la paz: las deliberaciones de orden normativo y constructivo. Los resultados, también en este aspecto, fueron mediocres.

En el orden normativo, se formuló una codificación bastante avanzada del derecho de guerra y de neutralidad. Se lograron algunos avances sobre los procedimientos de conciliación y arbitraje aunque el recurso a cualquiera de ellos era completamente facultativo para los Estados. Se ensayó, en vano, crear un tribunal permanente de competencia general.

En la primera, celebrada en 1899, se reunieron representantes de 26 países por iniciativa del Zar de Rusia y con el objeto de procurar el desarme. En 1907, en la Segunda Conferencia de la Haya, participaron 44 Estados y se celebraron trece convenciones, siendo la más importante de ellas la que estableció una Corte Internacional de Presas. La guerra impidió la reunión de una tercera Conferencia en La Haya pero al término del conflicto mundial se reunió la Conferencia de París, en 1919, que tuvo una representación prácticamente universal.

Las Conferencias de La Haya hicieron nacer muchas esperanzas. La principal causa de su fracaso fue la desconfianza de los gobiernos y que las delegaciones, aunque integradas por juristas de primer plano, estaban penetradas del dogma de la intangibilidad del Estado Soberano. Estas mismas causas de impotencia iban a determinar el fracaso de la Sociedad de las Naciones años más tarde.

La Guerra de 1914 y la Sociedad de las Naciones

La guerra de 1914 asombró al mundo por la extensión del conflicto. No se comprendió hasta qué punto la difusión del liberalismo y el mercado mundial habían determinado una **solidaridad internacional**, lo que hacía necesario una **constitución internacional**. Al término de las hostilidades y durante la Conferencia de París una parte importante de la doctrina afirmaba todavía que la paz se debía constituir a base de la igualdad de los Estados y de la no-intervención.

Después de un período de crecimiento que duró hasta 1930 aproximadamente, la Sociedad de las Naciones, originada por un proyecto del Presidente Wilson, pero organizada con la abstención de los Estados Unidos, comenzó a periclitarse, víctima de sus vicios congénitos. No pudo impedir conflictos importantes ni el desencadenamiento de la segunda guerra mundial. Su fracaso se debió a que no pudo desprenderse nunca de la ideología **inter-estatal**.

Sin embargo, organizó una serie de instituciones a las cuales sólo les faltaba para ser eficaces la competencia de decisión. Cabe señalar, entre ellas, la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya y la **Organización Internacional del Trabajo**. A pesar de su fracaso, la Sociedad de Naciones fue durante cierto tiempo, un centro de colaboración **inter-gubernamental**. Su suerte fue la que está reservada a toda la organización

internacional que carece de los medios necesarios para superar sus propias dificultades y especialmente cuando no está dotada de los elementos necesarios de coerción. Se ha reprochado a la Sociedad de Naciones su pactomanía. Esta procedía de la misma ilusión que lleva a los juristas a considerar que se puede estructurar un derecho internacional a partir de una sola norma: **Pacta sunt servanda**. El contractualismo fracasó por ser un sistema que la nueva sociedad tiende a superar. Pues se va entendiendo que la base del orden mundial no puede ser la voluntad inestable de las naciones.

Las Naciones Unidas

En la Conferencia de San Francisco, reunida después de la Segunda Guerra Mundial, se creó la Organización de Naciones Unidas, ONU. Se inspiró su creación en la necesidad de preservar a las nuevas generaciones de los horrores de la guerra, así como en la conveniencia universal de elevar los niveles de vida.

Hoy el Derecho Internacional Público toma como punto de partida la existencia de una **comunidad mundial de Estados**. Además, reconoce una personería jurídica limitada a determinadas organizaciones, para los efectos relacionados con los fines de su creación. La mayor parte de las normas de D.I. son de "ius dispositivum" o sea nacidas de la disposición o voluntad de las partes, pero existen principios, como el de la libertad de los mares, el de la buena fe o el de la nulidad de los pactos inmorales, que son de "ius cogens". Un hecho histórico dominante de carácter a nuestra hora: la marcha hacia una **federación mundial**, de la que son primeras fases la integración de los Estados similares en uniones aduaneras.

II

ESTRUCTURA INTERNACIONAL

La sociedad internacional está compuesta, básicamente, por los Estados. Actualmente, ha de entenderse la soberanía como relativa puesto que no es una categoría jurídica absoluta. Si lo fuera, cada Estado podría desvincularse unilateralmente de sus compromisos, ya que un consentimiento soberano entrañaría la facultad de retractarse, con lo que crearía el caos en las relaciones internacionales. Puede distinguirse los siguientes componentes de la estructura internacional.

1.—ESTADOS

Del punto de vista internacional, se admite la personería, de un Estado cuando reúne los siguientes requisitos: a) población permanente; b) territorio; c) gobierno; d) capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados, observando los principios del Derecho Internacional. La VII Conferencia Interamericana de Montevideo, 1933, definió tales condiciones.

Son unitarios cuando están regidos por una sola autoridad central. Son federales cuando integran en una formación superior varias unidades autónomas, aunque debe advertirse que, día en día, la autoridad central va aumentando su esfera de ingerencia. La concepción del Estado federal nació con la Revolución Americana, para hacer posible la adecuación de una autoridad política firme a grupos humanos regionales variadamente caracterizados o que pueblan espacios distantes. Es en la literatura alemana que nace la denominación, pues hasta la segunda mitad del siglo pasado se confundía las voces Confederación y Estado Federal, como en el caso de Suiza. Se estima que el Estado Federal es un sujeto jurídico distinto de los Estados componentes, lo que conlleva una pluralidad de poderes en aquellos aspectos que no requieren decisión unitaria para salvaguardar la existencia nacional. Los Estados Unidos, Alemania Occidental, México, Argentina y Brasil son casos de tal forma de Estado. También lo es la U.R.S.S. por su denominación.

2.— COLECTIVIDADES ESTATALES DE ESTRUCTURA COMPLETA

a) **Uniones de Estados;** tienen tales organizaciones una importancia meramente histórica, pues en gran parte han cesado de regir. Por **unión personal**, se entendía la coincidencia de dos reinos en una misma persona, pero conservando cada comunidad su independencia. Castilla y Aragón, Inglaterra y Escocia, Inglaterra y Hannover, son ejemplos de unión personal. Por **unión real** se entiende una comunidad permanente de monarca de dos Estados que permanecen distintos: Austria y Hungría, Suecia y Noruega. La **Confederación** vincula dos o más Estados por un pacto internacional, con intención de perpetuidad. La estructura concreta de cada confederación ha sido muy variable y, de modo general ha sido un paso hacia la formación del Estado Federal. Carece de poder inmediato sobre los ciudadanos de cada Estado y en caso de duda es la competencia del Estado particular la que prevalece. La Confederación Germánica y la que constituyeron inicialmente los Estados Unidos de Norte-América, son ejemplos.

b) **Formaciones "sui-generis";** son irreductibles a un esquema genérico, pues obedecen a razones empíricas y a motivaciones históricas, étnicas y económicas. La Comunidad Británica, la Unión Francesa y la Unión Soviética, son los casos más importantes. Respecto de la última, cabe observar que comprende a dos personas más de derecho internacional (Ucrania y Rusia Blanca) y que es cuasi-federal, puesto que los Estados particulares no participan en la reforma constitucional y carecen, en la práctica, de la autonomía que enuncian.

c) **Estados de condición jurídica particular.**—Los protectorados, como Monaco y San Marino cuyas relaciones exteriores concuerdan con Francia e Italia respectivamente, o como Túnez, Marruecos y los Estados malayos, que estuvieron a cargo de una potencia tuitiva. El moderno Derecho Internacional tiende a la gradual emancipación.

Son Estados neutrales (Suiza por propia determinación y por resolución del Congreso de Viena) o bien neutralizados (o sea que no depende

de ellos variar la paz indenizada, como el Vaticano o Austria) aquellos que sólo pueden hacer una guerra defensiva y carecen de facultad para concertar alianzas, por haberlo establecido así los tratados.

3.— COLECTIVIDADES NO ESTATALES

- a) La Santa Sede y la Soberana Orden de Malta.
- b) Territorios no autónomos (antes llamados coloniales) y Territorio Fideicometidos (antiguos mandatos).
- c) Territorios internacionalizados (Trieste, el Sarre).

4. COLECTIVIDADES INTER-ESTATALES

Pueden ser según las clasifica el Profesor Rousseau, organizaciones de vocación **universal**, las Naciones Unidas; o bien organizaciones **continentales**, la O.E.A., que se completará pronto con el Canadá, y el Consejo de Europa que aspira a constituir remotamente a la Unión Europea y tiene su sede en Estrasburgo o también organizaciones **regionales**, tal como la Unión Europea Occidental constituida por Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y el Reino Unido, ensayo de integración realizado tímidamente y cuyo valor militar se ha desvanecido por la participación de los cinco países en la OTAN.

Es interesante poner de relieve que existe ya una unión de Estados de carácter supranacional, o sea que comporta la transferencia de determinados atributos de la soberanía: la CECA (Comunidad Europea del Carbón y el Acero), la cual actúa directamente sobre los particulares. El "Euratom", que cuenta con una instalación en Ginebra, es similar parcialmente.

5.— EL INDIVIDUO

Como acota Verdross, la esencia del Derecho Internacional ha permanecido relativamente constante desde su fundación, o sea al disolverse la sociedad cristiana medieval, hasta la formación de la Liga de Naciones tras la primera guerra mundial. En efecto, durante más de tres siglos, el Derecho Internacional ha tratado solamente de delimitar el ámbito de poder de los Estados.

Desde el Congreso de Viena apunta vagamente otro objetivo: perseguir fines que son comunes a la humanidad y para los cuales debe organizarse la cooperación internacional. Los acuerdos del Congreso de Viena sobre represión de la esclavitud y los convenios de Ginebra respecto de la Cruz Roja fueron atisbos de dicha concepción humanitaria. A partir de las Conferencias de La Haya y sobre todo con la fundación de la Sociedad de Naciones se hizo patente que el fin último de la cooperación internacional es la protección de los hombres en cuanto tales.

En principio, los individuos no son sujetos sino objeto del Derecho Internacional Público, pues éste no concede derechos ni impone obligaciones directamente a los hombres sino a los Estados a que ellos pertenecen. Ello se debe a que una relación jurídico-internacional no puede ser creada

por particulares, sino únicamente por órganos estatales. Por excepción, los Estados se hallan **obligados** a perseguir determinados delitos tipificados por el Derecho Internacional, o sea por convenciones debidamente ratificadas; tal sucede con el genocidio y los crímenes de guerra. De otro lado, los Estados se hallan facultados para perseguir delitos universales como la piratería, la trata de personas, el tráfico de drogas nocivas, la destrucción de cables submarinos, la falsificación de moneda, considerados como violaciones del orden jurídico universal, o sea, como delitos "iuris gentium".

Si bien algunos tratados, como el germano-polaco de 1922 sobre la Alta Silesia, y el tratado relativo al Tribunal Centro-Americano, de 1907, franqueaban a los miembros de la minoría y a los particulares, respectivamente, el derecho de acudir a una instancia internacional, ello se fundaba en una convención que los Estados podían suprimir en cualquier momento sin el consentimiento de los interesados.

Autores como Barros Hurtado, entre los latino-americanos, y Georges Scelle y Stowell, entre los europeos, sostienen que los Estados deben actuar como simples agentes de sus nacionales y que son éstos los verdaderos sujetos del Derecho Internacional. Barros Hurtado ha expuesto la teoría de una soberanía humana, sosteniendo que la soberanía no es un derecho político sino connatural y que debe constituirse un Parlamento Mundial y una Corte Mundial de Justicia, de modo que se universalice el ejercicio de los derechos humanos.

Aunque actualmente no existen regímenes de protección a las minorías, como los que rigieron para las naciones balcánicas y danubianas hasta la segunda guerra mundial, es probable que tornen a establecerse como solución a problemas tales como el de Sud-Africa o Argelia. En los casos de transferencia de poblaciones, es usual que se pacte el derecho a optar entre la nacionalidad anterior y la del Estado incorporante. Convenciones internacionales protegen a los refugiados. Es de lamentar que el "protocolo especial relativo a la apatridia", elaborado en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, no haya entrado en vigor, si bien existen proyectos para evitar que se produzcan casos de apatridia como sucede con el hijo de apátrida o de padre desconocido en los países de "ius sanguinis".

En 1948, las Naciones Unidas acordaron por unanimidad la Convención sobre prevención y castigo del crimen de genocidio, consistente en el exterminio de grupos humanos por razones políticas, raciales o religiosas; los Estados se han obligado a incorporar en sus legislaciones las normas necesarias para la aplicación de dicha convención. Tales delitos serán juzgados por los Tribunales del Estado en que se realice el hecho o por un Tribunal internacional con jurisdicción suficiente.

III

FORMACION Y RECONOCIMIENTO DE ESTADOS

El nacimiento, la transformación y la extinción de un Estado se operan por medios de hecho; están situados fuera del ámbito de lo jurídico ordinario. Del punto de vista real, el concepto Estado es anterior al de norma internacional. En cuanto a las modalidades de su formación, un Estado puede constituirse de las siguientes maneras:

Por secesión, como los Estados Unidos, las naciones hispanoamericanas o Panamá; casos revolucionarios en los que el derecho natural se sobrepone al derecho positivo, pues la independencia se logra a pesar del ordenamiento vigente.

Por independización legal como el caso de Filipinas, Ghana, Guinea, Nigeria y varios países africanos.

Por Asociación de varios Estados soberanos en torno a un Estado núcleo, como sucedió en Italia al redor de Piamonte, en 1866, o con el Imperio alemán en torno a Prusia, en 1871.

Por creación "ex novo" de un Estado en territorio antes carente de organización política, como las repúblicas de Transvaal y Orange. Similar a esta modalidad es la formación de nuevos Estados sobre el territorio de un Estado que se disgrega, como Hungría, Checoslovaquia y Yugoslavia. También puede nacer por decisión, de un órgano internacional, como Israel, en 1947, cuya creación fue acordada por las Naciones Unidas casi simultáneamente al establecimiento real del Estado.

La unión federal de Siria y Egipto, hoy disuelta, constituye un caso reciente de transformación de Estados. En el pasado, la disolución del Imperio Austro-Húngaro después de la primera guerra mundial representó la transformación radical de Austria. La desmembración de Polonia a fines del siglo XVIII y la anexión de los estados bálticos a Rusia, en la segunda guerra mundial, son casos de extinción por conquista. La extinción por anexión voluntaria a otro país equivale al suicidio de un Estado y se vió, transitoriamente, con la incorporación de Austria a la Alemania nazi. Un Estado deja de existir cuando se convierte en miembro de otro o bien si es dividido para formar nuevos Estados. Sigue siendo el mismo sujeto jurídico internacional mientras su pueblo no haya sido incorporado definitivamente a otro Estado o no se haya disgregado entre varios.

RELACION ENTRE ESTADO Y NACION: TEORIA DE LAS NACIONALIDADES

Dado que la nación es más un hecho espiritual que étnico, su fundamento radica en un querer existir en común, en una solidaridad psicológica. Las vicisitudes históricas determinan, unas veces, la unificación de elementos heterogéneos por acción del Estado; otras veces es la presión de

importantes grupos étnicos, que, para procurarse su propio ordenamiento jurídico, constituye nuevos Estados, como sucedió con los checos y los húngaros. Muchos Estados, comprenden minorías exógenas, las cuales alcanzan una cierta autonomía regional sin pugnar por la independencia. En la práctica por tanto, la coincidencia de nación y Estado no se dan siempre, si bien es la meta ideal de los procesos históricos de integración u homogenización, que funden en una comunidad social conglomerados étnicos diversos.

Hacia la mitad del siglo pasado, por aliento del romanticismo, surgió la teoría de que toda nacionalidad tiene el derecho de constituirse en unidad política cabal. La formación de la unidad italiana, que agrupó nacionales divididos en varios Estados, pareció consagrar tal teoría, debida al ilustre Mancini. El pangermanismo y el paneslavismo reflejaron con vehemencia igual postulado. En el último tercio del siglo pasado se sostuvo una polémica encendida entre autores alemanes, que deseaban justificar la anexión de Alsacia y Lorena en móviles étnicos y los franceses, que hicieron énfasis en el elemento espiritual, en "el plebiscito de todos los días" que dijera Renán, como factor esencial de unión. En el mundo de hoy, particularmente en el Viejo Continente, las circunstancias históricas y el predominio político han sido más fuertes que las aspiraciones étnicas, pudiendo decirse que las nacionalidades pequeñas han sido reducidas a la convivencia con sectores más poderosos dentro de Estados coherentes.

La Autodeterminación

El principio de autoderterminación, proclamado por las colonias inglesas de Norte América, primero, y luego por la Revolución Francesa, tuvo importantes aplicaciones durante el siglo pasado, así como al término de la primera guerra mundial. Las poblaciones afectadas decidieron por plebiscitos su anexión a otros países. Pero el vigor de dicho principio declinó al contraste de los hechos en gran parte por la imposibilidad de agrupar nacionalidades fraccionadas y entremezcladas, como sucede en los Balcanes, en Europa Central. En las zonas fronterizas, en las que sería más viable su aplicación, dicho principio puede ocasionar consecuencias perturbadoras si la dependencia económica o política respecto del Estado núcleo fuera más poderosa.

La independización de Filipinas y de las colonias africanas, mediante medios legales que no quebrantan el ordenamiento positivo, son muestras recientes de respeto a la libre determinación de los pueblos. Pero debe observarse que se trata, casi siempre, de nacionalidades con límites territoriales definidos y una conexión política o administrativa ya experimentada.

El sentimiento de patria y la doctrina de las nacionalidades se asientan en la valorización geográfica del Estado. El factor territorial explica en gran parte la individuación histórica de cada pueblo. Mirando al Estado como fenómeno en el espacio, la geo-política, dimensiona, con exageración y utilidad, la acción del factor territorial, que resulta elevado a la

categoría de objeto autónomo para el conocimiento. El megaló-estatismo va acentuándose mediante bloques de países y es posible que la tendencia a la integración económica regional sea el preludio de la asociación política en grandes espacios o zonas de influencia. Con ello, la autodeterminación asumiría visos federativos.

EL ESTADO EN TANTO QUE ENTIDAD POLITICO-SOCIAL Y EN TANTO QUE PERSONA JURIDICA INTERNACIONAL

El Estado debe ser mirado como fenómeno político-social y como fenómeno jurídico. En cuanto a lo segundo, la concepción de la personalidad jurídica lo hace un sujeto de Derecho, comprensivo tanto del pueblo como de la autoridad. Ello se basa en el supuesto de que, por sobre gobernantes y gobernados, existe una persona moral y jurídica que los comprende integralmente. El Estado es una personalidad colectiva, un cuerpo político con fundamento territorial; ahora bien, dicha entidad político-social adopta una personalidad jurídica, la cual en último análisis, no es sino la representación metafórica de la pluralidad social pensada como unidad.

Verdross acota las siguientes reflexiones respecto del Estado como entidad político-social y en cuanto persona de Derecho Internacional: "Así como los códigos o legislaciones nacionales contienen normas acerca del momento en que el hombre o una comunidad interestatal se convierta en sujeto jurídico, el Derecho Internacional determina los supuestos que han de darse para que surja un Estado soberano. El nacimiento de un Estado es un proceso histórico y sociológico, del mismo modo que el nacimiento del hombre es un proceso biológico. Lo que ocurre en ambos casos es, sencillamente, que el ordenamiento jurídico asigna al hecho biológico o social ciertas consecuencias". Como quiera que estas consecuencias dependen de que existan determinados supuestos de hecho, corresponde al ordenamiento jurídico precisar que condiciones han de concurrir para que la Comunidad mundial reconozca e incorpore a un Estado.

El nacimiento de un Estado es, primariamente, un hecho político, al que sigue más tarde su reconocimiento por la comunidad internacional. El reconocimiento no es un acto constitutivo, pues el Estado existe sin él, sino meramente declarativo. Sólo se tiene por Estados, en el sentido del Derecho Internacional, a las comunidades humanas que poseen pleno y efectivo autogobierno y están organizadas de manera que cabe esperar de ellas el respeto a las normas internacionales.

Tales condiciones de hecho han ido precisándose principalmente en los cambios de notas diplomáticas con ocasión de nacimiento de Estados por secesión violenta de la madre patria. La persona jurídico-internacional "Estado" ha sido también examinada por distintas decisiones judiciales, como la del Tribunal Supremo de Nueva York, en el caso de los Irish Republic Funds, sobre pago de dinero obtenido mediante colecta para el establecimiento de una República Irlandesa independiente. Hubo de resolverse entonces como cuestión previa si la nueva república, proclamada en 1919, era un Estado en el sentido del Derecho Internacional. La soberanía

interna es la condición esencial, pues la entidad Estado nace cuando se afirma un gobierno con capacidad de mando sobre el territorio y, a la inversa, deja de existir cuando carece de supremacía real sobre los individuos. En cambio la llamada soberanía externa, o sea la igualdad jurídica internacional, depende de la extensión y oportunidad del reconocimiento por los demás Estados.

Reconocimiento de un Nuevo Estado

No es un hecho constitutivo, pues no crea; simplemente constata el nacimiento de un Estado, punto de partida para una situación de derecho. El reconocimiento es un acto declarativo, que tiene por objeto dar ingreso en el orden jurídico internacional a la nueva formación política. De este modo, se regulariza una situación de hecho elevándose al plano jurídico. El reconocimiento es un acto mixto: político y jurídico. Consiste en la admisión del nuevo Estado en la sociedad internacional, lo que se determina por razones jurídicas y por conveniencias políticas. El reconocimiento del Imperio Italiano de Etiopía, por ejemplo, constituyó una actitud política de los 44 Estados que aceptaron expresamente tal estatus, definido en 1939.

Las condiciones exigibles para el reconocimiento son: una población estable, un territorio delimitado y un gobierno con autoridad suficiente para mantener orden. El nuevo Estado ha de manifestar su propósito de cumplir las reglas internacionales. Según la práctica, el reconocimiento puede ser expreso o tácito; puede ser individual, si lo hace un Estado mediante un tratado o admitiendo representación diplomática o consular, o bien colectivo, si se practica por un tratado plurilateral o mediante la admisión en las Naciones Unidas. Esta última forma es la corriente y constituye el modo tácito; ha venido a consagrar la concepción del reconocimiento obligado, pues se impone a la minoría de países que hubieren votado en contra de la admisión.

En rigor, el reconocimiento es siempre de jure puesto que establecer una relación de facto entraña aceptar la autoridad investida.

Reconocimiento de Beligerantes

Dicha práctica nació para favorecer a las naciones latino-americanas en su guerra de independencia y se aplicó también durante la guerra de secesión. Tiene efectos temporales y limitados, solamente para lo que se refiere a los derechos que se ejercen en la guerra, como la presa, el bloqueo, etc. No implica una justificación de la causa secesionista o rebelde; simplemente constata la presencia de un hecho: una comunidad alzada contra el gobierno legal.

La Doctrina Stimson

A la proclamación del Estado de Manchukuo, durante la guerra chino-japonesa, siguió la actitud enérgica de los Estados Unidos para lograr la condenación del derecho de conquista. En enero de 1932, el Se-

cretario de Estado Henry Stimson dirigió una nota a China y el Japón, afirmando que no se reconocerían las situaciones internacionales establecidas con desconocimiento de los tratados. La Sociedad de las Naciones adoptó dos meses después, una resolución similar declarando que los países miembros de la organización no podrían reconocer "ninguna situación, tratado ni acuerdo" que fueran obtenidos por la fuerza. Durante los años que siguieron hasta la segunda guerra mundial, la doctrina Stimson fue aplicada varias veces, como sucedió en el conflicto de Leticia y con la anexión de Austria. Pero la anexión de Etiopía por Italia, la incorporación de los estados bálticos a Rusia durante la segunda guerra mundial y el desmembramiento del territorio polaco y el alemán al término de ella, hicieron patente el fracaso de la doctrina Stimson. Sin embargo, permanece como Declaración de Lima, adoptada en 1938 por la Octava Conferencia Interamericana, para proclamar el no reconocimiento de conquistas territoriales.

Reconocimiento de Gobiernos

En la práctica, si un Estado existe de hecho, existe también de derecho; en cambio, un gobierno puede existir de hecho y no existirá de derecho si su origen es irregular, salvo que se integre a la legalidad por modos constitucionales, el sufragio o el plebiscito constituyente.

El problema aparece cuando se constituye un gobierno por vía revolucionaria o golpe de Estado. Su reconocimiento por los demás Estados es discrecional y puede ser hecho en forma tácita o expresa, ya sea de modo individual o con oportunidad de celebrarse un tratado o una conferencia internacional. Las doctrinas americanas de Tobar y Estrada han tenido aplicación sucesiva. La primera formulada en 1907 por el diplomático ecuatoriano Tobar, que fuera más tarde Ministro de Relaciones Exteriores, sostiene que los Estados deben abstenerse de reconocer a un gobierno de origen ilegítimo. La segunda, enunciada en 1930, por el Canciller de México, Genaro Estrada, tiene extendida aceptación y afirma que el reconocimiento de gobierno es un acto de ingerencia en la política interna. Por ello, su país se ha limitado desde entonces a mantener o retirar sus representantes diplomáticos, así como aceptar o rechazar los agentes de los gobiernos de facto.

La política seguida por el Presidente Wilson distinguió entre el reconocimiento de facto (en favor de un gobierno de hecho) y el reconocimiento de jure (respecto de un gobierno de derecho). Así sucedió con el régimen del general Carranza, en 1915, y luego al promulgarse la constitución mexicana de 1917. La casuística peruana ha sido tratada brillantemente en la obra del profesor Ulloa, a la cual nos remitimos.

IV

LA PERSONA HUMANA

Protección Internacional de los Derechos humanos.—Al respecto, la principal materia controvertida es la relativa al reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional, o sea con capacidad para recurrir ante los órganos internacionales en demanda de protección cuando son conculcados sus derechos humanos fundamentales. De modo general, puede afirmarse que subsiste la mediatización del hombre por el Estado, pues los individuos carecen de derecho para acudir a los organismos internacionales. Aun en el sistema de la Unión Europea que es el más avanzado, si bien pueden recurrir a la Comisión Europea de Derechos Humanos debe tenerse presente que esta sólo cumple funciones de investigación y conciliación. En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos, establecida conforme al Convenio de Roma, el año 1950, ella reconoce solamente los casos que le sometan: 1º), la Comisión Europea de Derechos Humanos; 2º), el Estado contratante del cual sea nacional la víctima; 3º), el Estado contratante que hubiera presentado el caso ante la Comisión Europea, y 4º), el Estado contratante que fuere inculpado. En cambio, la Convención de Washington de 1907, que estableció la Corte de Justicia Centroamericana por un plazo de diez años, contenía un notable avance al reconocer a los particulares el derecho de interponer acciones una vez agotada la jurisdicción nacional.

La Corte Europea de Derechos Humanos tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo, que es la sede del Consejo de Europa. Su competencia obligatoria ha sido reconocida sólo por Austria, Bélgica, Dinamarca, Alemania Federal, Irlanda, Islandia, Luxemburgo y Países Bajos. El establecimiento de una Corte Internacional de Derecho Humanos ha sido recomendado por las Conferencias Interamericanas de Bogotá, 1948, y de Caracas, 1954. El proyecto contiene normas de derecho sustantivo para llenar los vacíos legislativos existentes en cada país y ha sido elaborado recientemente por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos para ser sometidos a la próxima Conferencia Interamericana.

Numerosos tratadistas consideran que el medio mejor para que los derechos humanos alcancen una garantía efectiva, es la creación de sistemas regionales de protección, como el de Europa Occidental y el Panamericano, con la aspiración de que se logre más tarde un sistema mundial. La unidad de tradición jurídica y la prontitud de acción facilitada por la cercanía irán robusteciendo los sistemas regionales de protección de los derechos humanos fundamentales. Con dicha convicción fue que los trece países integrantes del Consejo de Europa o Unión Europea celebraron en 1950 la Convención relativa a la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Como hemos expuesto en el acápite

anterior, sólo llegan a ocho los Estados contratantes que aceptan la competencia. Además, en la práctica subsiste la mediatización del individuo, ya que la Comisión Europea de los derechos del hombre no puede someter un caso a la Corte Suprema de los Derechos Humanos sin el acuerdo de seis Estados.

La subjetividad jurídica internacional del individuo ha ganado extenso campo en la doctrina pero es sumamente ténue en la vida internacional. En cuanto a la clasificación y enumeración de los derechos humanos, nos remitimos a nuestra obra sobre Derecho Constitucional.

V

DOMINIO TERRITORIAL

Modos de adquirir la competencia territorial.—Los modos de adquirir territorios o, más propiamente, competencia sobre territorios, pueden ser agrupados en tres categorías, tal como distingue Rousseau: modos jurídicos, histórico-políticos y geográficos.

A) MODOS JURIDICOS.—Han sido adoptados por analogía con las instituciones de derecho privado. Solamente la adjudicación es forma transpuesta por analogía del derecho público. Los modos jurídicos se clasifican en **originarios** y **derivados**. Una adquisición se efectúa de modo originario cuando se trate de un territorio que no formaba parte de ningún Estado, caso actual de la accesión. La adquisición es derivada cuando tiene por objeto un territorio perteneciente a otro Estado.

Los modos jurídicos **originarios** son la ocupación y la accesión.

La **ocupación** de un territorio sin dueño o res nullius, se funda en el derecho natural y no puede ser ejercida sino por Estados, pues cuando la realiza un particular la soberanía corresponde al Estado respectivo. Jurídicamente la ocupación es un acto de Estado, aún cuando la realizaren personas privadas. Los límites de la ocupación, o sea la extensión del territorio sometido, son determinados por la capacidad efectiva de imponer la autoridad del Estado ocupante.

El **hinterland** o tierra de atrás, es la zona de influencia (comprendiendo tierras situadas detrás de un litoral o en la cuenca de un río) que las potencias ofrecían respetar en el continente africano, por interés recíproco. Las doctrinas de la continuidad y de la contigüedad son sistemas análogos que también pretenden extender la ocupación.

La **accesión** consiste en el aumento aportado a un territorio por un hecho físico. Generalmente es natural, sea por avulsión, (sedimentación gradual), que consiste en la segregación súbita de una parte del territorio y su sagregación al de otro Estado, o por formación de islas, o por cambio de cauce de un río. También existe la accesión artificial, cuando por efecto de obras de ingeniería el territorio crece, como en los puertos; en el Zúderzee el avance de territorio ha ocupado el mar libre.

Los modos derivados son la cesión, la compra, el cambio y la prescripción.

Hay cesión en algunos tratados de paz, como consecuencia de una derrota sufrida por el Estado cedente; ello constituye una grave implicancia, puesto que no se concilia con el derecho de conservación inherente a todo Estado. Hay venta de territorio cuando un Estado transfiere una región contra el pago de un dinero, caso de la Louisiana vendida por Francia a los Estados Unidos en 1803, o de Alaska, vendida por Rusia en 1867, o de las Indias occidentales danesas, adquiridas por Estados Unidos en 1916. El plebiscito es una modalidad de cesión que envuelve casi siempre una presión o una conquista. Los cambios de territorio, denominados canje o permuta, se efectúan generalmente para facilitar una delimitación racional de fronteras. Se adquiere por prescripción cuando media posición inmemorial, no interrumpida ni perturbada, según estableció en el pasado la jurisprudencia internacional, como el caso del arbitraje del Rey de Italia respecto del diferendo entre Brasil y Gran Bretaña. Actualmente, la adquisición por usucapión o prescripción adquisitiva es controvertida fuertemente y desusada.

La adjudicación es el único modo de adquirir soberanía tomado o transpuesto del derecho público interno. Consiste en la atribución de un territorio por vía de arbitraje, o por una Conferencia Internacional, o por un tratado multilateral, o por sentencia internacional. Debe distinguirse el caso en que consagra un derecho pre-existente, como el caso de la isla de Palmas, o sea cuando constituye un acto simplemente declarativo, del caso en que fija una frontera "ex equo et bono", con la finalidad de asegurar la paz, porque entonces constituye un acto atributivo que hace nacer el derecho, como sucedió en las Conferencias de Paz de 1919 y después, de la última guerra mundial.

B) MODO HISTORICO-POLITICO.—En el pasado fue frecuente la adquisición mediante adjudicación. Propiamente difiere de la cesión hecha después de una guerra, pues supone el aniquilamiento del adversario y la absorción de su territorio, como sucedió en la unidad alemana y en la italiana, procesos que terminaron con la desaparición de los pequeños Estados. Algunas cesiones de territorio pueden equiparse con la conquista, pero en rigor sólo cabe denominar conquista a la absorción total del territorio de un Estado.

La Revolución Francesa declaró solemnemente, en 1790, que sus ejércitos no invocarían "el derecho de conquista" en los territorios que ocuparan. En sustitución, se inventó el plebiscito como forma de justificar la usurpación arguyéndose el reciente dogma de la soberanía nacional. Los países americanos han sido radicales en negar la conquista como título de dominio. Desde el Congreso de Panamá, 1826, y el de Lima, en 1865, han condenado, por inmoral, el llamado "derecho de conquista". El Presidente Wilson la prescribió solemnemente y el art. 10º del Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció: "los Estados miembros se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la Sociedad".

La doctrina Stimson, adoptada por los Estados Unidos en las notas dirigidas a los gobiernos de China y Japón, en 1932, con motivo de la campaña de Manchuria, proclamó que no sería reconocida ninguna situación de hecho ni tratado que se lograra por el uso de la fuerza. La Asamblea de la Sociedad de las Naciones consagró tal doctrina dos meses después y la aplicó en numerosos casos, como en la guerra del Chaco y en la invasión de Etiopía. La VIII Conferencia Interamericana, reunida en 1938 emitió la Resolución de Lima, declarando sin validez jurídica la ocupación o la adquisición de territorios, o cualquier arreglo de fronteras mediante la conquista por la fuerza o cualquier forma no pacífica. La Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, 1948, han recogido tan importante principio.

C) MODOS GEOGRAFICOS DE ADQUIRIR TERRITORIO.—Se fundan en la proximidad y ocultan el afán imperialista.

Según la doctrina de la *continuidad*, surgida como extensión implícita de la ocupación, por efecto de la ocupación de una parte de determinado territorio debe considerarse ocupadas las tierras *nullius* que forman unidad de hoya hidrográfica, o de relación geológica. Así lo adujeron los Estados Unidos frente a Gran Bretaña en el territorio de Oregón, sosteniendo que, por haber ocupado la desembocadura del río, tenían derecho a toda la cuenca hidrográfica. El tratado de 1848 no amparó dicha doctrina, pues reconoció a Gran Bretaña el dominio sobre la parte superior de la cuenca. Tampoco prosperó la pretensión de Gran Bretaña contra Venezuela tocante a la región de los ríos tributarios del Essequibo.

Para la doctrina de la *contigüedad*, los efectos de la ocupación se extienden a los territorios que se hallan separados por un brazo de mar, así como a las islas que están próximas al mar territorial del territorio ocupado. La doctrina ha sido aplicada en los archipiélagos del Pacífico, sosteniendo que la ocupación de una parte implica la del conjunto, en función de la adyacencia y de la dependencia geográfica.

La continuidad ha sido invocada como título preferente al ejercicio futuro de la soberanía sobre las tierras vecinas, o sea sobre la zona de influencia llamada *hinterland* para los países africanos. Así se pactó en el pasado siglo entre las potencias imperialistas en la Conferencia de Berlín, 1885, y en varios acuerdos bilaterales. En las Conferencias de Yalta y Potsdam, al finalizar la segunda guerra mundial, se convirtieron zonas de influencia.

Los sectores pobres.

Como título actual, la contigüedad sirve de fundamento al trazo de los sectores polares en el Ártico, que es vasto glaciar marítimo. La delimitación de los sectores se ha hecho mediante la fórmula del triángulo esférico. Se ha reconocido a cada uno de los países que tienen litoral sobre el Ártico un sector triangular, cuya base es el litoral que posee dicho país, siendo el polo Norte el vértice superior; constituyendo lados del triángulo los meridianos que pasan por los extremos Este y Oeste.

El polo, por ser ápice de todos los sectores o triángulos esféricos, no puede ser materia de apropiación exclusiva. Pese a que Finlandia no tiene ribera sobre el Ártico sostiene derecho a un sector. La U.R.S.S., Noruega, Dinamarca, (sobre todo por Groenlandia), Canadá, y los Estados Unidos poseen sectores delimitados. En cambio, para la Antártida, que no es un mar helado sino un continente cubierto de hielo, la diversidad de medio geográfico ha impuesto un régimen distinto. En la práctica cada país interesado proclama su soberanía sobre un sector, pero no la ejerce sino sobre áreas diminutas. Varios sectores se interfieren y sobreponen, como el caso de Chile y Argentina y de ambos respecto del sector británico. Los países que mantienen actualmente pretensiones de soberanía son Noruega, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelandia, Francia, Argentina, Chile, y recientemente la U.R.S.S. En una nota pasada en 1948, los Estados Unidos han propuesto la internacionalización de la Antártida, y el establecimiento de un régimen de tutela o centro internacional ejercido por los Estados que tienen posesión. Solamente Gran Bretaña no ha rechazado la propuesta.

Se argumenta varias teorías divergentes: 1º) Teoría del descubrimiento, sostenida por Gran Bretaña, Francia, Noruega, y la U.R.S.S.; 2º) Teoría de los cuadrantes, formulada por Chile; 3º) Teoría de la contigüedad, esgrimida por la Argentina en base a la proximidad y a la analogía de la estructura geológica, pues la Cadena de los Andes penetra en el Océano con dirección hacia la Antártida.

Los sectores proclamados constituyen triángulos esféricos comprendidos entre paralelos con vértice en el Polo y base en un paralelo, generalmente el 60º. Los Estados Unidos han sostenido la doctrina del punto de apoyo o efectividad del control; no se atribuyen ningún sector ni reconocen las delimitaciones de los otros países.

MODALIDADES DE COMPETENCIA TERRITORIAL LIMITADA.—Son las siguientes: a) condominios internacionales, como los de la isla de la Conferencia o de los Faisanes, en el río Bidasoa en la frontera hispano-francesa, o el que existe respecto de las aguas del Lago Titicaca, o de las aguas del Zarumilla; b) servidumbres internacionales, forma abolida al igual que las Concesiones, subsisten en algunos casos, como sucede respecto del tráfico y de ciertos servicios portuarios en Arica; c) cesiones temporales, o sea arrendamiento para bases estratégicas, como la bahía de Guantánamo en Cuba o las bases que han establecido por virtud de la OTAN; d) ocupación militar, sea en tiempo de guerra o por ejecución de un tratado de paz.

También pueden considerarse como modalidad de competencia territorial limitada la jurisdicción que ejerce el país costero sobre la "zona marítima contigua" y los llamados territorios bajo tutela (fideicomiso).

Sistema de solución de los conflictos de leyes en materia de trabajo

Por: el Dr. LUIS FUENTES VILLARAN

INTRODUCCION

Los sistemas propuestos para solucionar los conflictos de leyes en materia de trabajo son numerosos. Constituyen, pese a la corta vida de esta disciplina, una gama de criterios que han venido sucediéndose en el tiempo y en el espacio. Pocos son los asuntos de Derecho Internacional Privado que puedan jactarse de contar con una variedad tan rica de soluciones. Todos estos sistemas, que analizaremos, se encuentran debidamente fundados en argumentos tanto jurídicos como prácticos, aunque, desde luego, en algunos las bases son más sólidas que en otros. Sin embargo, es de lamentar que ninguno de ellos alcance la perfección, por cuanto al lado de las ventajas que ofrecen, no faltan los inconvenientes.

Adelantando alguna idea, diremos que la solución adecuada a los diferentes tipos de problemas que se presentan en Derecho Internacional Privado del Trabajo no podrá ser una y la misma para todos, sino que será necesario poner en práctica la máxima de que a diversidad de problemas, corresponde aplicar diversidad de soluciones.

No obstante, es posible señalar determinadas pautas que servirán de guía para arribar a la solución ideal. Estas pautas son fundamentalmente dos:

- 1º.— Intentar que la relación de trabajo quede sujeta a solo una legislación; y
- 2º.— Que dicha legislación, sea la más adecuada para regir la relación jurídico-laboral.

El primer requisito tiene por objeto impedir la desmembración del contrato de trabajo y evitar que una misma relación laboral quede gobernada por dos o más legislaciones, que pueden ser contradictorias.

El segundo requisito es complemento del anterior. Responde a la necesidad de que las normas que se apliquen sean apropiadas. Nada se

ganaría con asegurar el imperio de una sola legislación si ésta no es la debida.

Teniendo presente ambas consideraciones, pasamos a continuación a un estudio somero de cada sistema de solución en particular.

SISTEMA DE LA LEY PERSONAL DE LAS PARTES

Según este sistema, el contrato de trabajo, debe regirse por la ley personal de las partes contratantes, sea esta la ley de la nacionalidad, o la ley del domicilio de los interesados. Es en atención a esta distinción que el sistema de la ley personal debemos estudiarlo bajo la sub-división siguiente:

A.— SISTEMA DE LA LEY DE LA NACIONALIDAD DE LAS PARTES.

Este sistema propugna la aplicación, a la relación de trabajo, de la ley del país del cual las partes son naturales.

Su fundamento lo encontramos en la doctrina de la personalidad del derecho. Un Estado no legisla para un territorio, sino para un pueblo. Las leyes de un Estado recaen sobre sus nacionales y sobre los actos de éstos cualquiera que sea el lugar en donde estén.

Hoy por hoy, este argumento es de escaso valor, por cuanto la teoría de la personalidad del derecho, en que se basa, está superada. La doctrina imperante actualmente preconiza la territorialidad del derecho, no sólo en materia de Derecho de Trabajo, sino aún en cuestiones de Derecho Común. En la época en que vivimos los Estados ejercen su imperio sobre todos los individuos que habitan dentro de su suelo, sean éstos nacionales o extranjeros y sus leyes rigen normalmente dentro de su dominio territorial.

Se argumenta que la ley nacional de los contratantes es la que mejor conocen los mismos. En consecuencia, resulta lógico y conveniente aplicar dicha ley, pues es de presumir a falta de manifestación en contrario, que fué su deseo someterse a la ley con la cual están más familiarizados: la de su común nacionalidad.

Esta razón sería válida si abonase exclusivamente al sistema de la ley nacional de las partes, pero resulta que la ley elegida por las partes, la ley del domicilio, la ley del lugar de ejecución, la ley del lugar de celebración, etc., pueden ofrecer igual ventaja.

Se dice también que el sistema de la ley de la nacionalidad hace más remota la ocasión de que las partes incurran en fraude a la ley.

Pero si bien es cierto que resulta más difícil de lograr un cambio fraudulento de nacionalidad, con relación a la simulación de domicilio o del lugar de celebración del contrato, siempre subsiste la posibilidad de una adopción fraudulenta de ciudadanía.

El obstáculo más grave que se opone al sistema que estamos estudiando es que sólo puede funcionar cuando ambas partes de la relación

laboral tienen la misma nacionalidad. De no ser así, tendría que aplicarse, a una misma relación, dos legislaciones distintas. Ello supondría que cada contratante dió su consentimiento de acuerdo con una ley diferente, lo cual es inadmisibles dado que "es esencial a todo convenio que haya consentimiento común sobre todo lo que compone el contrato" (1)

Para resolver esta situación insólita, los defensores del sistema, afirman que en tal caso se debe elegir solo una ley, ya sea la del servidor, ya la del principal.

a) SISTEMA DE LA LEY NACIONAL DEL SERVIDOR

Considera esta corriente doctrinaria que, siendo el Derecho de Trabajo un conjunto de principios y normas protectoras del asalariado, la ley que debe regir el contrato de trabajo no puede ser otra que la nacional del trabajador.

Pero esta solución sería incompatible precisamente con el espíritu tutelar del Derecho de Trabajo en aquel supuesto en que la legislación nacional del patrón fuese más beneficiosa para el servidor.

Por otro lado, es fácil comprender las dificultades que se derivarían para el desarrollo comercial e industrial si cada empleador tuviese que regir sus relaciones con el personal sujetándose a la ley nacional de cada uno de sus empleados.

En cuanto a los trabajadores se refiere, esta solución lesiona la igualdad de trato a que tienen derecho todos los servidores de un mismo centro de trabajo.

b) SISTEMA DE LA LEY NACIONAL DEL PRINCIPAL

A fin de superar los defectos incurridos por el sistema de la ley nacional del servidor, se debe optar por el sistema de la ley nacional del principal.

Este sistema elimina algunas de las dificultades inherentes al sistema de la ley nacional del servidor, pero no por ello se encuentra exento de graves obstáculos.

Se arguye en su favor que el contrato de trabajo es un contrato de adhesión, o por lo menos, un contrato realizado sobre propuestas generales que sólo admite variaciones materiales, en el salario, fecha de iniciación de la prestación, plazo, etc.

Si esto es así, como en realidad parece serlo, es lógico pensar que una sola y misma ley debe regular el contrato de trabajo y esta no puede ser otra que la ley nacional del proponente, ya que no es razonable pen-

(1) Foelix, "Tratado de Derecho Internacional Privado".— Citado por Alfonsín, Q. "Nota sobre el Régimen de Contratos en Derecho Privado Internacional". Rev. Inst. Derecho Civil. Univ. Nac. Tucumán.— 1948/49 pág. 95.

sar que el proponente ofrezca contratar bajo la ley del aceptante, hasta entonces desconocido.

El argumento de que todos los contratos de adhesión o similares, entre los que suele ubicarse el contrato de trabajo, deben regirse por una sólo ley es irrefutable. Pero el que esa ley sea infaliblemente la nacional del proponente (léase principal) es una conclusión que no fluye necesariamente de las premisas expuestas.

Antes bien, este sistema se presta a los inconvenientes que traen consigo el hecho que el empleador cambie de nacionalidad. Pero si esto es de por sí ya suficiente para traer trastornos, más grave es el caso, perfectamente factible, de que el principal carezca de nacionalidad, o que tenga dos o más nacionalidades.

Por último, la ley nacional del principal, puede no tener mayor interés en regular una relación laboral determinada. Tal sería el caso de un contrato de trabajo celebrado en el Perú, para ser ejecutado en este país, en el cual el empleador sea un alemán residente en el Perú y el servidor un peruano domiciliado también en el Perú.

¿Podríamos sostener en este supuesto que la ley más aparente para regular esa relación laboral sea la alemana? Desde luego que no.— Es evidente que la legislación competente es la peruana y no la germana, a la que mayormente no puede afectar esta coyuntura. Los elementos de conexión (nacionalidad y domicilio del servidor, domicilio del empleador, lugar de celebración y ejecución del contrato) hacen gravitar sobre la relación laboral la legislación del Perú. La atracción de estos elementos es mucho más poderosa que la ejercida por la nacionalidad del principal.

B.— SISTEMA DE LA LEY DEL DOMICILIO DE LAS PARTES.

De conformidad con este sistema, la ley competente para regir el contrato de trabajo es la ley del domicilio de las partes.

Se funda este sistema, en que, positivamente, es un principio consagrado que el estado y la capacidad de las personas, entre otras cosas, se encuentran sometidos a la ley del domicilio.

Es de presumir, además, que la ley que mejor conocen los contratantes es la vigente en la localidad de su domicilio.

Por otro lado, el domicilio suele coincidir con el lugar de celebración y ejecución del contrato, así como también con el lugar del fuero al que habría que recurrir para dirimir cualquier diferencia.

Frente a estos argumentos en pro del sistema de la ley del domicilio de las partes, se oponen los siguientes obstáculos.

En primer lugar, el sistema en mención requiere para su cabal funcionamiento que ambas partes contratantes domicilien dentro de una misma jurisdicción. Si no fuera así, habría que decidirse por la ley de una u otra parte, ya que no es admisible aplicar a un mismo asunto dos legislaciones, que pueden ser contradictorias.

En segundo lugar, afirmar que la ley que mejor conocen los contratantes es la de su domicilio, no constituye una regla absoluta. Puede suce-

der que una u otra parte haya trasladado recientemente su domicilio a una nueva localidad, que es precisamente el caso en que se encontrarían los trabajadores migrantes, en cuyo supuesto es dable presumir todo lo contrario. Vale decir que no están familiarizados con la ley de su domicilio.

A mayor abundamiento, se comenta que el domicilio es un criterio inestable. Puede suceder, y de hecho sucede, que las partes tengan más de un domicilio. Nuestro Código Civil sanciona legalmente la pluralidad de domicilios, al establecer en su art. 20º que "Si una persona vive alternativamente, o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se considerará domiciliada en cualquiera de ellos". Si estos domicilios están ubicados en diferentes países, no podríamos evitar que sobre la relación jurídicas concurriesen varias legislaciones.

Así mismo, resulta sumamente fácil mudar de domicilio. Esta libertad acarrea una serie de trastornos desde el punto de vista jurídico, aún en el supuesto de que el cambio se realice inocentemente, sin intención de defraudar a la ley.

Por último, el que el domicilio coincida con el lugar de celebración del contrato, o con el lugar de ejecución del mismo, o con el asiento del foro competente, tampoco constituye razón que engrose el caudal de la argumentación en favor del sistema de la ley del domicilio de las partes. En efecto, estas coincidencias no se dan siempre, y cuanto se realizan, cabe pensar si la ley del domicilio es la pertinente por ser tal, o lo es acaso por ser la ley del lugar de la celebración, o de la ejecución, o la del foro competente.

Por todas estas consideraciones el criterio del domicilio resulta inadecuado en Derecho Internacional Privado del Trabajo para adoptarse como el principio general, pese a que en Derecho Internacional Privado Común éste constituye la vinculación primaria.

a) SISTEMA DE LA LEY DEL DOMICILIO DEL SERVIDOR.

No falta quien sostenga que todo contrato de trabajo debe sujetarse a la ley del domicilio del servidor.

En favor y en contra de esta tesis cabe repetir, con las reservas propias del caso, los argumentos vertidos al referirnos al sistema de la ley nacional del servidor y al sistema de la ley del domicilio de las partes.

b) SISTEMA DE LA LEY DEL DOMICILIO DEL PRINCIPAL.

La ley del domicilio del principal o de la empresa, como suele llamarsele, es la indicada para regir la relación laboral, por numerosas y fundadas razones.

Para Gottschalk, "la *lex domicilii* de la empresa corresponde, en el derecho del trabajo a la *lex rei sitae* en el derecho de las cosas. En contrato individual de trabajo no se concibe más sin colocarlo inmediatamente

te en el más íntimo contacto con el conjunto de las relaciones humanas que, espontánea y automáticamente, nacen de la organización y división del trabajo colectivo en la empresa". (2)

En efecto, citando a Deveali, "la empresa puede, en cierta forma, ser considerada como una cosa — o una *universitas rerum* — destinada a funcionar como medio, fin u objeto de la prestación del trabajador". (3)

En realidad, la empresa constituye el centro de actividades del negocio. Ella reúne y orienta los esfuerzos individuales hacia la consecución de los fines colectivos. La empresa requiere para la eficiente realización de su función coordinadora, directriz y ejecutiva el contar con un estatuto único que garantice el ordenado y pacífico desarrollo de sus actividades. Los contratos individuales de trabajo deben, de esta suerte, conformarse a las normas dentro de las cuales se desenvuelven las operaciones de la empresa. Todo nuevo servidor no hace más que adherirse a la reglamentación preexistente, sea de manera expresa o tácita.

La argumentación es correcta. Si se da a escoger entre la ley personal del servidor y la ley del domicilio de la empresa, es esta última la que debe primar.

Pero, el asunto no se presenta tan claro cuando la elección es entre la ley del domicilio de la empresa y la ley del lugar de ejecución del trabajo.

En efecto, a la empresa interesa la aplicación de su estatuto para el feliz logro de sus objetivos. Pero contra ese interés particular, muy respetable por cierto, encontramos el interés supremo del Estado de someter a sus normas los efectos de aquella relación jurídica laboral que tiene ejecución en su territorio. De entrar en pugna estos intereses se aplicaría la ley del lugar de la ejecución del contrato. Esta solución se desprende por su propio peso.

Sin embargo, la conclusión expuesta no es absoluta. Creemos que cuando el trabajo se realiza en forma permanente en un territorio, la ley aplicable es la del Estado en cuyo suelo se están ejecutando las labores. Pero hay casos en que es difícil precisar el lugar de ejecución de las mismas. Pensemos en los viajantes de comercio, en los trabajadores de transportes internacionales, o en los funcionarios encargados de la supervigilancia de las filiales de las grandes compañías internacionales, que están constantemente viajando de un país a otro con motivo de sus visitas de inspección. En todos estos casos opinamos que la ley competente debe ser la ley del domicilio de la empresa. Esta solución no tiene porque herir a los Estados que se sientan afectados por la misma. Recordemos que al definir el Derecho Internacional Privado del Trabajo le hemos asignado una tendencia a favorecer el desarrollo de las relaciones jurídico-laborales dentro de la sociedad universal. La ley del domicilio de la empresa satisface esta finalidad, en los casos citados y en otros similares, mejor que cual-

(2) Gottschalk E. F. — Ob. Cit., pág. 542.

(3) Deveali, M., Ob. Cit., Pág. 78.

quiera de los restantes sistemas de solución conocidos, lo que la convier-
te en la solución adecuada para los mismos.

Este principio ha encontrado su concreción en la ley polaca de 1926 en cuyo art. 8º establece que a falta de determinación de las partes ha de tenerse como competente "en los contratos de trabajo, hechos por patronos con obreros o empleados, la ley de la sede de los establecimientos de comercio, industria o minas interesados" (4).

Así mismo, la ley argentina Nº 12789, contiene disposiciones que permiten afirmar que está guiada por el principio de la *lex domicilii* de la empresa. Esta ley, "con el propósito de asegurar su aplicación efectiva en beneficio de los trabajadores contratados en los países vecinos", dispone en su art. 12 que "todo empresario intermediario o persona que contrate obreros en el extranjero, para realizar labores en el territorio del país, que sean de las comprendidas en esta ley, deberá fijar su domicilio en el mismo y cumplir con las disposiciones anteriormente mencionadas". (5)

Este sistema es considerado como muy conveniente para regular el trabajo en ciertos transportes internacionales. Cesarino Junior y Mario Deveallí, citando ambos a Kroheim, nos dicen que "el trabajo de la gente del aire debe seguir forzosamente el mismo régimen internacional como si el avión no saliera del país donde la compañía está domiciliada. La actividad del personal en el exterior no es más que una extensión, que una prolongación de su trabajo ejecutada sobre el territorio nacional". (6) Lo cual importa en nuestro concepto una aplicación de la ley del pabellón.

En Alemania esta solución ha sido muy bien recibida, habiendo desarrollado los juristas germanos la teoría del "Ausstrahlungen". de conformidad con esta doctrina, se ha aplicado la ley alemana a los servidores del ferrocarril alemán que prestan sus servicios en la estación de Basilea, en territorio Suizo. (7).

En el campo de los acuerdos internacionales encontramos los siguientes instrumentos que adoptan el sistema de la ley del domicilio de la empresa: el art. 13º (B) del Proyecto de Convención Europea sobre Seguridad Social de Trabajadores Migrantes, el art. 4º del Acuerdo sobre Seguridad Social de los Lancheros del Rhin y el art. 2º de la Convención Europea sobre Seguridad Social de los Trabajadores en Transportes Internacionales.

En resumen: el sistema de la ley del domicilio del principal resulta adecuado para regular las relaciones entre empleador y empleado cuando no puede determinarse con precisión el lugar de ejecución del trabajo, así como también cuando por razones pasajeras, el trabajo se efectúa en

(4) Gottschalk, E. F., Ob. Cit. pág. 542.

(5) Deveallí, M., Ob. Cit., pág. 84.

(6) Kroheim, "Les Conflits de Lois en Matière de Contrat de Travail", París, 1939, págs. 139/140.— Citado por C. Junior, "Leyes de Trabajo Aplicables a los Aeronavegantes", Rev. Derecho de Trabajo, Bs. Aires, 1947, T. VII, pág. 430; y M. Deveallí, "La Relación de Trabajo en Derecho Internacional Privado", Rev. Derecho del Trabajo, Bs. Aires, 1952, T. VII, pág. 78.

(7) I. L. O.— Conflicts of Laws in Labor Matters, Geneva, 1957. pág. 80.

el extranjero. Recordemos que el servidor, que es temporalmente trasladado al exterior, continúa siendo parte integrante de la empresa.

SISTEMA DE LA LEY ELEGIDA POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El sistema de la ley elegida por la voluntad de las partes — también denominado simplemente sistema de la voluntad de las partes — enuncia que no hay ley más apropiada para regir una relación laboral que la convenida por los contratantes.

Basándose en el principio filosófico de que las leyes se han hecho para los hombres, y no éstos para las leyes, se argumenta que corresponde a los hombres plena libertad para elegir, dentro de las muchas legislaciones, aquella que estimen conveniente. Nadie mejor que los propios interesados para determinar la ley que ha de regir su negocio.

Pero ante este planteamiento, en extremo liberal, "algunos juristas, como Van Berchem, han sostenido que tal facultad de las partes no es ilimitada, sino que se refiere exclusivamente a la ley nacional común, o de una de las partes, a la del lugar de la celebración del contrato, o la del lugar de ejecución, ya que no se puede obligar al Juez a seguir a las partes en sus más caprichosas referencias legislativas" (8).

Contra esta posición, que podríamos clasificar de intermedia — entre la autarquía personal absoluta y la heteronomía legal absoluta — se critica que si se permite a las partes contratar y establecer así las condiciones a que someten sus obligaciones recíprocas, no se comprende porqué ha de limitarseles la facultad de escoger ley.

La teoría de la libre elección de la ley se encuentra confirmada, positivamente, por la Ley Federal Suiza, promulgada el 13 de Junio de 1941, sobre viajantes de comercio, que dispone en su art. 3º inc. d) que "el contrato debe ser hecho por escrito" y deberá determinar "el derecho aplicable y la jurisdicción, cuando una de las partes se domicilie en el extranjero".

La jurisprudencia alemana se ha manifestado abiertamente por el sistema de la ley elegida por la voluntad de las partes. Los tribunales de esta nación han hecho honor a los pactos privados estableciendo una ley competente, y a falta de cláusula expresa, han indagado por la intención tácita de los contratantes, aplicando, al respecto, lo que pudiera considerarse la voluntad presunta de las partes.

En similar sentido se han pronunciado las Cortes inglesas y escocesas. Para dichos tribunales corresponde, en primerísimo lugar, a los propios interesados elegir la ley bajo la cual quieren sujetar su negocio. En materia de contratos de trabajo las normas de Derecho Internacional Privado se aplican de igual manera que los contratos de derecho común. En este aspecto, se puede afirmar que la libertad de que gozan las partes de

(8) Van Berchem. Citado por Deveali, M. Ob. Cit., páf. 74.

elegir la ley competente es reconocida sin reserva por los jueces de Gran Bretaña y Escocia.

En Francia y en Estados Unidos de América, se encuentran también fallos en el sentido de que a las relaciones de trabajo, en las que interviene un elemento extranjero, corresponde aplicar la ley convenida por los contratantes, siguiendo así la regla común para todos los contratos en general.

Como se puede apreciar, este sistema ha sido acogido mayormente por países sajones. En cambio, los países de origen latino, dentro de los cuales destaca Italia, no admiten como vinculación primaria la ley elegida por las partes. Antes bien, en atención a la naturaleza especialísima del contrato de trabajo, aplican al mismo la ley del lugar de ejecución de los servicios. Así, de acuerdo con una decisión de la Corte de Casación, quedó categóricamente excluida la posibilidad de que las partes conviniesen válidamente en someterse a otra ley que no fuera la italiana, para un trabajo a realizarse en Italia. (9)

Sin embargo, la tendencia de los tribunales italianos parece indicar que cuando los servicios han de prestarse en el extranjero, el asunto se resuelve de conformidad con las reglas de Derecho Internacional Privado Común, es decir, respetando la voluntad de las partes. Pero, cuando el trabajo ha de efectuarse en territorio itálico, la ley de Italia es única y exclusivamente competente.

El sistema de la voluntad de las partes, que estamos analizando, no es en realidad una solución muy apropiada para resolver los conflictos de leyes en Derecho Internacional Privado del Trabajo. La naturaleza tutelar del Derecho de Trabajo impide que bajo las apariencias de un trato libre y comunicativo la parte más poderosa imponga el sometimiento a una legislación laboral incipiente, pobre en disposiciones protectoras del asalariado.

Independientemente de ello, puede suceder que las partes convengan en sujetar sus relaciones a una ley que resulte del todo inadecuada. Tal sería el caso de un contrato celebrado en Argentina, entre un chileno y un francés, domiciliados en el Uruguay, para ser ejecutado en el Perú, en el cual se pactase aplicar la ley griega. Es evidente que el contrato del ejemplo carece de todo elemento de conexión, tanto objetivo como subjetivo, (salvo la declaración de voluntad) que lo vincule con la ley de Grecia. La legislación helénica en este caso no podría, a nuestro entender, regir el contrato de trabajo pasando sobre legislaciones tan interesadas y aptas para ello, como la del lugar donde han de ejecutarse las labores, la nacional de las partes, la del lugar de celebración del contrato, o la del domicilio de las partes.

Por tal razón, si bien admitimos que los interesados pueden remitirse a una ley cualquiera para los efectos de su relación obrero-patronal, no creemos que esa ley, por el simple mérito de ser la acordada por las par-

(9) I. L. O.— Ob. Cit.— pág. 73.

tes, constituya la vinculación primaria, y como tal, sus disposiciones se apliquen preferentemente a cualquier otra legislación, inclusive a la del lugar de ejecución del trabajo.

Al respecto, repetimos el concepto vertido al referirnos a la institución de la autonomía de la voluntad. La ley acordada por los interesados sólo tiene aplicación en la medida autorizada por aquella legislación a la cual corresponde verdaderamente la competencia, según la gravitación de los diversos elementos de conexión involucrados. Las disposiciones de la ley convenida solo intervienen en calidad de mero aporte, que se suma, cuando no es incompatible, a las normas imperativas llamadas a gobernar el contrato en vista de la naturaleza del mismo y de los factores de conexión aludidos.

Aceptar el sistema de la ley elegida por la voluntad de las partes, en forma irrestricta, representaría dar un paso atrás, hacia el horrendo liberalismo económico de siglos pasados. Desastrosas serían, con seguridad, las consecuencias que se derivarían de la aplicación en el ámbito internacional, de una fórmula retrógrada semejante a "*laissez faire, laissez passer*", ya superada en derecho interno.

SISTEMA DE LA LEX FORI

Se define como aquel sistema que recomienda la aplicación, a la relación laboral, de la ley del país al cual pertenece la autoridad judicial que conoce del reclamo.

Quienes propugnan esta solución parten del principio de que el derecho substancial solo debe ser aplicado por el juez del Estado cuyas leyes gobiernen la relación laboral.

"Creemos que no sólo es evidentemente útil, sino necesario que el derecho substancial sea aplicado por el magistrado que mejor lo conoce, es decir, por aquel del Estado cuyas leyes rigen la relación laboral". (10)

Esta concepción tiene, sin duda alguna, la ventaja de evitar las consecuencias derivadas de fallos emitidos por jueces que se ven en el apuro de aplicar una legislación extranjera que ignoran, pudiendo fácilmente incurrir por ello en lamentables errores.

Sin embargo, este sistema es objetable por cuanto restringe la libertad de las partes de someterse al fuero que resulte más cómodo para ellas, respetando, se comprende, las limitaciones procesales propias del caso.

En el orden práctico y por razones de economía procesal, conviene al servidor recurrir a los jueces de su localidad. Tal sería el caso si el fuero competente quedare muy distante de su residencia habitual.

Las dificultades que de hecho representa para el servidor el verse precisado a interponer y proseguir su reclamación ante un fuero remoto, puede convertir en ilusorio su derecho al amparo de los tribunales de

(10) Lanfranchi, C.— Ob. Cit., pág. 217.

justicia. Y si esto es así, con un trabajador nacional, mucho más grave se torna la objeción cuando está de por medio un trabajador migrante.

Pero si nos determinamos aquí y profundizamos un poco sobre las disquisiciones expuestas, veremos que presuponen la existencia de una ley competente, determinada evidentemente por un criterio distinto al del foro. En consecuencia, este sistema se desautoriza a sí mismo, como solución apta para elegir la ley aplicable a la relación laboral.

Por otro lado, en respaldo del sistema de la *lex fori*, "se ha sostenido que en virtud del carácter de orden público que tiene la legislación del trabajo, el juez no puede aplicar una ley extranjera". (11).

Esta afirmación queda refutada por los argumentos vertidos al estudiar la figura del orden público. En primer lugar, hemos demostrado que no todas las normas de Derecho de Trabajo son de orden público. En segundo término, hemos aclarado que, dada la inderogabilidad relativa, carácter especial del orden público en materia de trabajo, está permitida la aplicación de una norma foránea cuando la misma es más favorable al servidor. Es falso, pues, que el orden público elimine toda ingerencia de la ley extranjera en materia laboral. Ella rige, dentro de los límites trazados por el derecho local, que al admitirla en su estructura le da fuerza de derecho vigente y, como tal, de inexcusable aplicación para el juez nacional.

Pero el más serio reparo que enfrenta este sistema es que la solución que ofrece es sólo a posteriori. En efecto, de acuerdo a este planteamiento, la ley competente sólo se descubriría en el momento de recurrir al Poder Judicial. Con anterioridad a este instante, las relaciones laborales quedarían libradas a la más profunda incertidumbre. No habría modo de conocer, a ciencia cierta, a que ley atenerse, puesto que en definitiva se aplicaría la legislación del foro al que eventualmente se recurra.

SISTEMA DE LA LEY DEL LUGAR DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO

De acuerdo con este sistema corresponde aplicar a la relación laboral la ley del lugar de la conclusión del acuerdo.

Se argumenta que "la celebración es el acto primordial en la vida del contrato: es lo primero en el orden cronológico y lo más importante en el orden lógico, puesto que de la celebración depende la existencia del contrato y su futura ejecución". (12) Lo que equivale a decir que entre celebración y ejecución hay una dependencia de causa a efecto. Pero esta afirmación, aparentemente cierta, se desmorrona si se plantea el asunto de la relación entre celebración y ejecución como la vinculación habida entre medio y fin.

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina de la territorialidad del derecho, en voga actualmente, propugna que todos los convenios que se

(11) Gaete Berrios, A.— Ob. Cit., pág. 116.

(12) Alfonsín, ".— Ob. Cit., pág. 105.

concluyan dentro del territorio de un Estado deben quedar sometidos a las leyes de ese Estado. Luego, hemos de admitir que la ley del lugar de la celebración del contrato es la competente para regir el mismo.

Pero si así fuese, invocando precisamente la teoría de la territorialidad del derecho, mayores razones hay para aplicar la ley del Estado donde han de ejecutarse los servicios, en vez de la ley del país donde se celebró el contrato.

En tercer lugar, se dice que el sistema de la *lex loci contractus* es única, nunca falta y es fija. (13) Es única, porque el contrato se celebra en un solo sitio; nunca falta, por cuanto necesariamente ha de celebrarse en algún lugar; y es fija, por cuanto pese a las vicisitudes por las que atraviese el contrato, el lugar de celebración permanece siempre el mismo.

El que sea única es una ventaja bastante apreciable, pero no basta para el caso. La ley competente no solo debe ser única sino, especialmente, adecuada. Y desde la primera impresión la ley del lugar de la celebración se percibe como solución inaparente. "Si dos personas celebran dos contratos idénticos..., no es razonable que uno de esos contratos quede sujeto a la ley uruguaya por haberse consentido unos pasos para acá de la frontera; y el otro quede sujeto a la ley brasileña por haberse consentido unos pasos más allá. Siendo iguales los contratos, el régimen de ellos debe ser igual. La suerte de cada uno no puede ser echada, pues, consultando un dato exterior a su contenido, como lo es el lugar donde se celebró, y sin consultar, en cambio, otro dato substancial: el lugar donde se han de cumplir las obligaciones contraídas". (14)

También es verdad que el contrato siempre ha de celebrarse en algún lugar. Pero en realidad, el problema no consiste en eso. La cuestión reside en identificar fácilmente dicho lugar. Y esto no siempre se consigue bajo el sistema que estamos tratando. Pensemos en aquellos casos en que el contrato se concluye entre ausentes, o a bordo de un vehículo internacional en viaje. (15).

Independientemente del hecho que la ley de la celebración resulta impropia para gobernar la relación laboral, dado que el contrato pudo haberse concluido en una localidad en forma puramente accidental, se presenta la circunstancia de que el lugar de la celebración queda librado al arbitrio de las partes, confundándose, en sus consecuencias, este sistema con la teoría de la autonomía de la voluntad.

No obstante lo expuesto, el sistema de la ley del lugar de la celebración del contrato fué seguido por los tribunales de Suiza desde 1892. En Francia, dicha solución fué aceptada por el Tribunal de Rennes el año 1902 y por la Corte de Casación, según fallo del 26 de mayo de 1921, (*affaire Antipoul*), en el que se sostuvo que los accidentes del trabajo se relacionan

(13) Alfonsín, Q.— Ob. Cit., pág. 107.

(14) Alfonsín, Q.— Ob. Cit., pág. 111.

(15) Las naves y aeronaves no son "lugares" sino muebles, pese a que el derecho privado los reputa inmuebles para mejorar su condición patrimonial y su negociabilidad.— Ferrero, Raúl, "Derecho Constitucional", Lima, 1956.— pág. 86.

al contrato de trabajo y deberían en consecuencia estar sometidos a la ley francesa por ser ésta la ley que regía dicho contrato, **por haberse celebrado en Francia.** (16)

En cuanto se refiere a la forma del contrato, el principio "locus regit actum" está universalmente aceptado. Refiriéndose al contrato de trabajo, Cabanellas, Lanfranchi y Krotoschin (17) nos dicen que se aplica la ley del lugar de la celebración en lo relativo a sus formas instrumentales.

Nuestro Código Civil en el art. XX del Título Preliminar establece que "la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan..."

En el campo de los acuerdos internacionales, cabe citar el art. 39 del Tratado de Montevideo de 1889 y el art. 36 del Tratado de Montevideo de 1940.

Sin embargo, es oportuno aclarar aquí, que el aspecto formal en el contrato de trabajo, es un elemento de relativa importancia, por cuanto aún en el caso de que el contrato fuese nulo por defecto de forma, el hecho del trabajo en sí es capaz de generar las obligaciones recíprocas que el acuerdo inválido es impotente.

Vinculadas con la labor de la O.I.T. resulta pertinente mencionar, a manera de ejemplo, las Convenciones sobre Contratos de Trabajo para Indígenas, Nos. 64 y 86, de 1939 y 1947, respectivamente, que adoptan este sistema.

SISTEMA DE LA LEY DEL LUGAR DE LA EJECUCION DEL CONTRATO

Este sistema considera que la ley competente para regir la relación laboral es aquella vigente en la localidad donde efectivamente se lleve a cabo la prestación de servicios.

El fundamento de este sistema reside en la índole territorial de la legislación de trabajo y en el carácter de orden público de muchas de sus disposiciones. Esta nota se pone de relieve cuando se encuentran comprometidas normas de policía del trabajo. El interés público, involucrado en dichas normas, destaca como elementos de conexión al trabajo en sí y al lugar de su ejecución, relegando todo otro criterio a un plano secundario. Ninguna legislación puede tener mayor interés en regular la relación laboral que la del Estado en cuyo territorio se desarrolla el trabajo. Las consecuencias tanto económicas como sociales que se derivan de este contrato afectan primordialmente al país en donde surte sus efectos, es decir, en donde se ejecuta el trabajo.

Además, en el orden lógico, todo parece indicar que la ejecución del acto o contrato es lo más importante. Constituye la consecución de los ob-

(16) Romero del Prado, Ob. Cit., págs. 1007 y 1008. Ver: *Revue de Droit International Privé*, 1921, pág. 501.

(17) Cabanellas, G., "Tratado de Derecho Laboral", pág. 840; Lanfranchi, C., Ob. Cit., pág. 196; Krotoschin, E., Ob. Cit. pág. 915.

jetivos deseados la realización del fin persiguido. De tal manera, la ley del lugar de la ejecución debe regular el contrato por ser dicho momento el más representativo de la relación.

Refuerza este argumento, el hecho de que en la realidad, la relación laboral queda necesariamente sujeta, por lo menos parcialmente, a la ley del lugar de la ejecución. Ante esta circunstancia inevitable, conviene hacer extensiva la aplicación de la ley del lugar de ejecución a todo lo concerniente a la relación laboral, y apartar así la posibilidad de que sobre un mismo contrato recaigan dos o más legislaciones.

A mayor abundamiento, se subraya la particularidad de que las autoridades administrativas y judiciales competentes para conocer las controversias derivadas de la relación laboral suelen ser las del lugar donde se prestan servicios. Feliz coincidencia que asegura de esta manera la aplicación por parte de las autoridades requeridas de su propia *lex fori*.

Por otro lado, no deja de ser significativo que este sistema se haya generalizado. Prácticamente todos los países de América han adoptado la territorialidad en materia de trabajo, comenzando por el Perú, según lo preceptuado por los arts. 46 y 47 del reglamento de la Ley 4916. Aunque si bien es verdad que nuestro país adopta como excepción el sistema de la ley del lugar de la celebración, cuando dispone, en la última parte del art. 47 en mención, que para los efectos de la Ley 4916 "También se computarán los servicios prestados en el extranjero, cuando hayan sido contratados en el Perú".

El Dr. García Gastañeta — para citar un autor nacional — refiriéndose a las consecuencias del contrato de trabajo, afirma que "las leyes que las rigen tienen un imperio territorial forzoso" (18).

Krotoschin nos dice que "El principio de la territorialidad de las leyes de trabajo, tomando como concepto de conexión al *locus executionis*, es, en principio, reconocido universalmente". (19) "La *lex loci executionis*, encontrará, así, frecuente y justa aplicación, para todo cuanto concierne a aquello que podríamos llamar: la realización del contrato de trabajo en orden a sus dos principales obligaciones contrapuestas: el trabajo y el salario". (20).

Por su parte, el Código de Bustamante en su art. 198 dispone en fórmula escueta que "también es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador".

El Tratado de Montevideo de 1889 somete a todo derecho contractual, sin distinción, a la ley del lugar de cumplimiento del contrato. El tratado de Montevideo de 1940, en su art. 38, calificado — por el Dr. José Luis Bustamante y Rivero — como la fórmula que sin ser perfecta "es la más completa, elástica y científica" (21) establece en su parte final que "los contra-

(18) García Gastañeta, C. "Derecho Internacional Privado".—Lima, 1930, pág. 221.

(19) Krotoschin, E.— Ob. Cit., pág. 915.

(20) Lanfranchi, C., Ob. Cit., pág. 199.

(21) Bustamante y Rivero, "El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940", Montevideo, 1942, pág. 119.

los que versen sobre prestación de servicios se rigen: a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración; b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producirse sus efectos; c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato". Como se puede apreciar, los dos primeros incisos hacen referencia en realidad al principio de la *lex loci solutionis*. El último inciso establece una solución necesaria para aquellos casos en que no exista un lugar de ejecución inequívoca.

Igualmente, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, en el mes de abril de 1948, establece en su art. 2º inc. e) que "los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciabiles y las leyes que los reconocen abligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros".

Entre las Convenciones de la O. I. T. también se cuentan algunas que consagran este sistema. Al respecto cabe mencionar entre otras las Convenciones Nos. 35, 36, 37, 38, 39 y 40, sobre seguridad social celebradas el año 1933. Entre estas, las Nos. 35, 37 y 39 se encuentran ratificadas por nuestro País.

Es interesante destacar que los instrumentos en referencia, al igual que la Convención sobre Trabajadores Fronterizos, celebrada por las potencias del Tratado de Bruselas (22) contemplan además, ciertos casos específicos para los cuales establecen un régimen especial; excepción que no desmiente a la regla general que consagran, sino que la confirman.

Pese a las razones expuestas, que sindician al sistema que nos ocupa como el más apropiado para regular la relación de trabajo, no es del caso ocultar los serios inconvenientes que le son anexos, los cuales determinan que este sistema para funcionar normalmente requiera: (23).

1º.— Que el lugar de la ejecución del contrato sea en un sólo Estado. Si no fuera así, la *lex loci solutionis* aplicable no sería una sola. El contrato quedaría sometido de tal suerte a dos o más legislaciones, lo que importa caer en el defecto que hemos condenado.

2º.— Que el lugar de ejecución sea conocido en el momento de la celebración. Si no fuera así, el contrato no se podría regir por la *lex loci solutionis* en dicho momento. Resulta absurdo exigir que se aplique al contrato la ley de un lugar que se ignora. En este supuesto se desmembraría el contrato ya que al instante de celebrarse el mismo habría que sujetarlo necesariamente a alguna ley, y luego, al momento de su ejecución, aplicarle la ley del lugar donde se presten los servicios.

3º.— Que el lugar de ejecución no cambie con posterioridad a la celebración del contrato. Esto se comprende fácilmente. Lo contrario equi-

(22) 17 de Abril de 1950.— Ver: *Industry and Labor*, Vol. X, Nº 5 Suplemento sobre Migraciones, pág. 89.

(23) Síguese a Alfonsín, Q., Ob. Cit., pág. 117.

vale a decir que el contrato puede regirse sucesivamente por más de una legislación, lo que hemos calificado de inaceptable.

"Esta objeción pone al sistema de la *lex loci solutionis* en un dilema: asegurar la unidad de la ley a costa del sacrificio de los casos en que su aplicación resulte inadecuada, o asegurar la aplicación de la ley adecuada a costa del sacrificio de la unidad de la ley". (24).

Quienes se aferran a este sistema pretenden salvar estas objeciones ideando un complicado juego de presunciones legales, destinadas a "la relación de trabajo — al menos jurídicamente. Pero este intento fracasa por artificioso, pues se aparta de la realidad, precisamente estando de por medio el Derecho de Trabajo, disciplina jurídica realista por excelencia.

En conclusión. El sistema de la ley del lugar de ejecución del contrato resulta el más adecuado a la naturaleza de la relación de trabajo. Sin embargo, por sí solo no logra sortear todas las situaciones que se presentan en Derecho Internacional Privado del Trabajo. Por ello, creemos que la solución más satisfactoria se logra mediante la combinación de más de un sistema, tomando como base el de la *lex loci solutionis*. Así, para los casos en que el trabajo se realice de manera permanente, en un lugar predeterminado, la ley del lugar de la prestación deviene acertada. Pero cuando el trabajo ha de ejecutarse en varios países alternativamente, en forma pasajera, sin que se pueda por ello localizar el contrato en un lugar preciso, entonces procede aplicar la ley del domicilio de la empresa. La misma solución se recomienda cuando el trabajador de manera ocasional y temporal deba trasladarse al extranjero.

No falta tampoco quien recomiende, en estos últimos casos, aplicar la ley del lugar de la celebración, o la ley personal, cuando es común a las partes.

SISTEMA DE LA LEY MAS FAVORABLE AL SERVIDOR

Este sistema propugna que entre las muchas legislaciones susceptibles de aplicarse a una relación laboral, resulta competente la que más beneficie al trabajador.

Nos dice Cabanellas, refiriéndose a los efectos de la ley laboral en el espacio que "Tanto en lo relativo a la celebración del contrato como a las condiciones del mismo, a su ejecución y a las responsabilidades inherentes, se adopta las formas de legislación más favorables al trabajador entre las tenidas en cuenta al realizar el contrato". (25).

El fundamento de este sistema descansa en el aspecto tutelar que caracteriza ideológicamente al Derecho de Trabajo. Las normas laborales constituyen un mínimo de garantías sociales protectoras del asalariado. Como quiera que dicho mínimo puede ser superado por la voluntad de las partes, no hay inconveniente para que dicha mejora se logre mediante la

(24) Alfonsín Q., Ob. Cit., pág. 125.

(25) Cabanellas, G.— Ob. Cit.— pág. 640.

aplicación de la ley extranjera. Piénsese que los contratantes pueden alcanzar el mismo fin, copiando en forma detallada las disposiciones pertinentes de la ley foránea, en vez de remitirse simplemente a ella.

Es principio consagrado que la legislación de trabajo es territorial, y como tal se aplica la ley del Estado en cuyo suelo se prestan los servicios. Pero se estima que la territorialidad no puede imponerse en perjuicio del trabajador. La propia naturaleza del Derecho de Trabajo lo impide.

De aceptarse este sistema, cabe preguntarse si ha de aplicarse la legislación extranjera más favorable al asalariado en su conjunto, o fraccionalmente. La respuesta para algunos (26) es que el ordenamiento debe contemplarse en su conjunto, y aplicarse como un todo indivisible.

Otros, en cambio, adoptan la solución opuesta. Así De la Cueva y Hall Lloreda (27) afirman que la ley extranjera se aplica en todo en cuanto mejore al derecho local en provecho del servidor, pero tiene que ceder ante la ley nacional cuando viola los mínimos por ella establecidos. Se dibuja, de tal suerte, un mosaico conformado por los dispositivos más avanzados de todas aquellas legislaciones concurrentes.

En el primer caso, se objeta que resulta sumamente difícil para el Juez determinar entre dos o más legislaciones cual es la más favorable al servidor. En el segundo caso, el reparo es más grave, pues a la dificultad de considerar, esta vez, desarticuladamente, cada uno de los elementos de los diversos derechos, se añade la circunstancia de que la relación de trabajo quedaría sujeta, al mismo tiempo, a normas provenientes de distintas legislaciones.

Pese a estas observaciones, una interpretación de las normas mexicanas permite al profesor De la Cueva afirmar que este sistema es seguido por el Derecho Mexicano de Trabajo.

Similar posición adopta el Dr. García Gastañeta, en cuanto al Perú se refiere, al sostener que "No habría sin embargo inconveniente en aplicar la ley extranjera siempre que ella fuera más favorable al damnificado" (28).

En abstracto, la regla más favorable al servidor, principio netamente de Derecho del Trabajo, puede aplicarse satisfactoriamente en derecho interno; vale decir, cuando esta rama jurídica actúa independientemente y dentro de un sólo campo legislativo. Distinto es el caso en Derecho Internacional Privado del Trabajo, en que tanto los principios de Derecho de Trabajo, como los de Derecho Internacional Privado Común, convergen hacia un mismo fin. En Derecho Internacional Privado del Trabajo hay que contemplar, por igual, las exigencias propias de uno y otro Derecho y tratar de hallar la armónica relación de ambos. No sería adecuado sacrifi-

(26) Ver en este sentido: Gaete Berrios, Ob. Cit., pág. 116 y Krotoschin, E., Ob. Cit., pág. 53.

(27) Cueva, M., D. M. del T., pág. 399.— Hall Lloreda, C., Ob. Cit., pág. 148.

(28) García Gastañeta, C.— Ob. Cit., pág. 221.

car totalmente el tecnicismo del Derecho Internacional Privado en aras del principio "pro-operario", y viceversa.

Por otro lado, la aplicación arbitraria del sistema de la ley más favorable al servidor puede conducir a franca injusticia, acumulando sobre el empleador una carga de beneficios sociales demasiado onerosa de soportar y muchas veces imprevista. Estas circunstancias, pueden tener efectos contraproducentes en el comercio internacional y obstaculizar, en vez de favorecer, el desarrollo de las relaciones jurídico-laborales en la sociedad universal.

Por ello, estimamos, que la ley más favorable al servidor como sistema no es conveniente. Pero no descartamos del todo las ventajas que de él pueden derivarse. Creemos que las mismas se aprovecharían debidamente a través de la noción de los derechos adquiridos, respetando los límites y condiciones fijados al estudiar dicha institución.



Temas de Derecho Procesal Civil (*)

Por el Dr. ERNESTO PERLA VELAOCHAGA
Catedrático titular de Derecho Civil
y de Derecho Procesal Civil
en la Pontificia Universidad Católica

I.—DEMANDA

La demanda.—La materia del presente capítulo trata de como debe comparecerse ante el juez. Luego de haber estudiado en los dos capítulos anteriores quienes pueden comparecer y ante quienes debe comparecerse, vamos a estudiar como debe comparecerse ante el juez. Inicialmente se comparece ante el juez por medio de la demanda.

Por demanda se entiende desde el punto de vista extrínseco el escrito por el cual se entabla o inicia un juicio. Intrínsecamente o en cuanto a su contenido, es una afirmación de que existe una situación de hecho jurídicamente protegida por una norma de derecho positivo y se requiere al poder jurisdiccional para que actualice la protección a ese bien o intervenga con ese fin en un conflicto entre dos ó más intereses.

Por ésto es que se dice que todo juicio jurídico se reduce a un silogismo (1); ahora podemos afirmar que la demanda es la expresión de ese silogismo. El profesor Carnelutti distingue por ésto en la demanda (2) la proposición y el requerimiento o protección. La sentencia decidirá si el silogismo es exacto o erróneo. Así aparece claro que la demanda debe expresar el bien que pretende alcanzarse y las razones por las que dicho bien está protegido por el derecho positivo (3).

El concepto de demanda es distinto pero está vinculado al de acción. Alsina afirma que la demanda es la forma normal del ejercicio de la acción (4).

(*) Ver N° XIX de esta Revista.

(1) Alsina. Ob. cit. T. I. pág. 250.

(2) Carnelutti. Int. T. I.

(3) De la Plaza. Ob. cit. T. I. pág. 324.

(4) Alsina. Ob. cit. T. I. pág. 250.

La demanda es el acto constitutivo de la relación procesal y por ella se pone en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, según el comentarista español, Becuña, (1), determinando así magníficamente que tiene efectos para las partes litigantes y para el juez.

Los efectos de la interposición de la demanda son varios e importantes.

Procesalmente con la demanda se constituye la relación procesal. Esto es, queda iniciada la instancia y el juez y las partes sujetos a su planteamiento, fija la competencia para el actor sin perjuicio de los recursos del demandado impugnándola y determina la materia de la prueba y la sentencia, aunque no los límites de ésta, sujetos además a la contestación.

Para las partes fija los límites de la actividad procesal, en cuanto a la contestación y la prueba; y en general porque todo el proceso gira a su alrededor. Inclusive tiene fuerza de atracción para todo otro proceso que le sea afín. Para él pues le señala la materia de la sentencia. Todos éstos efectos son independientes de que la sentencia declare fundada o infundada la presentación que invoca la demanda; he aquí su carácter predominantemente formal.

2).—Sustantivamente, la demanda individualiza la prestación en las obligaciones alternativas; termina con la presunción de buena fé; decide el pago de frutos, etc.

De aquí la importancia de la demanda. Requiere anticipadamente una compulsa de los derechos que se pretenden y de los medios con que se cuenta para sustentar la pretensión.

La clasificación de las demandas se puede hacer atendiendo a los juicios a que dan origen. Las clasificaciones de los juicios le son así aplicables. Se clasifican por su materia en petitorias, posesorias, etc.; por su procedimiento en ordinarias, sumarias, ejecutivas, verbales, escritas, etc.

Algunos autores pretenden la distinción entre demanda y solicitud (1) sosteniéndose que por la primera se persigue la declaración de un derecho subjetivo y por las solicitudes una garantía a derechos existentes. Más bien podría encontrarse la distinción en que las demandas inician un juicio, mientras que las solicitudes inician un procedimiento de jurisdicción voluntaria o no contenciosa que no tiene más objeto que el que se revista un acto o una declaración de determinadas formalidades y garantías.

Entre nosotros se puede sostener que se haga el empleo en ésta forma, pero no es menos exacto, que es más general dejar el término de solicitud a las peticiones de carácter administrativo y aunque inicien una acción de ésta calidad.

Requisitos de la demanda.—La demanda es un acto formal, éste es que para ser admitida, o para producir efectos jurídicos debe reunir ciertos requisitos. Estos no corresponden a las fórmulas sacramentales o rituales del derecho primitivo y aún del Derecho Romano durante el período

(1) Becuña. Valor jurídico de la demanda Rev. de Der. Privado. Madrid 1920 pág. 44.

de las legis acciones, sino simplemente tiene por fin facilitar la apreciación por el juez y por el demandado de la pretensión que se formula y de la petición que se hace. Se pueden distinguir éstos en requisitos de fondo y de forma.

A).—**Requisitos de fondo.**—Teóricamente la demanda debe constar de cuatro partes. 1) exordio que es la presentación del demandante al juez; 2) narración, ó sea la exposición de los hechos en que se funda la demanda; 3) fundamentación, ésto es la innovación de la norma jurídica que respalda la pretensión; y, 4) pedimento, ó sea la determinación de la que se demanda.

En la práctica algunas de éstas partes pueden reducirse casi hasta desaparecer o pasar desapercibidas por ser innecesarias.

El art. 306 del C. P. C., enumera sobre las pautas indicadas, los requisitos de fondo pero no todos. Estos requisitos son:

1) Designación del Juez ante quien se interpone: art. 306 inc. 1ª—“La demanda contendrá. 1) la designación del Juez ante quien se interpone”.

Se exige así la indicación de la clase del Juez ante quien se interpone la demanda, no la designación del nombre del Juez. El dato sirve para la apreciación de la competencia del Juzgado por razón de la materia, clase ó grado del Juez.

Así entre nosotros se les denomina, conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica y Leyes especiales en Jueces de Primera Instancia, o de Derecho é Instructores, Jueces del Trabajo, Jueces Privativos de Trabajo, etc.

2) Los nombres del demandante y demandado: inc. 2º del art. 306 “Los nombres del demandante y demandado.

Este requisito de la demanda se encuentra ya en las partidas (1) y sirve para la identificación de las personas, de la que a su vez dependen tanto las secciones (reconvención) como las excepciones de inoficiosidad de la demanda y falta de personería.

La identificación es necesaria para apreciar tanto la pretensión como la excepción y hacer procedente la reconvención.

En caso de ser un mandatario judicial o un representante legal el que se apersona debe además indicar el nombre de su mandante o representante en general (art. 1680 del C. C.).

Su misma importancia exige que se cumpla con éste requisito en forma amplia mencionando los dos apellidos en prevención de que por error o por malicia se sostenga que hay confusión en cuanto a las personas.

No exige entre nosotros la indicación además, de los nombres de los otros elementos de identificación, tales como la nacionalidad, profesión, libreta electoral y militar, carnet de extranjería, etc., pues aunque lo exigen leyes especiales se ha considerado acertadamente en la práctica, que éstas exigencias estarían contra preceptos constitucionales.

(1) Partidas. Ley 40. Tít. III. part. 3ra.

3) **La determinación precisa de la materia que se demanda.**—Puede considerarse que se trata acá de calificación de la acción ejercitada, expresión nominal (*edictio actionis*) (2), como la necesidad de expresar acción de pago, de retracto, etc. . . y también en el sentido de la petición que se formula.

Si se toma en este segundo sentido que es más exacto, el orden de los requisitos de la demanda, no está bien establecido en el art. 306 porque, si corresponde a la súplica o resumen de lo que se expide ó exige éste debió expresarse después de los fundamentos de hecho y derecho colocados en último lugar en la enumeración del art. 306.

La plus petición no inválida la acción, según antiguo aforismo. Esto es que cuando se pide más de lo que se debe, el Juez se limitará en su sentencia, a reducirla a los términos justos, sin que ésta cometida por error o por malicia, haga ineficaz la demanda también en la proporción en que era procedente.

Unicamente existe la sanción de la condena en costas por la manifiesta exageración de la cuantía de pleito (art. 306 del C. P. C. "El demandante pagará las costas ocasiones por la manifiesta exageración de la cuantía del pleito" y también pierde el actor las costas, porque en éstos casos, por razón de la reducción de la petición no procede el pago de ellas desde que el demandado, no ha sido total, sino parcialmente vencido en el juicio (art. 1077 del C. de P. C.).

La determinación de la materia que se demanda está en relación con el pedimento. Por ésto tiene particular importancia porque sirve para apreciar los planteamientos de las excepciones de cosa juzgada y pleito pendiente sin perjuicio de que el Juez pueda interpretar la intención del actor y el contenido de la demanda objetivamente considerada, prescindiendo de la indicación hecha por el actor de la materia demandada.

Una demanda puede contener peticiones secundarias, como cuando se trata de embargos preventivos o inscripciones de demandas o de pedimentos que se fundan en lo principal de la demanda, pero no constituye el objeto principal del juicio.

4) **Los fundamentos del hecho y derecho en que se apoya la demanda.** Si se ha dicho que la demanda debe contener la afirmación de que existe un hecho o un interés protegido por la norma; éste requisito es necesario por que se está solicitando tal protección. Luego deben expresarse los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya la demanda.

Al respecto hay dos teorías (1) (2) a seguir: la — la teoría de la sustanciación y la teoría de la individualización. Conforme a la primera los hechos deben relatarse hasta tal punto que se llegue a indicar el hecho jurídico que ha engendrado el derecho que se invoca, ésto es la causa remota del derecho alegado. Así si se trata de una acción de cumplimiento

(1) Alsina. T. II. pág. 52.

(2) Prieto Castro. T. pág. 204.

to de contrato, habría que relatar como se había originado. Según la teoría de la individualización basta indicar lo que sea necesario para saber porque se inicia la acción. Así en una acción real de reivindicación podría bastar con la afirmación del actor de que es propietario o remitirse a la relación de como adquirió su dominio. Mayores defensores tienen la segunda sobre todo en la actualidad. La cuestión carece de interés en el derecho positivo, porque la ley no debe señalar normas al respecto, desde que la regla aplicada depende de la acción de que se trate.

No puede afirmarse que la teoría de la sustanciación es aplicable a las demandas que cubren acciones personales y la de la individualización a las acciones reales, porque en éstas últimas causas hay que expresar a veces las causas remotas.

Lo único que puede exigirse es la claridad de los fundamentos de hecho en que se apoya la demanda y por lo mismo su relación tanto cuanto sea necesario o preciso para conocer el fundamento de la acción.

En algunas legislaciones como la española, se exige el presentar los hechos numerados para obligar a que el contrario se pronuncie sobre cada uno de ellos. Pero el silencio no significa conformidad con los mismos.

El error o tergiversación maliciosa de los hechos, tiene consecuencias legales en cuanto puede tener repercusión en la causa del pedimento. En cambio el error de derecho tiene otros efectos que luego expondremos.

Los fundamentos del derecho.—Consisten en la invocación de la norma de derecho positivo que sustenta o protege la pretensión demandada.

Debe notarse que según la redacción del inc. 4º del art. 306 pueden adoptarse dos opiniones: 1) que es preciso exponer en la demanda todos los fundamentos de hecho y derecho en que ésta se apoya, sin que quepa la posibilidad de invocar otros posteriormente; y, 2) que para cumplir con el precepto basta indicar algunos fundamentos suficientes y principales pero que pueden posteriormente ser ampliados.

Se discute si la última posición es admisible (1) ante la consideración de que los litigantes deben proceder lealmente y no reservar razones y aún hechos para sorprender al contrario en la hora undécima.

El error en los fundamentos de derecho tiene menos repercusión (2) que el error de hecho. El Juez al sentenciar puede subsanar el error que al respecto contenga la demanda y aplicar a la protección del derecho invocado la norma que crea más adecuada. Sólo pues sirve para facilitar al demandado y al Juez la aprobación legal del derecho que se pretende.

5).—Lugar y fecha en que se presenta la demanda.—Esto constituye un requisito esencial de todos los recursos que se presentan al Juzgado. Tratándose del escrito de demanda, tiene importancia para decidir sobre la competencia por razón del territorio y del turno judicial respectivamente.

Se discute si una persona ausente de un lugar puede remitir la de-

(1) Romero, pág. 55. T. II.

(2) De la Plaza. T. I. pág. 336. Ob. cit.

manda firmada y fechada en un lugar para ser presentada (3) en otro lugar.

La fecha de la demanda puede no ser la de su presentación, ésta se acreditar con el cargo y en su defecto con la fecha del proveído que recae en ella

6º—Designación del domicilio.—Art. 113 y siguientes. La obligación de designar domicilio que señala este precepto, es una consecuencia necesaria de que debe darse noticia a los interesados de las resoluciones que recaigan en sus recursos.

Las reglas aplicables son simples: 1) debe designarse domicilio en el primer escrito que se presente, art. 113: "toda persona que con cualquier motivo comparece ante el Juez, por sí o en representación de otra, debe designar domicilio en el primer escrito".

- 2) este domicilio debe estar dentro de los límites urbanos del lugar donde funciona el Juzgado o Tribunal (art. 115).
- 3) La designación debe hacerse expresándose el nombre de la calle y el número de la casa y en su defecto las señales inequívocas de ésta (art. 116).
- 1) para los que omiten éste requisito en la demanda, o en cualquier otro primer escrito, la sanción consiste en no dársele curso ni efecto alguno mientras no se haga la designación de domicilio, por el art. 114: "No se dará curso, ni efecto alguno a los escritos, mientras no se haga la designación de domicilio".

A éste respecto no se ha establecido sin embargo que el actuario rechace el escrito, como sí hace expresadamente en el art. 124, en caso de omisión de la presentación de copias. Pero en la frase "no darle curso", está por supuesto, el no presentarlo al Juez. Tiene que ser así, pues de otra manera la resolución del Juez o Tribunal que denegaron el escrito por falta de designación de domicilio no habría adonde notificarla, produciéndose precisamente lo que la ley trata de evitar.

Como los recursos con ésta omisión se deben tener por no presentados, los términos corren contra el presentante omiso y sólo se considera presentado el recurso, o absuelto el trámite cuando se subsana la omisión (Ejecutorias de 26 de Dic. 1907, A. J., pág. 500; 10 de Enero de 1908, pág. 377, 17 de Agosto de 1908, A. J., pág. 347 y 27 de Marzo de 1909, A. J. pág. 12, A. J. 1911, pág. 247).

- 2) Para los que hacen designación falsa de domicilio, art. 118. "el procedimiento se seguirá en rebeldía.

La sanción consiste en seguir el juicio en su rebeldía la que se estudiará oportunamente en su concepto y consecuencias.

Efectos de la designación de domicilio.— art. 117: "En el domicilio designado, se harán al interesado todas las notificaciones mientras no designe otro".

Tiene la designación de domicilio, el efecto de que en ese lugar se tiene como presente a la persona que lo ha señalado y por lo mismo que allí deben hacerse todas las notificaciones mientras no se cambie de domicilio.

La jurisprudencia ha establecido que éstos efectos cesan en cualquier momento que la persona o su personero deban dejar el pleito, esto es que no surte efectos en caso de muerte del litigante o cesación de su representante. Tampoco en el caso de destrucción del inmueble designado como domicilio.

7º—Firma del demandante.—Constituye también una condición de todo recurso que se presente al Juzgado. El recurso puede venir, al igual que todos los demás, firmado por otra persona a ruego del actor, pero en ese caso, debe legalizarse previamente su firma para ser proveído (Circular de la Corte Suprema de 10-7-1906).

8º—Firma del letrado.—Dentro del sistema de defensa cautiva que tiene establecida nuestra legislación para el procedimiento civil, para la mejor administración de justicia éste requisito tiene que ser ineludible y no requiere mayor análisis, sólo se exige cuando hay más de abogados en el lugar.

Sin embargo, debe recordarse que aún dentro del proceso civil ordinario materia de nuestro estudio, existen las excepciones establecidas por razón de las personas, para las demandas contra los jueces o sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o cuñados, según los art. 140 y 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; b) por razón de la naturaleza de la causa; en el fuero privativo y Juzgado de Trabajo, para las causas que son de su competencia; c) por razón de los recursos, pues el señalamiento de nuevos días y horas para la actuación de diligencias y los apercibimientos no requieren firma de letrado.

9º—Debe emplearse el papel sellado correspondiente.—Este requisito de la demanda, como de todo recurso en general, aunque también hay excepciones, está sujeto sin embargo a lo que establece la Ley de Timbres y Papel Sellado respecto al reintegro del papel de menor valor del que prescribe la ley de la materia, que es hoy para el recurso de que tratamos, de sello 5º del valor de un sol foja, art. 72 — Ley 9923 y, aún al empleo de papel común cuando no hay papel valorado.

10º—Adherir el timbre judicial respectivo.—Por ley 13036 de 25 de Noviembre de 1958, se creó el Timbre Judicial con el fin de obtener rentas destinadas a mejorar los haberes de los miembros del Poder Judicial. La ley ha sido reglamentada posteriormente.

La tasa varía según la clase de juicio y la cuantía del pleito. A las demandas en juicio ordinario debe adherirse un timbre de S/. 60.00 si su cuantía no excede de cien mil soles y un timbre de S/. 50.00 por concepto de exceso de cada cincuenta mil soles.

En las demandas que debe seguirse en vía sumaria el timbre es de S/. 30.00. En los procedimientos no contenciosos, en los recursos de queja, recusación, contienda de competencia, incidentes, pedido de segunda o posteriores confesiones, el timbre es de S/. 10.00. Además el recurso de nulidad deberá presentarse con un timbre de S/. 60.00.

La ley establece excepciones: 1) Por razón de la naturaleza de juicio, a favor:

a) Del demandante por cobrar indemnización por accidente de trabajo;

b) Del demandante por cobro de beneficios sociales (art. 6°)

De las demandas por derecho de familia, comprendidas en la secciones 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del libro II del C. C., esto es parentezco, tutela, cratela, consejo de familia (art. 5°).

2).—Por razón de las personas. Están exceptuadas de utilizar el timbre como demandante o demandado, el Estado, las Universidades Nacionales, las Municipalidades, Sociedades de Beneficencia Pública, las Comunidades Indígenas, y los litigantes que obtienen el beneficio de pobreza (art. 8°).

11).—**Adjuntar papeleta de la Mutual de Escribanos.**— La ley 13240 de 28 de Agosto de 1959, en su artículo único ha creado un fondo mutual para los escribanos, mediante el pago de una papeleta de dos soles, con la que debe aparejarse toda demanda, cualquiera que sea su cuantía y tramitación.

12).—**Adjuntar copia simple del recurso y sus recaudos.** Art. 124 al 129.

La obligación de adjuntar a todo recurso tantas copias simples como partes haya que notificar, fué una de las medidas adoptadas por la Comisión de Reforma Procesal que formuló el C. de P. C. actualmente vigente, para evitar una de las causas más frecuentes de dilación y retardo consiguiente, en los procesos. Hasta entonces para absolver los trámites, el expediente pasaba a poder de la parte que debía observarlos a fin de que en ésta forma se enterara del recurso contrario.

Esto daba motivo a que se mantuvieran indebidamente los actuados fuera del Juzgado, hiciera preciso emplear los apremios del caso y mientras tanto el juicio permanecía paralizado. Para evitar ésto se estableció la obligación de que con cada recurso se acompañara copia simple del mismo.

La copia, y ya no el expediente mismo, sirve para ser entregada conjuntamente con la notificación del proveído recaído en él. Sirve también para que cada parte archive éstas copias, y así con las que debe hacer de sus propios recursos, y con las cédulas de notificación puede tener copia íntegra del expediente original, pues únicamente faltarán las diligencias actuadas en el Juzgado, cuyas copias también podrían obtenerse directamente del expediente o por medio del actuario que lo tenga en su poder.

La obligación comprende la de presentar el número de copias necesarias para que sean entregadas a cada una de las personas a quienes debe notificarse. No está pues en relación con el número de personas con que se litiga, porque si varias de éstas tienen un mismo representante sólo hay que hacer una copia para éste, pues para el efecto de la presentación de copias se consideran como una sola parte a las que litigan por medio de un mismo apoderado, según el art. 126: "Para el efecto de la presentación de copias se considera una sola parte a los que litigan por medio de un mismo apoderado". Debe entenderse que la regla es aplicable al caso de cualquier representante.

Por supuesto que la obligación de la presentación de copias comprende también la de que estas sean la copia fiel del origen.

La disconformidad entre la copia y el original se resuelve sumariamente, mediante la simple comparación entre ambas: "Los incidentes que surjan sobre la exactitud de las copias, se resolverán por la simple comparación de éstas con los originales, pudiendo apelarse del auto que se expida" (art. 128), y en caso de descubrirse disconformidad se sanciona con una multa que según el art. 127 no podrá exceder de S/. 10.00 y que la ley 11360 por su art. 3º ha ordenado que no sea inferior a S/. 50.00. El auto que se expida sobre el particular es apelable (art. 128).

Sin embargo existen excepciones a la obligación de presentar tales copias: a) por razón de ciertos recursos cuyo proveído da razón de su contenido. Son los recursos consignados en la segunda parte del art. 124, cuando se trata de apremios, fijación de nuevos días etc...; y b) cuando el recurso es de más de 50 fojas, Art. 125 "si los instrumentos exhibidos constan de más de cincuenta fojas, no será obligatoria, sino facultativa, la presentación de copias de los mismos; y en éste caso se entregarán los documentos originales por una sola vez a la otra parte, cuando lo solicite con las formalidades que la ley establezca para la entrega de autos y por el término que el Juez señale".

En éste caso se sigue el procedimiento del C. anterior, a solicitud de la parte se entregan los originales por un breve término que el Juez señala y con las formalidades que la ley exige para la entrega de autos, ésto es por medio de procurador: Art. 132 "En los casos a que se refiere el anterior artículo, se entregará el proceso a un procurador, quien otorgará recibo".

En los lugares donde no hay procurador, el proceso se entregará al abogado de la causa bajo el correspondiente recibo. (Art. 132).

Rigen para este caso, si fuera preciso, las reglas para exigir la devolución de autos por medio del apremio de detención (Arts. 133 y 134 del C. de P. C.).

12).—Fijación de la cuantía del pleito, Art. 302.—Este es un requisito especial, sólo para las demandas que versan sobre cosa o prestación apreciable en dinero, en las que hay que expresar si la materia reclamada es de mayor o menor cuantía para que el Juez la tramita conforme a lo manifestado, sin admitir oposición ni excepción, salvo que por el simple texto de la demanda aparezca que el juicio no tiene la cuantía que el actor le atribuya.

Nos remitimos sobre el particular a lo expuesto anteriormente al tratar de la cuantía como elemento determinativo de la competencia.

Recaudo de la demanda.—La cuestión lleva a tratar si la demanda debe presentarse con documentos o sin ellos.

Hay diversos sistemas siendo los más característicos los que prescriben obligatoriamente y los que hacen facultativa la presentación de los mismos.

Entre los primeros existen varias modalidades desde la simple indi-

cación de los documentos en que se funda la demanda, hasta los que exigen la presentación de los mismos (1).

Se trata de los documentos de los que emana el derecho (2) que se pretende y no los que comprueban los fundamentos de la demanda, así tratándose del cumplimiento de un contrato, el documento en que consta y no la exhibición de las cartas y demás cursados entre los contratantes. El primero tiene sobre el segundo la ventaja de ser menos absoluto y elimina el caso de que no se cuente con los documentos en el momento en que debe interponerse la demanda.

Ambos sistemas se fundan en la ventaja de que el demandado conozca desde el momento de la iniciación del juicio los documentos que se hacen valer contra él, y en ésta forma puede decidir si conviene o no en la demanda, o por lo menos, no está sujeto a sorpresas.

Tales argumentos son algo especiosos pues el mérito de los documentos que se refieren al juicio no pueden ser desconocidos por el demandado y por otra parte no existe la posibilidad de sorpresa por lo menos en nuestra legislación, porque así como los instrumentos pueden ser presentados en cualquier estado de la causa, tienen que ser admitidos con citación del contrario y también pueden ser tachados de nulos y de falsos en cualquier momento dentro de nuestro actual sistema.

El Art. 309 del C. de P. C., no impone como requisito de la demanda dentro del juicio ordinario la presentación de documentos, permitiendo que la demanda se presente con documentos o sin ellos.

La Comisión de Reforma Procesal llegó a tal conclusión después de oír muchas opiniones (3) por razón de la dificultad que puede presentarse de encontrar ciertos documentos.

Debe tenerse en consideración, sin embargo, que la regla sólo es aplicable al juicio ordinario que estamos estudiando.

Hay la obligación de aparejar la demanda con ciertos documentos en otra clase de juicios y procedimientos; así el juicio ejecutivo (Art. 590), de retracto (Art. 977), el interdicto de adquirir (Art. 995), emancipación (Art. 1039), autorización para el matrimonio de menores (Art. 1098), en los juicios de aviso de despedida y desahucio según jurisprudencia de las leyes de inquilinato, y en algunos procedimientos no contenciosos.

Sanción por la falta de requisitos de la demanda, Art. 307.—Este precepto legal refiriéndose a los requisitos del Art. 306, establece que la demanda que carezca de alguna de esas formalidades será devuelta con la condición de que el Juez precise en la providencia el requisito que se ha omitido; se trata de requisitos esenciales, de fondo más que formales o extrínsecos.

Debe notarse que sólo al Juez corresponde la apreciación de la omisión de éstos requisitos y no al actuario.

La ley impone que el auto sea motivado. En la práctica muchas ve-

(1) Romero. Ob. cit. T. II. pág. 72.

(2) Alsina. T. Ob. cit. pág. 57.

(3) Romero. Ob. cit. T. II. pág. 73.

ces no se cumple con tal mandato y los jueces simplemente devuelven la demanda en forma general, diciendo "venga en forma y se proveerá" o algo por estilo, lo que constituye una transgresión de la ley.

Efecto de la interposición de la demanda, Art. 311.—La demanda no puede ser variada en lo principal sino antes de ser contestada; después sólo cabe la variación en lo accidental.

El fundamento de éste precepto se encuentra en que la demanda está fijada la pretensión del demandante respecto del demandado y por lo mismo éste debe contar con una base segura para absolver el trámite de contestación a la misma.

Lo único que se requiere es precisar que se entiende por principal y que por accidental en la demanda.

Muy diversos criterios hay al respecto (1) pero se generalizan admitiendo que debe entenderse por principal las personas (demandante y demandado), el título que invoca y la pretensión. En cuanto a ésta última, cabe alteración respecto a la cuantía, con tal que no se altere el procedimiento o la designación de la cosa, etc., elementos que en cada caso habrá que apreciar si tienen o no calidad de fundamental o principal en la demanda.

Así en la acción real sobre reivindicación de bien inmueble debe individualizarse la cosa materia de la acción; si se identifica expresándose el lugar, la calle, la situación en que se encuentra etc., la numeración de la misma podría ser un elemento accidental y por lo mismo variable, desde que la identificación del bien que era el objetivo, ha quedado hecho con los otros elementos.

Efectos de la variación de la demanda.—Segunda parte art. 311. Unicamente se refiere al cómputo del término para interponer excepciones dilatorias o contestar la demanda los que corren a partir de la notificación de la variación.

II.—ACUMULACION

Acumulación.—Vinculada con las modalidades de la demanda, se debe estudiar la acumulación de acciones; y también la acumulación de procesos que, aunque no constituye una modalidad de la demanda propiamente, estimamos conveniente y necesario tratar conjuntamente de ambas clases de acumulación o mejor de la teoría de la acumulación y sus reglas en nuestro Código Procesal.

Debe comenzarse por precisar como y porque se produce la acumulación. Para explicar ésto hay que recordar la distinción entre proceso y litis (2).

Litis es el conflicto producido; proceso la forma de solucionarlo ante la autoridad jurisdiccional. El proceso contiene a la litis (3).

(1) Romero. T. II. Ob. cit. pág. 83.

(2) Carnelutti, Sistema, pág. 118 y 362. Estudio D. P. — T. 3 pág. 21.

(3) Alsina. Ob. cit. T. I. pág. 315.

Puede haber una sola litis o acción en cada proceso: el actor cobra una cantidad de dinero al demandado. También pueden haber varias acciones o litis deducidas dentro del mismo proceso contra el demandado: el actor reclama a éste último una cantidad de dinero y le exige el otorgamiento de una escritura. En éstos casos hay una acumulación de acciones.

Puede ocurrir también que el conflicto o la litis se encuentre diseminada en distintos procesos. Así cuando un vendedor ha demandado el pago del precio de venta de un inmueble; y por otra parte, en otro distinto proceso, el comprador del mismo inmueble persigue la rescisión o la nulidad del contrato de compra-venta. La litis es una sola: la vigencia de éste último contrato. Deben acumularse ambos procesos para que sobre ellos recaiga la misma apreciación y decisión. Este es un caso de acumulación de procesos.

Así la acumulación se produce cuando varias acciones se deducen dentro de un mismo juicio y cuando varios procesos se reúnen, para resolver en la misma sentencia, la única cuestión jurídica que hay en todos ellos.

Nuestra legislación, por supuesto admite y norma ambas clases de acumulación en el título XII de la Secc. Ira. del C. de P. C., entre los arts. 247 al 260. Las estudiaremos separadamente.

1.—Acumulación de Acciones.—Consiste efectivamente en una modalidad de la demanda constituida por la interposición en ella conjuntamente de varias acciones.

Clases.—Pero éstas varias acciones deducidas conjuntamente pueden ser:

1) De una única persona contra otra. Así en el ejemplo anteriormente presentado: A, demanda a B para que le abone una cantidad de soles y para que le otorgue una escritura. Es el caso de acumulación objetiva de acciones.

La reconvención, por la que el demandado demanda al actor, es en cierta forma un caso de ésta clase de acumulación (1) pero sujeta a reglas especiales que se expondrán en su oportunidad.

2) De varias personas contra una (litis consorcio activo) o de una persona contra varias (litis consorcio pasivo) o de varias personas demandadas contra varios demandados (litis consorcio mixto). Estos son casos de acumulación de acciones.

Fundamento.—Ambas clases de acumulación (objetiva y subjetiva) de acciones, se fundan únicamente en razones de economía procesal, para evitar, que las diversas acciones que las mismas personas deben plantearse se tramiten en distintos procesos en vez de centralizarse todos en uno sólo.

Carácter.—Como consecuencia de éste fundamento, la acumulación de acciones, tiene el carácter de facultativa para el actor, quien puede o no utilizarla y, de obligatoria para el demandado, quien no puede oponerse mientras esté dentro de las condiciones legales prescritas para su ejercicio.

(1) Alsina. Ob. cit. T. pág. 318.

Acumulación objetiva, art. 247.—Este precepto permite que en una misma demanda pueden acumularse dos ó más acciones, ésto es la acumulación objetiva.

Los requisitos que señalan son:

- 1) Que las diversas acciones acumuladas, no sean incompatibles, art. 247.
- 2) Que la tramitación de ésas acciones estén sujetas al mismo procedimiento, art. 251. Analizamos éstos requisitos.

Incompatibilidad de las acciones.—Consiste la incompatibilidad en: a) que las acciones interpuestas se excluyan entre sí; b) que tales acciones contradictorias hayan sido interpuestas como principales (1).

El antagonismo de las acciones entre sí estudiando el primer requisito, puede provenir (2) de diversas causas:

- 1) De la naturaleza de las obligaciones deducidas: Ejemplo: cuando se demanda a la vez el cumplimiento de dos prestaciones alternativas: que se pague el precio y se rescinda el contrato de compra-venta.
- 2) De la ley. Ejemplo: entablar conjuntamente acciones petitorias y posesorias: la reducción del precio y la rescisión del contrato (art. 1401 del C. C.).

Sin embargo las acciones aunque sean incompatibles pueden deducirse conjuntamente si se formula la interposición de las mismas en forma alternativa, según la segunda parte del art. 247.

Esto es en los casos propuestos como ejemplos, no habría inconveniente para deducir conjuntamente el pago del precio o la rescisión del contrato de compra-venta la reducción del precio o la misma rescisión.

En la doctrina no sólo se admite formular acciones excluyentes en forma alternativa sino en cualquier forma en que las acciones acumuladas se impongan con el carácter de subsidiarias de otra ú otras.

Así en los ejemplos propuestos: puedo demandar la rescisión del contrato y para el caso de que ésta se estimara improcedente, para que se pague el precio. La sentencia no se pronuncia sobre ésta segunda pretensión, sino eventualmente (1) en el caso de que se desestime la primera.

Existe también, el caso de deducir acumulativamente acciones no propiamente incompatibles sino que una es el supuesto de la otra, tal el caso en que se demanda la declaración de filiación y consecuentemente la declaración de herederos como hijo del causante, pues la calidad de heredero está sujeta a que se declare fundada la acción de filiación.

A pesar de que el Art. 247 del C. de P. C., sólo se refiere a la acumulación de acciones incompatibles en forma alternativa, indudablemente que no elimina las otras formas a que nos acabamos de referir subsidiarias y sucesivas, sino que más bien las comprende a todas.

Sujeción al mismo procedimiento.—El art. 251 del C. de P. C., de-

(1) Alsina pág. 321 cit. T. I.

(2) Romero. pág. 406. Ob. cit.

termina éste principio doctrinario al parecer refiriéndose únicamente a la acumulación de juicios y no de acciones, pero en todo caso se trata de un requisito general. Las acciones sometidas a distintos procedimientos no pueden acumularse.

Dentro de éste principio se comprende que no cabe la acumulación a) entre acciones cuyo conocimiento corresponde a distintos fueros.

La competencia es también una cuestión de procedimiento. Por ésta razón no podrían acumularse las acciones civiles y penales que una persona tiene contra otra, aunque procedan del mismo acto, ni las acciones civiles con las derivadas del derecho del trabajo, por corresponderles en nuestro sistema, distinto fuero.

Pero hay una excepción: la competencia por razón de la cuantía. Conforme al Art. 248 pueden acumularse acciones de distinta cuantía.

Según el art. 300 si una demanda comprende varias acciones, la cuantía se fijará por la suma del valor de todas.

b) Entre acciones no sujetas al mismo procedimiento. Siempre con la excepción del procedimiento determinado por la razón de la cuantía del pleito. Así no puede acumularse una acción ejecutiva de pago de arriendos y una de desahucio a pesar de interponerse contra la misma persona y por la misma cosa, porque ambas acciones se tramitan de distinta manera.

Pero puede admitirse una reconvencción de menor cuantía en una de mayor cuantía y a la inversa, caso del art. 301.

Esto está justificado porque no procede que el demandante al interponer su acción altere las disposiciones de orden público que establecen los trámites de las acciones; en el ejemplo, de las ejecutivas y los juicios de desahucio.

Pero ésta regla no se refiere a la tramitación por razón de la cuantía conforme a las reglas al respecto.

Acumulación subjetiva, art. 249.—Esta clase de acumulación de acciones se produce cuando una persona demanda a varias personas, o varias personas demandan a una persona, ó varias personas demandan a otras varias. La pluralidad de actores, de demandados ó de ambos, es lo que determina ésta clase de la acumulación de acciones.

Nuestra ley procesal la admite al señalar en el artículo citado que pueden acumularse las acciones que una persona tiene contra varias o varias contra una, y sin duda también admite el litis consorcio mixto.

Esta clase de acumulación se produce cuando a pesar de ser una la pretensión (1) hay pluralidad de sujetos que la exigen ó a quienes se les exige.

Esto puede prevenir de diversas causas:

1) De una relación jurídica con pluralidad de sujetos. Así los tres herederos de un acreedor demandan el importe del crédito de su causante, o a la inversa el único acreedor reclama a los varios herederos de su deudor, el cumplimiento de la obligación etc.

(1) Alsina. Ob. cit. pág. 326.

Es la acumulación subjetiva propia o simple, que puede ser activa, pasiva o mixta según sean varios los actores, los demandados o ambas partes. (1).

2).—De varias relaciones jurídicas pero íntimamente relacionadas entre sí de tal manera que los diferentes sujetos de esas distintas relaciones pueden ser demandados conjuntamente porque la decisión se refiere a la misma cuestión jurídica.

Pero esta conexión puede provenir:

a) De ser igual la causa en que se funda la demanda: tres damnificados por un mismo hecho ilícito reclaman al responsable la indemnización de los perjuicios ocasionados (activos), o el perjudicado único reclama contra el propietario del vehículo y contra el chofer del mismo la correspondiente indemnización (pasiva).

b) De ser el mismo e indivisible el objeto de la obligación demandada: los varios propietarios de un sólo brillante reclaman su devolución (activa) a una persona o a varias (pasiva o mixta).

Son todos casos de acumulación subjetiva impropia por razón de que puede producirse aún después de interpuesta y aún de contestada la demanda, como acumulación de procesos.

Esta clase de acumulación tiene la característica de que no es meramente dependiente de la voluntad del demandante, sino que se produce la acumulación de los diversos procesos por razón de tal conexidad.

3).—De la ley.—En ciertos casos la misma ley obliga a la demanda conjunta de diversas personas. Así en el C. C., el art. 305 establece que la acción de negación de la paternidad debe entenderse a la vez con el hijo y con la madre; en el C. Procesal el art. 746 que las tercerías deben entenderse con el ejecutante y el ejecutado; en el procedimiento de títulos supletorios que debe seguirse con todos los colindantes del inmueble de que se trata. Es la acumulación subjetiva necesaria o legal, que es siempre pasiva.

II.—Acumulación de procesos.—Consiste en la reunión de varios procesos que se han iniciado independiente y separadamente y que se reúnen para ser resueltos a la vez.

Ya examinado cómo y porque se produce: Hay una sólo cuestión jurídica contenida, aunque bajo diversos aspectos, en los distintos procesos. Es preciso que todos ellos se reúnan para que tal cuestión sea resuelta con el mismo criterio. Sólo así se evitará el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias.

Son claras las diferencias entre la acumulación de acciones y la de procesos: a) por el número de procesos, en la de acciones hay un sólo proceso; y en la de procesos, hay pluralidad de éstos.

2).—En cuanto a su carácter: la acumulación de acciones es facultativa por el actor; obligatoria sólo para el demandado y la de procesos es obligatoria para ambas partes.

(1) Alsina. Ob. cit. pág. 326.

3).—Por el fundamento de uno y otro: la de acciones la tiene en el principio de la economía procesal; la de procesos en la necesidad jurídica y práctica de que una misma cuestión jurídica sea resuelta de la misma manera, con el mismo criterio.

4).—Por el número de sentencias: en la acumulación subjetiva de acciones una sólo sentencia resuelve todas las litis y en la de procesos hay sentencias unidas materialmente, pero que ponen fin a cada uno de los procesos acumulados. (1).

Los requisitos para la acumulación de procesos son: 1). Que la cuestión jurídica que se ventile en los diversos procesos sea una sólo. Según el art. 250: "hay lugar a la acumulación de procesos, siempre que, por la conexión entre los juicios, la cuestión jurídica que se ventila sea sustancialmente una sólo, aunque sean diversas las personas, cosas o acciones".

Esta condición es una consecuencia necesaria de que la acumulación consista precisamente en la atracción que ejercen entre sí los diversos procesos por la conexión que hay entre ellos, y de la necesidad de componer e integrar la litis, el conflicto, a veces esparcido en diversos procesos.

Después de lo ya expresado, sólo se requiere precisar el concepto de conexión entre los procesos que es la causa primordial para su acumulación, o lo que se llama también la continencia de la causa. Nuestra ley en el art. 250 advierte que no se trata de causas que reúnen la triple identidad entre personas, cosas y acciones, más bien aclara que se trata de una conexión entre los procesos producidos por la existencia de una misma causa jurídica ventilándose en todos ellos.

Está bien determinado que no se acumulan los procesos por contener causas iguales (2) sino por ser la misma la cuestión jurídica. Sin embargo hay una conexión por igualdad de causas, en cierta forma una excepción a ésta regla y es el caso de la acumulación de todos los procesos seguidos al quebrado (3).

2).—Que los procesos estén sometidos al mismo procedimiento, art. 251. Anteriormente se ha tratado de éste requisito con cierta amplitud, así que nos remitimos a lo expuesto sobre el particular.

Procedimiento.—El procedimiento para la acumulación de procesos se puede reducir a las siguientes etapas:

1) iniciativa para la acumulación. Puede formularse: a) por cualquiera de quienes son partes en los juicios que se trata de acumular. Esta acumulación se puede imponer por las razones y mientras se reúnan las condiciones ya señaladas.

C) Por el juez de oficio, más bien es una decisión que una iniciativa, sólo en el caso de que los autos que se deben acumular se encuentren girando ante su Juzgado, no ante distintos jueces, por el art. 253: "La acumulación de juicios se decreta a petición de parte; pero si se encuentran en un mismo Juzgado, puede ordenarse de oficio".

(1) Alsina. Ob. cit. T. I. pág. 329.

(2) Romero. Ob. cit. T. I. pág. 418.

(3) L. P. de 2º art. 59.

Se trataría en éste segundo supuesto de un caso de competencia que no puede resolverse avocándose un juez al asunto que otro juez está conociendo, porque sería infringir las reglas generales al respecto según la regla consignada en el art. 68 del C. de P. C.

Al tiempo de solicitar la acumulación o decretarla, según el art. 252: "La acumulación puede pedirse en cualquier estado de los juicios antes de que sean fallados en Primera Instancia, y si son ejecutivos, antes de hacerse el pago".

Se distingue así entre los juicios ordinarios y los ejecutivos. En los primeros puede solicitarse la acumulación en cualquier momento del juicio antes de ser fallados en Primera Instancia. La razón que se invoca (1) es que después de expedida la sentencia ha desaparecido la razón fundamental que sustenta la acumulación de autos, ésto es en evitar que se produzcan sentencias contradictorias.

Pero además, sentenciando el juicio, la acumulación no podría verificarse porque la tramitación es distinta para continuar ambos procesos. En cuanto a la posibilidad de la acumulación en el supuesto de que los procesos estén sujetos a la misma tramitación por estar ambos sentenciados en Primera Instancia y ambos en apelación, apartándose de la autorizada opinión mencionada anteriormente, sería más conforme con la ley, que en el caso de que el Superior encontrara procedente la acumulación, declarara la insubsistencia de los fallos de Primera Instancia a fin de que se produjera la acumulación y se pronunciara una nueva sentencia que comprendiera los diversos procesos.

La excepción respecto a los juicios ejecutivos consiste en que éstos pueden ser acumulados mientras no se haya efectuado el pago. Tiene su apoyo en el carácter de dichas sentencias que constituyen ejecutorias pero no cosa juzgada, desde que pueden ser contradichas en la vía ordinaria y en el fundamento, tantas veces repetido, de la acumulación de procesos.

2).—**Juzgado al que debe solicitarse la acumulación.**—Establece el art. 255: "Si los juicios se siguen en diferentes Juzgados, se pedirá la acumulación ante el Juez a quien corresponde continuar conociendo de ellos.

"Corresponde ese conocimiento al Juez que conoce el juicio más antiguo".

La regla es que debe hacerse ante el juez que conoce del juicio más antiguo, si se siguiere ante diversos juzgados los juicios que deben acumularse. La antigüedad debe establecerse por las reglas conforme a las cuales la jurisdicción acumulativa se convierte en exclusiva, o sea por la prevención, producida por la citación al demandado hecha por un juez antes que por otro de igual clase y jerarquía.

3).—**La tramitación de la acumulación.** art. 256.—Cuando se trate de la acumulación decretada de oficio, el juez la ordena sin trámite alguno. Contra dicha resolución cabe el recurso de oposición y los demás recursos legales.

(1) Romero Ob. cit. T. I. pág. 424.

El procedimiento para la acumulación a pedido de parte tiene las siguientes fases: a) del pedido de acumulación se corre traslado a los que son parte en los juicios que se trata de acumular. Esto se hace en cuerda separada, art. 259.

b) Pasados tres días, con contestación o sin ella y en éste último caso en rebeldía, el juez solicita aunque la ley dice que, puede solicitar, que se le remitan los procesos a que se refiere el pedido de acumulación.

c) Pronuncia resolución declarando fundado o infundado el pedido de acumulación.

d) Este auto es apelable en doble efecto, pero de la resolución de vista no hay recurso de nulidad.

e) Consentido o ejecutoriado el auto de acumulación el juez que lo expidió comunicará lo resuelto al otro juez (art. 254). El juez a quien se pide autos que deben acumularse no puede oponerse a la remisión ni promover competencia (art. 258).

Son efectos de la tramitación de la acumulación: a) suspender los juicios más avanzados para que todos lleguen al mismo estado continuando entonces como uno sólo, (art. 254); b) durante la tramitación de la acumulación no se suspende los juicios para ninguno puede sentenciarse mientras el incidente de acumulación no termine (art. 259).

Desacumulación.—En el caso de haberse deducido copulativamente varias acciones que no reúnen los requisitos ya tratados para ser acumulados, procede la desacumulación. Pero esta no constituye sino una oposición a la acumulación que debe tramitarse como incidente.

III.—TRASLADO DE LA DEMANDA .—NOTIFICACIONES.—TERMINOS.

Admitida la demanda se corre traslado al demandado de conformidad con el art. 309 el C. de P. C. Este acto tiene los efectos que produce la demanda interpuesta con todos sus requisitos y que se han estudiado en el capítulo anterior.

El auto por el cual se corre traslado de la demanda debe ser notificado al demandado con especiales formalidades. El término para absolver el trámite es de 10 días conforme al art. 320 del C. de P. C.

Por lo mismo se debe analizar en ésta oportunidad las cuestiones referentes a las notificaciones y a los términos.

Así se podrán comprobar y precisar las reglas referentes a la notificación de la demanda y al término para absolver el traslado de la misma, y en general las reglas procesales respecto de una y otra cuestión.

A).—NOTIFICACIONES:

Por notificación se entiende el acto solemne mediante el cual se hace saber a los litigantes y a terceros las resoluciones judiciales. En primer lugar se indica en ésta definición: a) que es un acto solemne para indicar que debe revestir determinadas formalidades para surtir efecto.

Precisamente el estudio de esas formalidades en general y especialmente de las formalidades que debe revestir la notificación del traslado de la demanda han de ser materia de esta exposición.

b).—En la definición se indica que la notificación es la forma de hacer conocer las resoluciones judiciales. Esta regla tiene un fundamento en el principio de contradicción que impera en el juicio ordinario. Por otra parte sirve para que la persona contra la que se ha dictado alguna resolución judicial pueda ejercitar los derechos que la ley le confiere respecto de la misma o someterse a su cumplimiento.

Deben distinguirse los términos, citación, emplazamiento y requerimiento aunque sobre todo los dos primeros sean frecuentemente empleados como sinónimos y nuestra misma legislación se refiere en muchos casos aunque impropriamente a la "citación con la demanda".

Por citación debe entenderse en general el acto por el cual el juez ordena la comparencia de alguien al propio Juzgado ya sea personalmente ó por apoderado.

Así se trata de una citación el llamamiento para prestar confesión o reconocer documentos, para asistir a una diligencia de inspección o a actuaciones de pruebas testimoniales.

El emplazamiento es una forma particular de la notificación por el cual el Juez haciendo conocer al demandado la acción entablada contra él le obliga a ponerse a derecho.

Los efectos del emplazamiento son trascendentales porque en virtud de él se constituye la relación procesal y a ése momento hay que retrotraer tanto los hechos en que se funda la demanda como la norma existente, en el momento de sentenciar. Esto es que los hechos y el derecho que debe tenerse en cuenta son los que se habían producido o existían en el momento de producirse dicho emplazamiento.

Por esto es que el emplazamiento entre nosotros está sujeto a formalidades especiales establecidas particularmente por el art. 310, según el cual la notificación del traslado con la demanda debe notificarse al demandado aunque tenga apoderado conocido, salvo en dos casos: a) cuando tiene facultad especial para ser citado con nuevas demandas; b) cuando se ha solicitado el nombramiento de conformidad con el art. 122; c) en casos expresos como en la tercera.

El requerimiento constituye en cambio otra forma de notificación por la cual se ordena absolver un trámite procesal o hacer, no hacer o entregar algo, bajo la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento. La facultad para proceder en ésta forma se encuentra en la vocatio, facultad contenida dentro de la jurisdicción y que consiste en el atributo de constreñir a las partes al cumplimiento de ciertos trámites legales; oportunamente se estudiarán las diferentes sanciones o apremios que pueden imponerse conforme a nuestra legislación.

La importancia de las notificaciones es indudable desde que: a) por medio de la notificación las partes llegan al conocimiento recíproco de los actos de los jueces y de la parte contraria, y de terceros dentro del procedimiento.

Esta es una condición, como ya se ha indicado, del principio de contradicción que rige dentro del proceso civil y desde que no existe comunicación directa entre las partes litigantes; solo en esta forma es posible el

control de los actos de todas las personas que intervienen en un proceso con el fin de que éstos se arreglen a derecho.

Sólo así también es posible el cumplimiento de las resoluciones judiciales que son la finalidad del proceso.

b) Porque nada de lo resuelto tiene efectos mientras no se haya hecho conocer a las partes, mientras no se le haya notificado no corre término para hacer uso de los recursos que la ley franquea.

Aún en el caso de seguirse el juicio en rebeldía se tiene al rebelde por notificado el mismo día que se ha expedido la resolución.

c) Por la particular importancia que tiene dentro del procedimiento escrito de nuestro juicio ordinario. Pues es claro que dentro de un sistema oral o mixto donde las actuaciones del proceso se actúan con la concurrencia de las partes o de sus representantes y defensores, ellos conocen en el mismo acto, los pedidos y las resoluciones; pero dentro del procedimiento escrito donde unos y otros se presentan y expiden fuera de la presencia de una de las partes, la notificación constituye el único medio de hacer conocer tanto los pedimentos como las decisiones del Juzgado.

De aquí se deduce la importancia dentro de un buen procedimiento del sistema de notificaciones que se adopte y sobre todo de que se cumplan cualquiera que sea éste, las reglas establecidas para mejor garantía de los derechos que se litigan.

Personas que deben ser notificadas.—Conforme a lo expuesto debe notificarse a todas las personas que intervienen en un litigio. Pero varían las reglas cuando se trata de los propios litigantes y cuando se trata de terceras personas.

Sistemas para notificar.—Los sistemas para notificar o sea el régimen establecido para cumplir con la obligación de hacer llegar al conocimiento de las partes o de terceros las resoluciones judiciales pueden agruparse en dos: a) medios ordinarios, esto es los que se emplean en general o comúnmente y cuando no hay circunstancias especiales que obliguen a un tipo de notificación también particular. Entre éstos se puede considerar de dos formas:

- 1) La que establece que el **litigante** debe ir a la sede del Juzgado o Tribunal para enterarse de las resoluciones que se expidan dentro el juicio. Es el sistema de la tabla, una relación colocada en el local del Juzgado que expresa todas las resoluciones que son expedidas en los juicios. Se exceptúan sin embargo la notificación del emplazamiento y a veces otras que tienen particular trascendencia. Este sistema de la tabla que existe en varios países supone que la primera notificación se haga por cédula. Siempre que se ha tratado de establecerlo entre nosotros se ha invocado que se trata de un sistema absolutamente fuera de nuestras costumbres. Es indudable, sin embargo, que el sistema evita la omisión de las notificaciones, pues éstas se consideran practicadas desde el momento que aparecen en la tabla, las que son publicadas bajo la firma de funcionarios competentes y quedan debidamente archivadas.

- 2) La que establece que el Juzgado vaya al domicilio del demandado para notificarlo. Dentro de éste sistema hay varios matices referentes a los medios empleados para la remisión de las notificaciones; éstos son los sistemas de remisión por correo y de la entrega de la cédula de notificación por el personal designado al efecto.

El sistema de remisión de la cédula por correo, existente en Francia, Italia y España, supone un buen servicio al respecto tanto en cuanto a la puntualidad como al esmero en la entrega de las notificaciones. En cambio el sistema de la entrega de la cédula por el personal del Juzgado si bien garantiza la oportuna entrega de la misma, se presta a diversos abusos.

b) Los medios extraordinarios para notificar son aquellos que solo proceden en casos especiales y están constituidos entre nosotros por los siguientes: notificación por cedulón, notificación por oficio, notificación por exhorto, notificación por periódicos y notificación por carteles. Nos ocuparemos tanto de los medios ordinarios como extraordinarios establecidos en nuestra legislación.

Notificación por cédula.—Es el sistema corriente establecido entre nosotros que consiste en hacer saber las resoluciones judiciales por medio de una esquela que contiene el texto de la resolución y que es entregada en el domicilio correspondiente por los funcionarios designados por la ley.

Estas últimas personas son el escribano actuario en Primera Instancia y el escribano diligenciario en las Cortes. Estrictamente las notificaciones se hacen solo bajo la responsabilidad de éstas personas pero por diversas razones se ha establecido la corruptela de que las cédulas sean entregadas por las personas que designan los escribanos.

Contenido de la Cédula.—Está establecido en el art. 137 del C. de P. C. La cédula debe contener: 1) el nombre de la persona a quien se dirige; 2) indicación del objeto del pleito, de los litigantes que lo siguen y del Juzgado; 3) La transcripción de la resolución que se notifica; 4) fecha de la notificación; 5) firma del actuario o del diligenciario en su caso.

Forma de la Cédula.—Conforme al art. 138 del C. de P. C. las notificaciones deben hacerse: a) en papel común. Durante algún tiempo las notificaciones se hicieron en papel sellado de 0'05 centavos. Posteriormente se substituyó este sistema por la obligación de adherir timbres por este mismo valor a cada una de las constancias de notificaciones que se ponen en el expediente. b) debe escribirse la cédula con caracteres claros y legibles, apesar de estar generalizado el uso de la máquina de escribir, la regla no deja de tener aplicación.—c) Sin emplear guarismos, esto es escribiendo en letras las cifras y fechas que contenga.

Lugar donde debe entregarse la cédula.—Se deben distinguir los casos en que se trate de notificación a las personas físicas y a las personas jurídicas.

En el primer caso, a las personas físicas se les debe entregar las cédulas de notificación:

- 1) En el domicilio designado en autos, art. 144. Sabemos que existe la obligación de la designación de domicilio en el primer escrito que se presenta al Juzgado y las demás modalidades de ésta prescripción legal por lo que nos referimos a lo dicho anteriormente sobre el particular. Esta designación de domicilio tiene solo efectos procesales.
- 2) En la casa donde habita la persona a quien se notifica en el lugar del juicio. Sólo se puede hacer en este lugar las notificaciones en defecto de la designación anterior; esto es estrictamente cuando se trata del emplazamiento y mientras la parte no ha comparecido en el juicio.
- 3).—Donde se encuentre la persona que se ha de notificar, art. 149. Esto solo rige mediante dos condiciones: a) que se ignore la habitación de la persona; y b) que se conozca el lugar de su residencia. Indudablemente que en ésta parte el Código de Procedimientos no hace una distinción precisa entre habitación y residencia, pero aplicando los distingos generales se comprende que se trata del caso en que se conozca el lugar donde se encuentra la persona pero no la casa donde habita; c) que no haya domicilio designado en autos. Esto es que también se trata de un medio supletorio, pues tiene preeminencia en todo caso el lugar designado en autos.
- 4).—En la oficina de trabajo, art. 147. En este caso la condición que se requiere es que se encuentre presente la persona a quien se debe entregar la cédula. En otra forma la cédula sería entregada no, por el funcionario que la ley designe sino por una tercera persona, tales como el jefe de la oficina o cualquier otro empleado.
- 5).—En el local del Juzgado, art. 147. Se requieren las mismas condiciones del supuesto anterior.

En el segundo caso tratándose de notificación a las personas jurídicas, según el art. 145 deben practicarse las notificaciones en el siguiente orden:

- 1) En el domicilio designado en autos, que siempre tiene preeminencia sobre cualquier otro lugar conforme ya se ha explicado.
- 2) En la oficina de la institución, solo en defecto de la anterior que por una ficción se considera la habitación de la persona jurídica.
- 3) Y tambien subsidiariamente, si no tiene oficina en el lugar del juicio, en la casa donde habita el representante con quien debe entenderse la notificación.

Personas a las que debe entregarse le cédula.—art., 144.— En primer lugar debe entregarse la cédula al interesado. Pero nuestra legislación no exige la notificación personal, salvo en el caso de notificarse en el centro de trabajo. La notificación personal apesar de sus ventajas no está tampoco exenta de inconvenientes por la dificultad real o ficticia de encontrar al interesado.—En caso de que el interesado no esté presente la cédula puede entregarse a la persona adulta que se halla en la casa, prefiriendo a los miembros de la familia. Hay que reaccionar contra el inveterado desconocimiento de las garantías que la ley señala para notificar.

Puede presentarse el caso de negativa a recibir la cédula (art. 146) en cuyo caso, como en los que después indicaremos, se recurre a colocar la notificación en la puerta de la casa y se deja la respectiva constancia en autos.

Forma de notificación.—La notificación puede hacerse por la simple entrega de la cédula o con dicho.—Art. 140

La forma común de notificar es sin que se exprese el dicho del interesado. Este debe hacer sus manifestaciones por escrito. Sólo puede tomarse el dicho en los casos que señala el art. 140, y con previa autorización del Juez. Los casos son: 1) el de embargo de bienes poseídos por terceros, tal la retención de rentas; 2) cuando se trata de mandatos a personas extrañas al juicio para que entreguen a exhiban algo; 3) cuando hay autorización del juez.

Plazo para notificar.—Art. 142.—Las notificaciones según este precepto legal debe hacerse dentro de ciertos términos. Deben notificarse las resoluciones el mismo día de expedidas, excepto las sentencias que pueden deferirse hasta el tercer día.

Como en los demás casos en que el C. de P. C. señaló plazos de esta naturaleza, ellos no se cumplen en la práctica.

Notificaciones especiales.—1) **Notificación por cedulón.**—Art. 146.—Consiste en pegar la cédula de notificación en la puerta de la casa señalada como domicilio. Es un medio subsidiario de notificar pues solo procede si las personas mencionadas en el art. 144, se niegan a recibir la cédula, si no hay con quien entenderse o la casa se encuentra cerrada. La jurisprudencia ha aclarado que solo procede esta forma de notificar si se verifica la diligencia en el lugar fijado como domicilio por la persona a quien se notifica. Así pues mientras no haya domicilio señalado en autos no procede notificar por cedulón.

El actuario deberá hacer constar el hecho al asentar en los autos la respectiva constancia de la notificación.

2) **Notificación por exhorto.**—Arts. 156-157-158.—Procede en los casos en que hay que notificar a persona que se encuentra fuera del lugar del juicio y a distancia que no le permita hacerla el actuario de la causa o el diligenciarlo por lo que hay que comisionar a otro juez o a los funcionarios diplomáticos o consulares del Perú en el extranjero para que verifiquen la diligencia. Esta comisión se confiere por medio del exhorto. Junto con él se acompaña la cédula y recaudo que deben ser entregados a la persona que se va a notificar.

3) **Notificación por periódicos.**—Consiste en la publicación de la cédula de notificación en el periódico designado al efecto.

Procede en diversos casos: a) Cuando se ignora la habitación de la persona que debe ser notificada pero se conoce el lugar de su residencia (art. 149).

b) A las personas inciertas y desconocidas (art. 150).—Según la Exp. de Motivos del C. de P. C. debe entender por inciertas las personas

que se duda hayan tenido real existencia pues se les menciona con expresiones muy generales o vagas; y, son personas desconocidas, aquellas de existencia cierta pero de las que no se ha tenido conocimiento en el lugar del juicio. Por lo mismo no se trata de personas respecto de las cuales existe una forma de proveer a su representación; tales los ausentes y los posibles herederos de una persona fallecida, pues hay procedimientos especiales para la representación de ausentes y de sucesión intestada, esto último mediante el nombramiento de defensor de herencia.—

c) A los litigantes contra los que se sigue el juicio en rebeldía sino residen en el lugar.— art. 15. Se trata de las pocas ocasiones en que el rebelde debe ser notificado.

d) Cuando se notifique a más de diez personas con un derecho común.— art. 151. En estos casos de litis consorcio se notificará por el periódico a los que lo componen, con excepción de uno de los litigantes por cada diez o fracción de diez, que deberá ser notificado en la forma ordinaria. Para este último debe preferirse a los que se han apersonado en autos.

Procedimiento —Art. 153. Para la notificación por periódico se requiere resolución judicial que se expide previa razón del actuario en los casos de ignorarse la habitación de la persona a quien debe notificarse o de personas inciertas o desconocidas. La razón debe contener, para que se decrete esta forma de notificar, la afirmación de que ha hecho infructuosamente las averiguaciones del caso sobre el domicilio de la persona. Sólo en atención a esta razón se accede o deniega la notificación por periódicos.

Forma y término.—Arts. 152-160- y 163.—La publicación debe contener la transcripción de la notificación y del proveído que ordena hacerla por el periódico.

Las publicaciones deben hacerse por tres veces, salvo cuando se trata de personas inciertas o desconocidas las que se hacen no por treinta días como lo preceptuaba el art. 160 sino por 20 días según la ley 6,607 de 9 de marzo de 1922 que redujo el término fijado por el Código Procesal.

Las publicaciones se hacen en la Capital de la República en el diario el "Peruano" y en los demás lugares en el lugar que debe designar la Corte Superior respectiva, cada año (art. 162).

Terminadas las publicaciones el actuario agrega las ediciones del periódico al expediente sin necesidad de mandato judicial (art. 155).

El término comienza a correr a partir del día siguiente al de la última publicación (art. 154) salvo cuando se trate de personas inciertas o desconocidas en cuyo caso se cuenta después de transcurrido el término de la mayor distancia dentro de la República.

4) **Notificación por carteles.**—Art. 164.—Procede en los casos en que deben hacerse las notificaciones por periódicos cuando no hay periódico diario dentro de la localidad.

Los carteles se colocan en tres sitios públicos que designa el juez.

Vencido el término los carteles deben ser incluidos en el expediente, anotándose en ellos los días que han permanecido fijados (art. 155).

El término se computa a partir del día siguiente al último que ha permanecido fijado, salvo el caso del art. 160 para las personas inciertas o desconocidas

III.—TERMINOS

Concepto.—Según una definición que es ya clásica, (1) en derecho procesal se entiende por término el período de tiempo durante el cual se permite, prescribe o prohíbe practicar determinado acto procesal. Posiblemente se podría reducir la anterior definición de término, así: tiempo durante el cual deben ejecutarse los actos procesales.

Hay varias ideas que aclarar en la definición, y también justificar la existencia y destacar la importancia de los términos.

En primer lugar estamos empleando la palabra "término".—En extricto empleo del vocablo hay una distinción con "plazo". El término es el comienzo o el fin del plazo. Por ésto es que hay términos inicial y final. Plazo es el tiempo que transcurre entre uno y otro, pero en nuestra legislación se emplea indistintamente ambos vocablos para designar el tiempo dentro del cual debe ejecutarse los actos del procedimiento.—En segundo lugar, se dice en la definición que dentro del plazo deben ejecutarse los actos, en forma imperativa, para indicar que los actos procesales para tener eficacia y validez, deben tener lugar dentro del espacio de tiempo que la ley ha señalado para la ejecución del mismo.— Esto constituye el requisito de la oportunidad que deben reunir los actos procesales.—La extemporaneidad en su ejecución los hace susceptibles de ineficacia.

Está justificado que existan los términos procesales: 1) lo exige la necesidad de que avance el proceso. Mientras no hay un plazo para absolver los trámites, esto podría hacerse en cualquier tiempo o jamás, produciéndose el estancamiento de los juicios. Esto es que sería imposible sin fijación de término, la preclusión, o sea el cierre o clausura de una etapa procesal por la que inmediatamente le sigue y que permite que el proceso avance.— 2) También exige fijación de términos la necesidad de evitar la arbitrariedad desde que cada parte trataría de obtener para ella los términos más o menos dilatados según su conveniencia. Es preciso que la ley los determine prudencialmente, teniendo en consideración no la mayor ó menor diligencia de las partes y aún de los jueces, sino el plazo que ordinariamente puede requerirse para absolver los diversos trámites.

La importancia pues de los términos procesales es evidente desde que de ellos depende la suerte de los derechos sobre los que se litiga desde que deben ejercitarse dentro de los plazos que la ley procesal prescribe.-

Clasificación de los términos.—Los términos pueden ser clasificados:

1) según su origen en:

- a) Términos legales ó sea los que emanan de la ley.— Así los términos de diez días para contestar la demanda (art. 309), de seis días para interponer excepciones (art. 318), el término probatorio (art. 348), los términos para interponer los diversos

(1) Garsonnet. T. 2º pág. 198.

recursos (arts. 1089, 1093, 1124). Se trata de términos imperativos, en el sentido de que no pueden ser modificados ni por convención entre las partes, ni por el juez.

- b) Términos judiciales, ó sea los que fija el Juez. Generalmente, no se refieren como los anteriores a marcar las etapas del juicio, sino más bien a alguna actuación dentro del proceso como la presentación del dictamen por los peritos.—Precisamente, como es muy variable la dificultad que se presenta en cumplimiento de algunos cometidos, se dejó al juez la facultad de apreciarla en cada caso particular y fijar, según ésta, el término necesario para su ejecución.

Estos no son susceptibles de ser alterados por la voluntad de las partes quienes pueden sin embargo, obtener del juez una modificación de dichos términos, mientras la resolución que los determina no esté ejecutoriada.

Tales entre nosotros, la designación del número de días de suspensión del juicio por impedimento de la parte (art. 175), del plazo dentro del cual los peritos deben presentar su dictamen (art. 493), el que se fija para actuación de pruebas que no se actuaron dentro del plazo ordinario por impedimento no removible por la parte (art. 351). El término probatorio en Segunda Instancia (art. 1105). Los casos en los que los jueces pueden ejercer esta facultad están establecidos en la ley.

- c) Convencionales, ó sea fijados por acuerdo entre las partes. Conforme al art. 128 del C. de P. C., se permite que las partes convengan ciertos términos. La característica de éstos es que ellos no alteran las normas procesales de orden público y así no podrá pactarse anticipadamente sobre plazo distinto a los que establece la ley para contestar la demanda, deducir excepciones, ofrecer ó actuar pruebas, apelar etc. Estrictamente solo se trata de una suspensión del procedimiento acordado por las partes, así como diferir la sentencia mientras se negocia una transacción, la fecha para un remate, etc.

Estos plazos convencionales, pueden hacerse valer judicialmente, según la última parte del artículo citado.— Se le dá así validez y eficacia a éstos acuerdos.

2) Por sus efectos los términos se clasifican en: a) comunes, aquellos que se computan para todas las partes igualmente desde el día siguiente al de la última notificación hecha, tal en nuestra legislación, el término de prueba (art. 171).— b) individuales, los que corren para cada parte, con prescindencia de las notificaciones hechas a los demás, aunque formen un litis consorcio. Así cualquiera de los otros términos establecidos por nuestro C. de P. C.—

3) Por las circunstancias de su concesión se clasifican los términos en: a) ordinarios y, b) extraordinarios, según que se concedan en circunstancias comunes ó en circunstancias extraordinarias; los que sólo se conceden en determinadas condiciones.— Así después del término de prueba del juicio ordinario que puede ser prorrogado hasta 50 días, si hay probanzas oportunamente ofrecidas pero no actuadas por impedimento que la parte

no ha podido remover (art. 351) se puede conceder, a solicitud de parte, un plazo adicional, extraordinario, de diez días más para la actuación de dichas probanzas.

4) Por su extensión los términos se dividen en:

a) Prorrogables, ó sea aquellos que admiten una mayor extensión. Pero esta prórroga solo se concede bajo las siguientes reglas:

- 1) Debe solicitarse antes de vencerse el término ordinario (art. 177).
- 2) Los jueces pueden concederla solo una vez (art. 176).
- 3) Sólo procede la prórroga de ciertos términos: art. 176 a) de los términos judiciales señalados por los jueces en defecto de la ley; y b) de los legales que la ley determina como susceptibles de prórroga.

La ley solo señala como prorrogables los términos para contestar la demanda, replicar, expresar agravios y fundar el recurso de nulidad. Los términos señalados por meses o años son improrrogables (art. 173).

- 4) El plazo de la prórroga no puede ser mayor que el término prorrogado art. 177, in fine, salvo que la ley expresamente lo establezca como sucede con el término probatorio que es de diez días prorrogables a 50 días (art. 348 C. P. C.).
- 5) El cómputo de la prórroga se hace contando el término de esta a continuación del prorrogado, esto es desde el día siguiente al que expira el término prorrogado y automáticamente, prescindiendo de la notificación que concede la prórroga; alterando la regla general de que los términos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación y aunque la notificación de la providencia que concede la prórroga o la notificación de ésta sea de fecha posterior. (178). Eso es que si el término vencía el día 10 la prórroga corre desde el día 11, aunque el proveído que la concede se haya expedido el día 15 y se haya notificado el día 18.

5) Por su naturaleza los términos se clasifican en: a) comunes y b) de la distancia.

Son términos comunes para el efecto de esta clasificación, aquellos que se aplican a los actos procesales que deben practicarse en el mismo lugar donde se sigue el juicio. Así de ellos hemos tratado anteriormente. Aquí se nota el defecto de éstas clasificaciones en los que propiamente no hay entre sus diversos términos la debida diferenciación que exigen los principios lógicos en una clasificación.

También hemos considerado bajo la denominación de términos ordinarios los que no se conceden en circunstancias y bajo condiciones excepcionales.

Término de la distancia, es en cambio, el que se aplica a los actos procesales que deben realizarse fuera del lugar donde se tramita el pleito; así el emplazamiento de un juicio entablado en un lugar que deba ser

notificado en otro ó la actuación de diligencias en distinto lugar del juicio.

Las características del término de la distancia están constituidas por ser un término especial de carácter suplementario:

a) Es especial, porque sólo procede en los casos que determina la ley art. 179.— Este precepto legal al hacer tal afirmación se está remitiendo a disposiciones dispersas en el C. de P. C. y en el C. C. (1). Esto es especialmente a los casos en que: 1) deben practicarse actuaciones judiciales fuera del lugar del juicio, ya sea dentro del país o en el extranjero.—2) Siempre que medie distancia mayor de 15 Kms. entre el lugar del juicio y aquel en que debe realizarse el acto procesal.—3) En los casos de notificaciones a personas inciertas ó desconocidas según el art. 160 del C. de P. C.

b) Es suplementario, porque al término ordinario se agrega el de la distancia.— Art. 180.— En estos casos en que deben practicarse actuaciones judiciales fuera del lugar del juicio, es claro que sería injusto que fuera igual al que corre para las personas que están en el mismo lugar del juicio. Es preciso atender a ésta situación otorgando un plazo mayor que se añada al ordinario y que esté en relación con la distancia que haya entre ambos lugares.— Se rigen estos plazos por una tabla que formula periódicamente, cada cinco años, la Corte Suprema, a fin de que vaya acomodándola a las circunstancias que rigen en cuanto a las comunicaciones. art. 181.— En ésta Tabla se fija un término que debe contarse doble al computar el término para que sea el plazo de ida y vuelta entre ambos lugares.

Existen reglas para casos particulares en cuanto a la concesión del término de la distancia, especialmente al tratarse del término probatorio y de las que nos ocuparemos al estudiar esa etapa del juicio ordinario.-

Siendo estas las condiciones para la procedencia del término de la distancia, resultan claras sus diferencias con los términos prorrogables: a) estos se conceden posteriormente al prorrogado cuando se considera insuficiente, y el de la distancia, conjuntamente con el término ordinario (2) y también porque no rige proporción alguna entre el término de la distancia y el ordinario como sucede en la prórroga de los términos. La proporción se fija con la distancia.— b) Se diferencia del término extraordinario en que las condiciones para concederse uno ú otro son distintas según aparece de lo que llevamos expuesto.

Cómputo de los términos.—Las reglas para el cómputo de los términos son los siguientes: 1) Los términos se cuentan por días. Art. 172.— Tanto los términos legales como los judiciales (art. 160) ó sus prórrogas se computan por días y no por horas.— Sin embargo se exceptúan de esta regla (2a. parte del art. 172) los términos de la distancia y los fijados por meses ó años. Tales los términos para el abandono (art. 269 del C. de P. C.).— 2) Sólo se cuentan los días hábiles art. 172.—Son días hábiles todos aquellos en que no se suspende el despacho. (3) según la L. O. del P. J.—(Art.

(1) Arts. 17, 58, 160, 187, 229, 318, 320, 353, 644, 937, 1058, 1101, 1105, 1115, 1139 y 1221 C. P. C. 738 y 1367 C. C.

(2) Alsina Ob. cit. T. I. pág. 774.

(3) L. O. P. J. art. 246 y siguientes.

167.— Sin embargo dentro del período de vacaciones judiciales pueden hacerse las publicaciones por periódicos o carteles, ordenadas dentro del tiempo hábil comenzando a correr el término a la apertura del nuevo año judicial (1). También hay, excepciones, porque el art. 168 permite a los jueces habilitar los días (y también las horas) inhábiles para la actuación de diligencias, con tal que estas sean urgentes, y cuando la dilación ocasionaría perjuicio grave al interesado. Contra esta resolución no cabe recurso alguno.— Esto es que no hay recurso contra la resolución que decreta la habilitación ni contra la que deniega. Sin duda el precepto es demasiado riguroso. Puede admitirse que no existe la posibilidad de recurso contra la resolución que decreta la habilitación de días inhábiles porque podría ser una forma de frustrar diligencias urgentes, y por que la apreciación de su urgencia y gravedad se ha dejado al criterio judicial; pero de ninguna manera contra el auto que la deniega; salvo que la urgencia y la dilación consecuente a la tramitación de la alzada, se consideren incompatibles.

3) Los términos comienzan a correr desde el día siguiente al de la notificación de las partes a quien se refiere. (Art. 170) con excepción de los términos probatorios, justificada porque podría prestarse a ciertas maniobras para que una parte no tuviera la oportunidad de rebatir mediante el ofrecimiento de pruebas, las que ofreció la contraria aprovechando de una tardía ó posterior notificación de la recepción a prueba.

Con esta regla se establece también el día desde el cual y hasta el cual deben contarse los términos.— Siendo la regla que el día de la notificación quede excluido del cómputo del término y que el último día queda incluído.

Deberán sin embargo considerarse las excepciones en los casos de notificaciones a personas inciertas ó desconocidas.

Interrupción y suspensión de los términos.—Art. 174.—La diferencia entre ambos está en que la interrupción deja sin efecto la parte de término que había transcurrido, y que debe volver a contarse de nuevo: mientras que en el caso de suspensión se suma a la porción corrida la que transcurre después de la suspensión sin comenzar un nuevo cómputo.

Pero el léxico de nuestra legislación procesal y también en la legislación sustantiva confunde ambos términos.

El art. 174 dice que los términos "se interrumpen" en casos que son más estrictamente hablando casos de suspensión, según lo anteriormente expresado.— Los casos que señala son; En cuanto al juez: 1) en los días que el juez no asiste a su despacho. En los días que no funcionan las Mesas de Partes de las Cortes especialmente durante el período de vacaciones judiciales y en las tardes de los sábados no se trata de días inhábiles en los que se suspenden los términos, sino más bien de no atención al público.—

2) En los casos en que el juez se encuentra legalmente impedido de conocer el pleito. Esto es en los casos de suspensión ó pérdida de la jurisdicción conforme a la L. O. del P. J.

(1) L. O. P. J. art. 258.

3) En lo que respecta a las partes, no corren los días en que la parte se ha encontrado incapacitada para seguir el juicio por causa de enfermedad grave, duelo por cónyuge, ascendiente ó descendiente ó incomunicación por motivo de prisión, epidemia, guerra ú otro hecho análogo.— El impedimento de la parte debe comprobarse sólo si no es notorio.— Si se hace la comprobación con certificado médico éste está sujeto al pago de S/. 4.50 de timbres que fija la ley 13047. También puede acreditarse mediante la investigación que crea suficiente el juez. (Art. 175.

El juez fija prudencialmente el número de días de la interrupción y ésta solución es apelable solo en el efecto devolutivo.

Los casos de suspensión están determinados en la ley, tal el término para el abandono que se interrumpe por cualquier recurso que se presenta durante el transcurso del mismo.

Cómputo del término para la diligencias.— Las reglas al respecto se pueden reducir a estas:

- 1) Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles ó habilitados.—Art. 165.

El juez puede sin embargo habilitar otras horas para las diligencias bajo las mismas condiciones señaladas para la habilitación de días (art. 168).

- 2) Deben practicarse dentro de 30 minutos de tolerancia de la hora señalada, art. 183.— Se considera inasistente a una diligencia a la persona que no comparezca hasta 30 minutos después, de la hora señalada.— Esto es la media hora de tolerancia que produce fatal pero necesariamente el atraso de las actuaciones judiciales.
- 3) Sólo se cuentan las horas hábiles de los días hábiles o habilitados. Art. 165.—Sólo son horas hábiles las que median entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde.—Esta regla puede aplicarse al cómputo de los términos en cuyo caso los días quedarían reducidos a éstas doce horas, lo que equivale a computar los términos por hora y no por días, como lo expresa la ley; ó pueden también aplicarse a sólo las actuaciones judiciales. Así un recurso de apelación de sentencia podría presentarse el quinto día no sólo hasta las 6 de la tarde sino hasta las doce de la noche.— Muchas veces no se dá ésta última interpretación y los litigantes inquietan después de las 6 de la tarde si se ha presentado o nó el recurso cuyo término estaba en el último día suponiendo que no puede ser presentado después.— Esto no parece exacto. Las horas hábiles sólo existen en nuestro sistema para la actuación de las diligencias judiciales, y salvo que se sostenga que la presentación de recursos constituye una diligencia judicial, lo que no es admitido por la doctrina (1) no podría admitirse que vence a las de la tarde el término para su admisión.

(1) Manresia. Ob. cit. T. I. pág. 599.

IV.—EXCEPCIONES

Dentro del esquema que hemos formulado del juicio ordinario, se ha hecho notar que las excepciones no constituyen una etapa necesaria dentro del juicio. Sin embargo la frecuencia con que se emplean y su trascendencia dan al tema que abordamos una particular importancia.

Noción.— En primer lugar debemos decir que las excepciones tienen dos significados ó acepciones: 1) Medios generales de defensa referentes al derecho material; 2) Medios de defensa atinentes a la forma de ejercitar una acción, que constituye la excepción procesal.

Historia.—Las excepciones son instituciones de derecho pretoriano. Como todas éstas trataron de atemperar el rigor del derecho estricto con la equidad. Concedieron los pretores a los demandados ciertos recursos de defensa general. Posteriormente sin duda por la circunstancia de la reducción que significa el sistema extraordinario respecto del sistema formulario (1) en cuanto un magistrado único interviene en todo el proceso estos medios a favor del demandado se distinguieron bajo el nombre genérico de defensa las que podrían emplearse de oficio y las que debían ser empleadas por el demandado; estos últimos se llamaron excepciones. Aun hoy en el derecho francés se distingue entre defensa y excepciones. De éstas excepciones: a) unas atacan el derecho, otras la forma, estas son, las excepciones propiamente procesales. Están legisladas por el C. de P. C.— Son siempre cuestiones de previo pronunciamiento. Aunque se resuelvan en una sentencia tienen éste carácter pues deben decidirse y resolverse antes del fondo de la cuestión controvertida, del derecho alegado. Pero hay diversas clases de cuestiones previas a la acción, tales las diligencias preparatorias que como su nombre lo indica sirve para preparar el ejercicio de una acción generalmente pre-constituyendo las probanzas.— Otras previas al fallo, tales las cuestiones incidentales que tengan esta calidad, pues los incidentes también se puede resolver conjuntamente con la sentencia.— Otras por último, son cuestiones previas al juicio, esto es al debate de la cuestión de fondo, materia de la controversia, éstas con las excepciones. Sin embargo esta distinción no ha quedado exenta de objeción, y más que con otro propósito se puede indicar como una idea preliminar sobre las excepciones.

La relación entre las excepciones y los llamados presupuestos procesales son estos: los últimos son los elementos necesarios para que el juicio exista y tenga validez formal.— En casos se confunden con las excepciones, desde que estas pueden ser los medios que se franquean al demandado para reclamar por la falta en la demanda de tales supuestos. Así cuando se interpone la excepción de incompetencia, se está afirmando que no existe juez; o cuando se deducen los de la falta de personería ó inofic-

(1) Alsina. Ob. cit. T. pág. 84.

ciosidad de la demanda que no existen las partes que pueden intervenir en el proceso; y aún al deducir la excepción de naturaleza de juicio en cierta forma, que no existe la demanda exigida por el caso, especialmente si se trata de la alegación sobre la naturaleza civil ó penal del proceso. El juez competente, la capacidad de las partes y la demanda en forma son supuestos procesales.

Pero hay otros casos en que los presupuestos procesales y las excepciones no se confunden. Así las excepciones de pleito pendiente, cosa juzgada ó transacción que pueden tener entre nosotros la calidad de dilatorias.—

El profesor Couture señala estas diferencias entre excepciones y presupuestos procesales:

1.—Las excepciones deben ser alegadas por la parte; los presupuestos procesales pueden ser declarados de oficio.

2.—Las excepciones producen la nulidad del proceso.—La carencia de presupuestos procesales, la inexistencia del proceso. Acá se adopta la clasificación del derecho francés en actos nulos é inexistentes que nuestro sistema no admite. Pero quizás podría decirse que entre nosotros la falta de presupuestos procesales acarrea la nulidad ó sea la inexistencia absoluta del proceso mientras que las excepciones, solo producen la anubilidad del proceso, en caso de ser deducidas. Las consecuencias de esto, sin embargo, podrían ser materia de detenido examen.

Clasificación.— Las excepciones se clasifican en perentorias y dilatorias.— Estrictamente las primeras se llaman excepciones perentorias, porque atacando el fondo del asunto terminan ó hacen perecer la acción; y las segundas, se denominan excepciones dilatorias porque no refiriéndose sino a las formalidades del proceso y más estrictamente de la demanda, y no al derecho, este puede ser ejercitado subsanándose los defectos, pues no queda extinguido.— Sólo dilatan el proceso ó mejor, la contestación a la demanda.

Pero dentro de nuestro sistema ambas clases de excepciones, las dilatorias y las perentorias son las mismas. Su carácter depende más que de otro elemento, de la oportunidad en que se plantean, y deben resolverse. Son dilatorias si se deducen antes de contestarse la demanda dentro de los 6 días siguientes al emplazamiento. Después de dicho término, si se interponen al contestar la demanda tienen el carácter de perentorias, según el art. 318.— En el primer caso, deben resolverse previamente y no matan el derecho ni el juicio; en el segundo caso, se resuelven en la sentencia, resolviéndose antes de entrar al fondo de la cuestión, y sólo, que se estimen infundadas se pasa a pronunciarse sobre el derecho, que no lo matan pero si el juicio. Las que atacan al derecho mismo son las sustanciales.

Por último, entre las excepciones que consigna nuestro C. de P. C. en el art. 312 algunas tienen carácter y efectos dilatorios conforme a lo expresado (incompetencia, falta de personería, inoficiosidad de la demanda,

(1) Couture Fundamento de C. de P. C. pág. 47.

naturaleza del juicio) pero las demás son perentorias (pleito pendiente, transacción, cosa juzgada) desde que al declararse fundadas terminan con el juicio.

Existen las llamadas excepciones anómalas, siempre por la oportunidad en que pueden deducirse, son las que cabe interponerlas en cualquier estado del juicio como las de transacción, cosa juzgada y la sustancial de prescripción.

Excepciones.—Art. 312.—Nuestro Código en este numeral hace una enumeración de las excepciones, consignando las de incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza del juicio, transacción y cosa juzgada.— ¿Es ésta una enumeración limitativa? El texto de la ley no deja lugar a duda al decir que, "únicamente" son admisibles tales excepciones. Por otra parte, por su origen histórico, por su carácter de dilatorias, no cabe admitirlas sino restrictivamente como lo hace el art. 312.—Sin embargo se nota actualmente cierta tendencia a deducir otras, pero no han sido aprobadas por lo menos, en las instancias superiores.

Completando la idea es preciso añadir que no existe entre nosotros la excepción de inadmisibilidad de la demanda por falta de requisitos. Ya hemos visto cómo se resguardan las reglas respecto de los requisitos que debe contener la demanda.— Emplear otro medio es improcedente.— La acumulación, permitiéndome disentir de más ilustrada opinión (1) no constituye una excepción, ni hay utilidad de que se considere como tal, además de que sólo es posible decidir sobre el particular después de contestada la demanda.

Sin embargo el ante-proyecto de reforma del C. de P. C. introduce dos modificaciones en el punto que estudiamos: 1º Suprime la excepción de naturaleza del juicio, de la que nos ocuparemos oportunamente y 2º añade tres excepciones más: 1) la de improcedencia de la acción, afirmando simplemente que será admisible en los casos en que la ley lo declare.— Parece que se trata de requisitos formales de la demanda, quizás no necesaria desde que cabe el rechazo de la misma por falta de estos, según ya se ha expuesto.— 2) De pleito acabado, que se diferencia de la de cosa juzgada, por cuanto el primer juicio habría terminado no por sentencia sino en cualquier otra forma, desistimiento ó transacción.— Pero en éste último caso se confundiría en la excepción de transacción.— 3) La prescripción no considerada en la C. de P. C. actual, porque se ha considerado que es de derecho material. Sin embargo en el proyecto la excepción de prescripción se limita a la de prescripción de la acción.

Excepción de incompetencia.— Consiste en la alegación del demandado de haber sido emplazado por juez incompetente.

Anteriormente hemos estudiado la noción de competencia, su clasificación y las reglas a que está sujeta y a ello nos remitimos.— Dos casos pueden presentarse al demandado: 1) que la incompetencia sea absoluta,

(1) Romero. Ob. cit. T. II. pág. 101.

en cuyo caso, como se trata de la carencia de un presupuesto procesal, puede rechazar la demanda y si no lo ha hecho lo actuado es nulo sin necesidad de que se alegue la nulidad, porque en este caso la competencia no es prorrogable.— 2) Que la incompetencia sea relativa, se refiere a causas por las que cabe la prórroga.— Esto es que creadas en beneficio exclusivo y para facilidad de las partes pueden estas renunciar a ellas. Es entonces que no pueden declararse de oficio, se requiere la petición de parte. Puede obtenerse que el proceso pase a quien corresponde por medio de una acción inhibitoria: la contienda de competencia y por la acción declinatoria de jurisdicción; esta última constituye la excepción que estudiamos.

Ambos medios se excluyen (art. 57 C. de P. C.).

Como se trata estrictamente de la carencia de un presupuesto procesal debe siempre tener la calidad de dilatoria, y por lo mismo constituir un artículo de previo y especial pronunciamiento.—

Pero ya también hemos advertido que cabe, dentro de nuestro régimen, deducirla con el carácter de perentoria, en cuyo caso solo tiene tal calidad porque si se declara fundada no se entra a resolver, en la sentencia, el fondo del pleito.

Excepción de pleito pendiente.—Art. 312.—Consiste en la alegación fundada en que se sigue otro juicio entre las mismas personas sobre la misma cosa y por la misma acción.

Sus fundamentos están: 1) En el interés de la administración de justicia, de que no se sigan dos juicios iguales con el riesgo de expedirse sentencias contradictorias; 2) En el interés de las partes, de que los juicios no se multipliquen inútilmente.

Esos fundamentos hacen que se le distinga de la acumulación de procesos. Se distingue una de otra: 1) Por los requisitos de cada una. Para la acumulación no se exige la triple identidad de persona, cosa y acción, sino sustancialmente que la causa jurídica que se ventila sea una sola. Para la excepción de litis pendencia que estudiamos, se requiere la triple identidad mencionada. Esto es que la acumulación requiere solo la conexión entre los procesos; la excepción de pleito pendiente exige, la igualdad entre los procesos.— 2) Por la oportunidad legal para deducirlas. La acumulación puede solicitarse en cualquier momento del juicio antes de sentenciarlo en Primera Instancia si se trata de juicio ordinario; la excepción de incompetencia, debe deducirse como dilatoria, dentro de los 6 días siguientes al emplazamiento; ó en la contestación a la demanda, con el carácter de perentoria.—3) Por los efectos; a) la acumulación no suspende el proceso, sino la expedición de la sentencia; la excepción en cambio, suspende el proceso e impide el pronunciamiento de fallo sobre lo principal, si formulada como perentoria, se declara fundada al expedirse la sentencia b) La acumulación deja vigentes los juicios que se acumulan y la sentencia resuelve todos; la excepción litis pendencia, tiende a que no quede sino un solo juicio, desapareciendo los que posteriormente versen sobre la misma cosa, tramitándose entre las mismas personas y por la misma acción.

También se diferencia la excepción que estudiamos de la excepción de cosa juzgada porque en éste caso el fundamento es que la cuestión planteada se encuentra resuelta en forma definitiva.

Las mismas aclaraciones que hicimos sobre la naturaleza de la excepción de incompetencia tenemos que hacer respecto de la excepción de pleito pendiente. Siendo por su naturaleza dilatoria, en todo caso es de previo pronunciamiento.

Excepción de falta de personería.— Art. 314.— Consiste en la alegación del demandado de que quien interpone la acción carece de personería jurídica para ello. Esto puede provenir, como lo expresa el precepto indicado, de que: 1) El demandante sea incapaz para comparecer en juicio.

La capacidad para apersonarse en juicio que constituye un presupuesto procesal está determinado por la ley. Por ésta excepción el demandado sostiene que el actor no goza de ella según las reglas expuestas.

Esta capacidad es distinta del título necesario para interponer la acción (acreedor, heredero, etc.) pues se trata de la capacidad procesal para litigar: Esta excepción no puede referirse sino a ésta última.

2).—Procede también ésta excepción cuando el actor no tiene la representación que se atribuye. Esto pues sólo en el caso que intervenga en el juicio a nombre de otra persona, caso de apoderado, mandatario judicial, representante legal.— En este caso puede no faltar la capacidad procesal, esto es la facultad para comparecer en juicio, siendo lo que falta la representación que se alega.

Contorne a la redacción del artículo que estudiamos, esta excepción parece tener por objeto conseguir que todo aquel que interviene en juicio a nombre de otro acredite su representación.— Esto es que no se trata de la obligación de acreditarla al interponerse una demanda a nombre de otro, y por lo mismo, a que si no cumple con este requisito, la excepción es fundada, sino de que, a pesar de haberse interpuesto la demanda con tal omisión sirve solo para que se subsane la omisión acreditándose posteriormente la representación. Si se cumple con esto la excepción es infundada; si no se acredita, es fundada la excepción.— Este es el criterio seguido en la práctica de nuestros Tribunales, la excepción de falta de personería se declara infundada si el demandante durante su tramitación suple el defecto de no haber acreditado al demandar, la representación que alega. Esto significa que no se trata de un simple defecto de la demanda; la excepción no se funda en que conjuntamente con la demanda debe acreditarse la representación que se ejercita al interponerla sino que la excepción se funda en la afirmación del demandado de que el actor no ejerce tal representación, y que si tal afirmación se desmiente, si se prueba la representación, la alegación del demandado tiene que declararse infundada.—

Excepción de inoficiosidad de la demanda.— Art. 315.— Consiste en la excepción propuesta con el fundamento de que la demanda se dirige contra diversa persona de la que debe ser demandada.— Es preciso aclarar que se podría tomar el texto de este dispositivo legal en dos sentidos; a) como que el demandado afirma que el pleito no debe entenderse con él, porque no es responsable de la obligación demandada; b) como que el demandado sostiene que la demanda no debe entenderse con él por no tener la calidad ó la representación que se le atribuye.— Sólo este segundo sentido es exacto.— El primero, al referirse a la obligación misma, consti-

tuye una excepción de irresponsabilidad y no de inoficiosidad.— El sentido cabal y estricto es que contenga una objeción a la calidad ó condición con que se demanda, esto es como representante de otra persona.— La excepción constituye el reverso de la excepción de falta de personería desde que esta se refiere a la falta en el demandante de la calidad con que interpone la demanda y en este caso de la falta de la misma calidad en el demandado. De aquí se deduce que sólo cabe interponerla cuando el demandado alega no tener la representación que se le atribuye, esto es no ser mandatario judicial, o representante legal del demandado, pero jamás cuando se demanda a una persona por su propio derecho y no en calidad de representante de otra. Pues cuando se interpone la excepción de demanda inoficiosa contra la acción dirigida personalmente contra el demandado, significa necesariamente la excepción de irresponsabilidad que es distinta y que en ningún caso es dilatoria, ni de carácter procesal.—

Debe notarse que la excepción la puede interponer un incapaz de comparecer en juicio, a pesar de su situación, lo que está admitido por no constituir una defensa, sino más bien un artículo previo.—

Excepción de naturaleza de juicio.— Art. 316.— Consiste en la afirmación de que se ha dado a la demanda una sustanciación distinta de la que corresponde conforme al Código.

Tratando de precisar su noción exacta, debe considerarse que cuando éste precepto legal se refiere a sustanciación de la demanda esta se puede tomar en dos sentidos distintos; a) Sustanciación del juicio, esto es a lo decretado para su tramitación, así si en una demanda se cita a las partes a comparendo en vez de correr traslado de la demanda ó a la inversa.— b) Considerar el juicio de diferente naturaleza de la que corresponde, civil, penal.— Consecuentemente se le dá en este segundo caso sustanciación distinta de la que le corresponde, pero el error fundamental está en considerarlo de una naturaleza diferente.

Si se toma en su primera acepción, esta excepción carece de toda razón de ser. Hay legislaciones que no la reconocen. Nuestras tratadistas igualmente lo objetan, con razón, de inútil (1).— Sostienen principalmente que lo es, porque, el juez no puede incurrir en tan saltante error al tramitar una demanda; y, que las partes pueden en todo caso conseguir que se subsane el defecto sin necesidad de recurrir al planteamiento de un artículo de previo pronunciamiento.— Todo esto es inobjetable. Pero varía la situación si se adopta la segunda acepción, si se refiere a la naturaleza propia de la acción incoada, especialmente cuando se ha planteado, como civil un asunto penal ó a la inversa. Supongamos que se entabla una demanda civil para que se sancione con pena privativa de la libertad unos daños; ó a la inversa como delito de estafa lo que es un incumplimiento de contrato. Entonces sí, la excepción es útil. No basta una simple alegación; hay que clasificar la naturaleza de la acción propuesta y esto requiere y merece ser materia de un incidente.— Es verdad que puede ser raro que se confundan ambas, las naturalezas civil y penal, sobre todo desde nuestro punto

(1) Romero, Ob. cit. LL. pág. 12.

de vista del derecho procesal civil, pero es frecuente desde el punto de vista penal donde se plantean cuestiones de esta índole con el carácter de cuestiones pre-judiciales, alegando que son de orden civil ó comercial, siendo allí muy empleada la excepción que estudiamos, considerada a veces como una cuestión prejudicial.— En éste último sentido la excepción de naturaleza de juicio, que ha sido suprimida en el ante-proyecto del C. de P. C., tiene su razón de ser y su aplicación, pues no hay otra forma de evitar que los juicios se sustancien defectuosamente por haberseles asignado una naturaleza distinta de la que tienen ó les corresponde.

Excepción de transacción.—Art. 317.—Procede cuando el demandado sostiene que la cuestión entablada ha sido materia de transacción celebrada sobre el particular.— La transacción es un contrato por el cual se pone fin a un juicio entablado ó que estaba por entablarse mediante la recíproca concesión que las partes se hacen de sus pretensiones. Este es un contrato de orden civil.— La transacción constituye así una de las formas de terminar el litigio y tiene para las partes que transan el mismo efecto que una sentencia ejecutoriada y consentida.

Justifica que por motivo de la transacción proceda la excepción que estudiamos, el que teniendo esta como fin evitar un litigio, si este a pesar de la transacción se plantea, tiene que otorgarse al demandado un recurso que le permita hacer efectivo el efecto de la transacción.

Sus requisitos.— Para que proceda esta excepción se requiere tres condiciones que son las mismas que se exigen para la procedencia de la excepción de cosa juzgada, como consecuencia de que tienen ambas los mismos efectos.

Estos requisitos son: 1) que las personas sean las mismas que transigieron el juicio, sean por derecho propio ó transmitido legalmente.—

Esta identidad de las personas supone que: a) sean jurídicamente las mismas.— Esto es que no se trata de la identidad de las personas físicas sino más exactamente de personas que en ambos casos actúan con la misma calidad. Examinando esto; con la misma calidad, queremos referirnos a que lo hace; a) por si o en representación de la misma persona que transigió. Quien por lo tanto puede accionar sin que sea procedente la excepción, si en un juicio transigió actuando por si y en otro caso transigió ó actuó en representación de otra persona. Por ejemplo; si el juicio ó cuestión sobre el que transigió lo hizo en nombre propio puede entablarlo por un tercero. En caso de litis consorcio activo, si uno de los acreedores demandados transa el juicio; esa misma persona que constituía una parte, en el juicio puede seguir, ó entablar un juicio igual al trasigido, pero ya no en su nombre, sino en representación de otro de los acreedores. Hay identidad en la persona física que transige el juicio y en la que entabla el nuevo, pero no hay la identidad que requiere la ley para que proceda la excepción que estudiamos, desde que se procede en uno y en otro con diversa calidad, en uno por derecho propio y en otro en representación de un tercero.—

b) Que se invoque el mismo derecho, esto es que en ambos casos al transigir y demandar se afirme el mismo derecho o idéntica causa ó fundamento de la pretensión, aunque, las personas fueren físicamente distintas.

Así si una persona transigió un asunto, su heredero no puede revirlo porque el derecho que invoca es el mismo sobre el que su causante transigió. En este caso las personas físicas son distintas, en cuyo caso no se ha empleado ni hecho uso de ninguna acción anterior.— Por último es evidente que quien transigió un asunto, no puede revirlo en un juicio, ni invocando distinta causa a la que fundamentó su pretensión anteriormente; en todo caso sin obtener previamente la nulidad de dicha transacción.

Este requisito tiene aplicación especialmente tratándose de la cosa juzgada y por éso insistiremos en él oportunamente.

2) Que las cosas sean idénticas.— Inc. 2º art. 317.— Se refiere a que la finalidad del juicio sea no sólo igual sino la misma en la transacción y en el juicio.—

Por ésto es que el término "cosa" no está bien empleado en nuestro Código, desde que puede no tratarse de un objeto material sino inmaterial tal como una declaración.

Sin embargo ésta regla que estudiamos, debe ser considerada en el caso particular para su más exacta aplicación, por presentar diversos matices. Al tratar de la cosa juzgada se volverá sobre el particular.

Excepción de cosa juzgada.— Consiste en la alegación de que el asunto materia de la litis ha sido resuelto en forma definitiva entre las mismas personas y por la misma acción.

Los litigios tienen por finalidad alcanzar una decisión entre las partes que ponga fin al conflicto entre ellas declarando que es exigible ó que no lo es, la pretensión demandada. En el primer caso, para hacerla efectiva; en el segundo, para que no pueda reclamarse; siempre para que lo decidido sea acatado. Pero es preciso aclarar los términos de la definición que hemos propuesto: 1) La litis ha sido resuelta en forma definitiva.— Inc. 3º del art. 317. En general la cosa juzgada, quiere decir la decisión ó juicio sobre la litis. Esta se pronuncia en la sentencia. La sentencia para poder tener tales efectos debe estar ejecutoriada, esto es que no quepa contra ella ningún recurso bien por no haberse interpuesto, bien por haberse agotado todos los recursos que la ley franquea. Pero ésta sentencia ejecutoriada es distinta de la cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada obliga al cumplimiento de lo resuelto pero a veces no impide que el juicio se reacbra en una vía más amplia que la anterior. Caso entre nosotros de los juicios y procedimientos que pueden ser contradichos en la vía ordinaria conforme al art. 1083 del C. de P. C.— Esto es lo que se llama también la cosa juzgada formal (1). No cabe en ellos la excepción de que tratamos porque esta supone la decisión definitiva esto es que no solamente no haya instancia, sino tampoco otra vía para discutir el mismo punto. Es denominada también la cosa juzgada material. Sólo en éste caso es procedente la excepción de cosa juzgada porque la litis ha quedado resuelta en forma definitiva.

Nuestro C. de P. C. al decir que el juicio haya terminado "por sentencia ejecutoriada" no resulta así muy exacto.

(1) Alsina. Ob. cit. T. II. pág. 577.

2).—La decisión debe haberse producido en juicio seguido entre las mismas personas, por la misma cosa y acción, esto es los mismos requisitos que requiere la excepción de transacción (art. 317) que ya hemos analizado y cuyos alcances hemos precisado anteriormente. La existencia de ésta excepción se justifica por el efecto y la finalidad que tienen los procesos y por la fuerza que consecuentemente tiene la sentencia definitiva. Sobre éstos caracteres también insistiremos al tratar de la sentencia.

Tramitación de las excepciones.— Art. 319.— La tramitación depende de la calidad con que se interponen: a) tramitación de las excepciones dilatorias señalándolas por etapas: 1) el tiempo para interponerla, dentro de los 6 días siguientes a la del emplazamiento. Se trata de un término perentorio. Por su propio carácter se hace sin contestar la demanda, esto es sin entrar al fondo de la controversia.

2) Modo. Deben interponerse todas las excepciones conjuntamente (art. 319).

3) Se tramitan como incidente y dentro del cuaderno principal.— La tramitación de los incidentes constituyen un molde que se emplea frecuentemente en nuestra legislación. Está determinado en los art. 205 a 207 de C. de P. C. y a ellos nos referimos especialmente en su oportunidad.

4) La resolución se expide vencido el término probatorio.— En ella se resolverán también conjuntamente todas las excepciones propuestas, pero si se ha deducido la de incompetencia ó la de pleito pendiente y el juez la declara fundada, se abstendrá de resolver las demás.

5) Procede la apelación del auto que resuelve las excepciones (art. 1097 inc. 2º del C. de P. C.) y de la resolución de la Corte Superior, hay recurso de nulidad (art. 1127 inc. 1º del C. de P. C.).

b) Tramitación de las excepciones perentorias: 1) Oportunidad.— Se interpone al contestar la demanda. 2) Se corre traslado de ellas.— Los artículos que estudiamos sólo prescriben éste trámite para las excepciones dilatorias, pero por aplicación del principio de contradicción según el cual es esencial oír a las partes contra las que se opone un recurso, se prescribe el traslado. 3) El período de prueba del juicio le es aplicable. 4) se resuelven en la sentencia.

c) Tramitación de las excepciones anómalas ó mixtas.

1) Pueden interponerse en cualquier estado de la causa según el C. C.

2) La tramitación se reduce al traslado de las excepciones.

3) Se resuelven en la sentencia.— Precisamente la necesidad de ésta tramitación, obliga a rechazar que puedan proponerse cuando la causa se encuentra en la Corte Suprema, desde que las reglas establecidas para la tramitación del recurso de nulidad no permiten el traslado.— Sin embargo, insistiremos sobre el particular al llegar a la estación respectiva del juicio ordinario.

Excepciones a la reconvención.—Art. 330.—Como la reconvención constituye una demanda del demandante contra el actor, es evidente que

éste último en calidad de tal, puede hacer uso de las excepciones dilatorias. Esta facultad está expresamente reconocida en el art. 330.

Sin embargo, no todas las excepciones del art. 312 pueden hacerse valer contra la reconvención, pues la segunda parte del artículo citado establece que no se puede objetar la jurisdicción del juez para conocer de la reconvención.

Hay dos interpretaciones.— En ambas se admite la que hemos expuesto pero una en sentido amplio o absoluto esto es que no procede en ningún caso la excepción de incompetencia.— Otra en sentido restringido, ó sea que no procede dicha excepción en determinados casos, especialmente cuando se funda en la cuantía de la causa.— Admitir la primera opinión resulta peligroso desde que no podría admitirse que en su aplicación cualquier juez, aún de distinta clase por la naturaleza de la acción, resultará competente para conocer de los asuntos que se interponen en vía reconvencional, lo cual es inadmisibile desde que hay asuntos (competencia absoluta) en los que no cabe la prórroga de la competencia.— En cambio, la segunda opinión parece pecar contra la regla de que no hay porque distinguir donde la ley no distingue. El art. 330 está concebido en términos absolutos. Por otra parte aplicado sólo a la competencia por razón de la cuantía resultaría inútil, desde que las reglas al respecto y especialmente el art. 323 que ya hemos estudiado establecen que puede deducirse reconvención de diversa cuantía que la demanda y la forma de tramitarla.— No hay satisfactoria explicación a ésta última parte del art. 330, salvo que se refiera a la competencia territorial.



El Derecho de Familia en la Unión Soviética

Por el Dr. LUDWIK KOS - RABCEWICZ ZUBKOWSKI (*)

El Derecho de Familia es un tema tan amplio que no puede ser estudiado, detalladamente, en una sola conferencia. Por eso, me voy a referir, solamente, a las grandes líneas de la historia de las leyes de la Familia en la Unión Soviética.

Lo que nos interesa, no es sólo el hecho de que estas leyes sean aplicadas a la población de un enorme territorio euro-asiático, sino, sobre todo, la valoración de los resultados de los grandes experimentos hechos por las autoridades soviéticas, en las relaciones mutuas entre los esposos, así como entre padres e hijos.

Vamos a comenzar nuestro estudio por el examen del primer texto legislativo de la República Socialista Federada Soviética de Rusia, después de la Revolución de 1917.

Digo la R.S.F.S.R. porque la Unión Soviética fué solamente constituida en el año 1923, mediante un acto, en la forma de tratado de estado, el 30 de diciembre de 1922, confirmado por el Décimo Congreso Pan-Ruso de los Soviets. que proclamó el Primer Congreso de los Soviets de la Unión.

La primera Constitución de la Unión Soviética, fue formulada por el Comité Ejecutivo el 6 de julio de 1923 y confirmada el 31 de enero de 1924 por el Segundo Congreso de los Soviets de la Unión Soviética.

El primer Código referente al Registro de Nacimientos, Muertes y Matrimonios, se promulgó en la República Socialista Federada Soviética de Rusia, el 17 de octubre de 1918 (1). Los decretos anteriores, de 1917, en relación al matrimonio civil y la libertad absoluta de divorcio (2), fueron confirmados por este Código. Las relaciones personales de los casados se basaban en los principios de igualdad total entre el hombre y la mujer.

(1).—Publicado el 22 de octubre de 1918 (SU, RSFSR, 1918, N° 76/77, st. 818).

(2).—Del 18 de diciembre de 1917, publicado el 20 de diciembre de 1917 (S.U., RSFSR, 1917, N° 10, st. 101).

Los contrayentes, en el momento del matrimonio, podían adoptar el nombre del marido, el de la esposa o el de ambos. La obligación del sostenimiento de la familia y del marido, y la mujer era mútua. Se estableció la separación de bienes entre los esposos. La autoridad de los padres se ejercía conjuntamente. El padre no conservaba el predominio, que tenía antes de la Revolución. En caso de diferencia de opinión, entre los esposos, los tribunales debían resolver los litigios.

La idea de que la ley, como un instrumento de dominación de clases, debería desaparecer gradualmente, durante el primer período después de la Revolución, dió como hecho que la vida de familia fuera emancipada de toda interferencia del Estado. De otra parte, los partidarios del "amor libre" apoyaron la abolición de la regulación legal de la vida de la familia. La representante de este grupo, Sra. Kollontai, alegaba que, bajo el régimen socialista, la familia no debía existir, pues es el Estado el que debería tomar bajo su control total a la niñez. Para ella, "La alimentación en común elimina la cocina del hogar, kindergardens y guarderías para niños, que alivian a la madre el peso de las tareas del hogar, transfiriéndolo a la sociedad; la educación de los niños no es un problema familiar, es un problema del Estado y un problema social".

La Sra Kollontai predecía, también, que el amor se convertiría en un acto puramente fisiológico, tan natural y simple como tomar un vaso de agua. Sin embargo, sus ideas, no estaban completamente de acuerdo con la doctrina de Marx.

La siguiente legislación de la República Socialista Federada Soviética de Rusia (R.S.F.S.R.) sobre la Familia fue promulgada en 1926 (3). Las otras Repúblicas Federadas de la Unión Soviética, adoptaron los mismos principios del "Código de la Familia" ruso de 1926. Estos códigos reconocieron los matrimonios de hecho, como si fueran matrimonios legalmente registrados, lo que significaba que el registro tenía un carácter puramente declarativo. La ley no se preocupaba de la fidelidad de los cónyuges. La madre tenía derecho de iniciar acción de paternidad ante un tribunal, después del nacimiento de un niño, si su marido no era el padre de esa criatura. El divorcio fue posible a solicitud de uno de los cónyuges solamente, sin notificación a la otra parte. Una ley especial de 18 de noviembre de 1920, legalizó los abortos, lo que fue justificado con argumentos médicos y por dificultades económicas. Se pensó que era preferible legalizar los abortos y no dejar que se realizaran ilegalmente, lo que era más peligroso para la salud de la mujer.

En el caso de hijos de padres desconocidos, el artículo 141 del Código de 1918, permitía establecer la paternidad colectiva cuando la propia madre no supiera quien era el padre. Todos los presuntos padres, estaban obligados a pagar los gastos del parto y los de alimentos de la madre y el niño. El artículo 32 del Código de 1918, daba un poder discrecional a las

(3).—Publicado el 19 de noviembre de 1926, vigente desde el 1º de enero de 1927 (S.U., RSFSR, 1926, N° 82, st. 612).

Cortes de Justicia. La práctica demostró que los tribunales buscaban siempre a la persona con mayores posibilidades económicas. Bajo tales condiciones, la desintegración de la familia, fue un hecho.

El modo de escoger uno de los sospechosos como padre fue ilustrado en una causa llevada al tribunal en 1928. Una mujer había declarado, en su demanda, que durante una reunión de amigos, se había bebido mucho, y ella había tenido relaciones con un tal Vinogradov e, inmediatamente después, con un tal Lebleu. Cuando nació el niño ella pidió al tribunal escoger uno de los dos como el padre, pues ella misma lo ignoraba. El tribunal de primera instancia juzgó que Vinogradov era el padre, y el tribunal provincial confirmó esa sentencia. El Tribunal Supremo de la R.S. F.S.R., revisado el caso, llegó a la conclusión de que la solución del tribunal era buena y declaró: "El tribunal tomó en cuenta el interés del niño, que tiene que ser protegido, y obtener el minimum necesario para mantenerse. En tales circunstancias, es el demandado quien tiene que probar que no es el padre del niño. Incumbe a la madre presentar su solicitud de modo que apareciese quienes eran los posibles padres". El Tribunal parecía tener la opinión de que tenía derecho de escoger al padre y, entonces, incumbía al que había sido escogido probar que, efectivamente, no era el padre. (4).

Ya en 1925 se hizo evidente que el Estado era incapaz de asumir la educación de los niños sin padres o sin familia y de ahí los cambios en las leyes de la materia. Por ejemplo, el Código de 1918 prohibía la adopción. Sin embargo, el de 1926, la autorizó, solamente en interés del niño.

De todas maneras se puede decir que ambos códigos, el de 1918 y el de 1926, se han caracterizado por su tendencia a una libertad e independencia completa de todos los miembros de la familia.

La Constitución de la Unión Soviética, promulgada en 1936, otorgó, en su artículo 14, a las autoridades centrales, el derecho de determinación de los principios de la legislación concerniente al matrimonio y a la familia, poder que esas autoridades no tenían anteriormente. Esto causó una discusión pública, en la cual se expuso diferentes teorías legales sobre la familia. La teoría de la Sra. Kollontai fue rechazada. La desintegración de la familia fue condenada y se consideró a la familia como la "célula básica del organismo social".

Las reformas legales siguieron gradualmente. El decreto de mayo de 1935 aumentó la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos. El decreto del 27 de junio de 1936 prohibió el aborto e introdujo ciertos cambios en los procedimientos de divorcio (5). La Ley de la Familia, del 8 de julio de 1944, suprimió la validez legal del matrimonio de "hecho" y estableció un complicado procedimiento para el divorcio (6). En consecuencia, la familia es, desde entonces, más estable y está mejor protegida.

(4).—(L.V. Vinogradov y Lebleu, N° 358 (1930) Sud. Prak. RSFSR 19).

(5).—(SZ, SSSR, 1936, N° 34, st. 309).

(6).—(Vedonosti Vekhovnogo Soveta SSSR, 1944, N° 37).

Se demostró que se cometían muchos abusos por la facilidad con que el matrimonio "de hecho" era disuelto, también "de hecho". El legislador soviético volvió en 1944, al principio de la ley de 1917. Solamente un matrimonio registrado crea derechos y obligaciones entre el marido y la mujer.

Los matrimonios "de hecho", admitidos antes por los Códigos no eran ya admitidos. Si las personas casadas "de hecho" deseaban que su unión produjera los efectos jurídicos del matrimonio, la ley de 1944 ordenaba que fueran inmediatamente declarados en el Registro Civil, indicando desde cuando existía el matrimonio "de hecho". La nueva norma tardó en dar lugar a decisiones de la jurisprudencia. Una campesina pedía su parte en los bienes de una comunidad familiar, parte que le fue negada, porque su matrimonio con un miembro de la comunidad familiar, había sido un matrimonio "de hecho", no registrado civilmente. La mujer fue simplemente informada que tenía el derecho de solicitar una indemnización por el valor del trabajo que había realizado durante el tiempo que había vivido en comunidad (7).

El primer Decreto del 19 de diciembre de 1917 introduce el divorcio:

a) por acuerdo mutuo de los cónyuges, formulado ante el oficial del estado civil (art. 91), quien tiene atribuciones para redactar un acta verificando la veracidad de acuerdo mutuo. (art. 92).

b) por una demanda de divorcio presentada por uno de los cónyuges, ante los tribunales competentes.

Con relación al divorcio, el artículo 140 del Código de 1926, precisaba: "En el caso de que la petición de divorcio sea sometida por solo uno de los esposos, una copia de la decisión del oficial del registro civil, debe ser enviada al otro esposo, en la dirección indicada en la petición".

Según este Código de 1926, el divorcio no es más que un estado "de hecho" del cual los únicos jueces son los interesados.

Sin embargo, el decreto del 27 de junio de 1936, exige la presencia de ambos cónyuges en las oficinas del registro civil y la anotación del divorcio en los pasaportes de los divorciados. La misma ley aumentó los derechos de registro del divorcio a 50 rublos por el primer divorcio y 150 por el segundo y subsiguientes. La pensión alimenticia para los hijos se elevó de un cuarto a la mitad del salario, lo que fue un arma adicional contra los divorcios frívolos.

Mientras que el legislador modificaba su actitud e indicaba que la destrucción de un matrimonio se debía considerar como una cosa seria, los Tribunales establecían procedimientos completamente distintos a los anteriores al año 1930. Un informe hecho en 1935, sobre la actividad de la Corte Suprema de la R.S.F.S.R., relata un caso semejante al de 1929. La Corte había llegado a la conclusión de que, aunque la bigamia constituye una infracción criminal, esa circunstancia no impedía reconocer validez a un matrimonio "de hecho", después de otro registrado civilmente y que no había sido disuelto por divorcio. En 1935, se trataba de una mujer que pretendía ser la segunda esposa de un hombre que acababa de morir. Al

(7).— (VARDUCH Gosyan v. agit Gosyan Nº 48 (1948) 4 sud. SSSR. 24).

momento de su muerte, el hombre, según los registros civiles, era casado con otra mujer. El tribunal de primera instancia había juzgado que las dos mujeres tenían derecho a la herencia, dado que la existencia de dos matrimonios en la misma época no debía ser considerada como bigamia. La Corte Suprema declaró que esa conclusión era errónea, y volvió a enviar el caso al Tribunal, diciendo que "el Tribunal debía establecer si el primero de los matrimonios había cesado de existir; no tenía el derecho de reconocer la existencia de un nuevo matrimonio "de hecho" si el registrado existía en la misma época, y debía proporcionar una contestación precisa a la cuestión de saber cuál de las dos tenía derecho a la sucesión del "de cujus" (8).

La actitud de los Tribunales en asuntos de divorcio puede ser ilustrada también por el siguiente: Todo auto de divorcio, proveído por la Corte Provincial debe ser inscrito en los registros del estado civil y el divorcio tiene efecto solamente cuando la transcripción ha sido hecha. Esta disposición de la ley fue aplicada en 1949, en un caso en el cual se trataba de varios intereses sociales. Una mujer trataba de establecer que su hijo había sido adoptado por un cierto Bourgaft ya fallecido. Ella quería asegurar a su hijo la herencia de Bourgaft. La Corte Suprema de la URSS comprobó que Bourgaft había conseguido un divorcio antes de morir, pero que no se había cumplido con la transcripción a los registros del estado civil, como lo exige el código. La Corte juzgó, en consecuencia, que hasta su muerte, él había estado casado. La adopción que él había hecho no podía tener efecto, porque había sido hecha sin el consentimiento de su esposa, como lo exige el Código de la Familia (9).

En otro juicio la Corte Provincial de Alma-Ata, y después, la Corte Suprema de Kazakhstan, habían negado el divorcio porque eran de parecer que los esposos podían volver a vivir juntos. La Corte Suprema de la URSS, tenía otra opinión; señaló el hecho de que los esposos habían dejado de vivir juntos desde 1944, habían repartido los bienes comunes y convenido en dejar los niños con el padre (10).

En otro asunto, un hombre y una mujer, de 49 y 50 años, respectivamente, en la fecha de su boda, trataban de divorciarse sosteniendo que, después de casados, habían seguido viviendo separados, y que nunca habían tenido relaciones conyugales. Explicaban el hecho alegando que, después del matrimonio "habían notado una diferencia tan grande en sus caracteres y costumbres, que la vida común era imposible". Los testigos habían confirmado esa incompatibilidad y la Corte Suprema de la URSS se dejó convencer de que un matrimonio anormal no era posible (11).

En el tercer juicio, la Corte Suprema de la República Socialista Soviética Federada de Armenia había concedido un divorcio, y la Corte Suprema de la URSS confirmó esa sentencia. El expediente indicaba que la

(8).—(Sokolova v. Sokolskaya (1935) Sov. Yust. 24).

(9).—(Causa Plotnikova (1950) 1 sots. Zak. 59).

(10).—(I. v. S. N° 36 (1946) o Sud. Prak. SSSR 8).

(11).—(Tchakhunachvili v. Andrievskaya (1946) 9 Sud. Prak. SSSR 7).

vida común había cesado, en efecto, desde 1941, y que el esposo se había casado de nuevo después de haber conseguido, de los primeros jueces, una sentencia concediendo el divorcio que había solicitado. La Corte Suprema de la URSS declaró que, en tales circunstancias, se debía comprender que no era posible restablecer la validez del matrimonio precedente. El único hijo fue entregado a la madre (12).

En un cuarto juicio, el divorcio fue también concedido. Se reconoció que los esposos estaban separados en 1942, y que el esposo había fundado nueva familia con otra mujer y que había tenido dos hijos con ella. La Corte comprobó que el primer matrimonio, desde 1926 hasta 1942, había sido turbado por graves disputas y querellas (13).

En todos estos casos, en los que el divorcio fue concedido, parece que los esposos se habían separado antes de ser publicada la Ley de 1944, circunstancia que pudo tener cierta influencia sobre las sentencias de la Corte. Tal conclusión se sigue de una causa, de fecha de 1946, en la cual las relaciones habían continuado entre los esposos, aunque no fueran siempre pacíficas (14). El matrimonio había tenido lugar en 1923 y dos hijos habían nacido, en 1924 y 1929. El esposo solicitó el divorcio, diciendo que no era posible continuar la vida común porque se producían siempre peleas por los celos de su esposa. En primera instancia, el esposo consiguió el divorcio, pero la Corte Suprema de la URSS anuló esta sentencia, porque no había ningún testigo de dichas peleas, con anterioridad a 1941. En realidad éstas habían empezado en 1943, después que la esposa conoció las infidelidades de su esposo cuando estaba en el ejército. Después de la guerra, el esposo había vuelto a la casa y habían reiniciado de nuevo su vida común.

Durante los siguientes años, se nota una reticencia más y más grande en otorgar divorcios. En 1949, la Corte Suprema niega un divorcio ya otorgado por una Corte Provincial, porque el demandante, padre de tres hijos menores, tenía la culpa de que las relaciones con la esposa se hicieran difíciles. Efectivamente, el esposo tenía relación con otra mujer. La Corte Suprema declara: "Las relaciones difíciles en el hogar son culpa del demandante y no pueden constituir base para un divorcio". La sentencia de la Corte en esta causa concluyó admitiendo la actitud francamente inmoral del demandante; el divorcio no puede ser considerado como justamente otorgado" (15).

La Ley de 8 de julio de 1944 introdujo formalidades adicionales en los procedimientos de divorcio. El que lo solicitaba, debía pagar una suma de 100 rublos al presentar la demanda. Los avisos de iniciación de la acción de divorcio, debían ser publicados en un periódico local, por cuenta del interesado. La presencia de ambas partes ante la Corte era obligatoria. El Tribunal del pueblo estaba obligado a determinar las ra-

(12).—(Causa G. y K. (1946) 4 Sud. Prak SSSR 6).

(13).—(X v. X (1946) 4 Sud. Prak SSSR 6).

(14).—(K v. K. Nº 36.830 (1946) 9 Sud. Prak. SSSR 8).

(15).—(V. v. V. (1949) 4 Sots. Zak. 61).

zones de la demanda de divorcio y procurar la reconciliación de las partes. En caso de que no hubiera reconciliación, el que solicitó el divorcio debía presentar la demanda de divorcio al Tribunal de Segunda Instancia. En caso de que el Tribunal reconociera la necesidad de la disolución del matrimonio, la oficina del registro civil debía emitir un certificado de disolución, anotarla en los pasaportes de los divorciados y percibir, de una de las dos partes, una suma entre 500 y 2,000 rublos, según la decisión de la Corte.

La Ley de 1944 no mencionaba las causas de divorcio y dejaba a la Corte un poder discrecional de reconocer o no, que las razones alegadas justificaban el divorcio. Generalmente la Corte declaraba disuelto un matrimonio, cuando se acreditaba que las relaciones maritales no existían, que no habían hijos y, muy particularmente, cuando el marido o la mujer, habían creado ya otra familia.

En cuanto a los abortos, la propaganda en contra de ellos principió algunos años después de la revolución. Finalmente, el decreto de 27 de julio de 1936 (16), prohibió los abortos radicalmente. Esto fue acompañado por medidas de orden económico, como el aumento de la ayuda a las parturientas, ayuda a las familias numerosas, aumento del número de casas de maternidad, de guarderías para niños y de kindergartens, así como el aumento de las penas por falta de pago de pensiones alimenticias. Hoy la maternidad es fomentada como una función social importante. A la madre de diez hijos, que los educa, se le otorga el título de "Madre Heróica" y obtiene una medalla con tal inscripción. Una madre de siete o nueve hijos, obtiene la Medalla "A la Gloria de las Madres"; una madre con cinco o seis hijos, obtiene la Medalla de "La Maternidad". Las madres que obtienen estas medallas reciben una subvención del Estado y, a partir de la Ley del 8 de julio de 1944, tal ayuda es otorgada también por el tercer y cuarto hijo. Ninguna diferencia existe entre los hijos legítimos e ilegítimos para el otorgamiento de estas medallas. Hay que señalar que la ley de 1944, abolió el derecho de la madre de intentar una acción de paternidad y pensión alimenticia para el hijo nacido de un hombre con el cual la madre no vive en "matrimonio registrado"; y que una ley de 1956 permite, nuevamente, los abortos, bajo ciertas condiciones (17).

(16).—(SZ, SSSR, 1936, Nº 34, st. 309).

(17).—**Aborto:** (U. 5-VIII-1954, VVS 17-VIII-1954). Deroга el artículo 4 de la Resolución del Comité Central Ejecutivo de la URSS, del 27 de junio de 1936 que establecía la responsabilidad penal de la mujer por aborto.

(U. 23-XI-1955, V.V.S. 29-VI-1955). Deroга la prohibición de la práctica del aborto, reglamentándola en el sentido de establecer centros médicos especialmente autorizados por el Ministerio de Salud para tal objeto, así como la responsabilidad penal de las personas que, sin tener título de médico, intervengan en su práctica fuera de las maternidades y demás institutos legalmente autorizados.

(L. 28-XII-1955, V. V. S. 14-I-1956). Confirma el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de 23 de noviembre de 1955, sobre la derogación de la prohibición del aborto.

En lo que se refiere a las relaciones entre padres e hijos, el decreto del 31 de mayo de 1935 puso a los hijos bajo la supervisión paterna aumentando también las responsabilidades de los padres por los delitos de los hijos. Mencionamos también que el Código Penal Soviético ha establecido una responsabilidad de toda la familia en los casos de traición y ha permitido el embargo de la propiedad familiar en los casos de fraude de uno de los miembros de la familia.

Entre las razones de la revisión de las leyes de la familia, las demográficas han tenido la mayor importancia. El abuso de los divorcios y abortos ligado a las dificultades económicas, causó una disminución sensible en los nacimientos. Sin embargo, el gran programa de industrialización y de la preparación para la guerra, exigía el aumento del incremento de la natalidad. La prohibición del aborto y las recompensas a las madres de familias numerosas, fueron aplicadas como paliativos naturales, pero esto era insuficiente, era también necesario reconstituir la familia normal y restablecer su vida moral. La delincuencia juvenil y la formación de pandillas tomó proporciones catastróficas. Para contrarrestar esto se aumentó las responsabilidades de los padres por los delitos de los hijos.

La postura de 1918, que prohibía la adopción, bajo el pretexto de que tal adopción disimulaba la obtención de un trabajador más en beneficio de los adoptantes, fue abandonada en 1926, con el objeto de encontrar padres para el gran número de niños huérfanos abandonados, organizados en pandillas ante las cuales la autoridad era impotente. Pero se alegaba, que la adopción podía servir para eludir las limitaciones del derecho de sucesión.

Con la abolición, en 1926, de las disposiciones del código civil que limitaban el derecho de sucesión, desapareció una de las razones contra la adopción, y la institución fue restablecida, aunque con ciertas precauciones. Sólo los menores de 18 años podían ser adoptados, y únicamente con el consentimiento de los padres. Ese consentimiento no es exigido del padre que ha perdido la patria potestad. El niño que tiene más de diez años, debe también dar su consentimiento. No todos pueden adoptar a un niño, sino únicamente los que tienen las cualidades exigidas para ser nombrados tutores. La ley excluye así varias categorías de personas: los que están bajo curatela, los que tienen intereses contrarios a los del niño y los que han perdido los derechos cívicos. Si, después de la adopción, se descubre que el nuevo estado del niño es perjudicial para él, se puede pedir al Tribunal la revocación de la adopción. La solicitud de adopción tiene que ser aprobada por el organismo público local de tutela y la adopción tiene que ser anotada en el registro civil.

El adoptado tiene todos los derechos y obligaciones del hijo, inclusive el derecho de sucesión y el de alimentos durante su minoría, y aún después, en caso de que no pueda trabajar.

El 1928, el Código fue modificado para establecer una institución con menos consecuencias que la adopción, pero que proporciona al niño sin hogar una protección legal. Esa institución fue llamada "relación de

dependencia" (18). La condición del niño, en tal relación, es distinta a la del adoptado, cuando se trata, por ejemplo, del cambio de apellidos, los derechos de sucesión y la obligación alimenticia. La "relación de dependencia" proporciona menos protección que la adopción, pero más que la tutela. Si los padres del niño mueren o no pueden mantenerlo, la persona que lo acogió, estableciendo esa relación de dependencia, debe seguir participando a su subsistencia y educación, durante su minoría o incapacidad.

Una menor que está en relación de dependencia con una persona, tiene, igualmente, derechos en la sucesión de ésta, si muere sin testamento. Como lo indica el Código Civil, si una persona probadamente incapaz de trabajar y que, de otra parte, estaba completamente bajo la dependencia y cargo del "de cujus" durante un año entero antes de la muerte de éste, dicha persona tiene igual derecho a la sucesión que el cónyuge sobreviviente y cada uno de los hijos. La ley de 1928, establece que si una persona deja de disponer su testamento acerca de una persona menor que está bajo su dependencia, los herederos deben, en proporción a la herencia, proporcionar a esta persona lo necesario para su subsistencia. La ley relativa a la "relación de dependencia", (que es anterior a la propagada contra la criminalidad infantil), estaba en la línea del nuevo programa que trataba de asignar un hogar a los niños abandonados, aun en el caso de que sus benefactores los hubiesen olvidado en su testamento.

El año 1936 trajo otra modificación legal a favor de los niños sin hogar, pues en esa fecha fue introducida en la URSS la institución del "patronato". La idea base de esa institución es la de inducir a las personas que temen asumir obligaciones personales, a acoger en su hogar a niños abandonados. Según la nueva ley, una persona puede, por contrato, recibir en su hogar a un niño, de cinco meses a catorce años. El Ministerio de Salud tiene poder para firmar ese contrato, si el niño es menor de cuatro años, y si es mayor de cuatro años, incumbe al Ministerio de Educación. La conexión establecida, antes de que el niño llegue a los catorce años, debe terminar cuando el niño llega a los dieciséis. En los distritos campesinos, el contrato tiene que ser firmado por el Presidente del Soviet local, obrando como representante del Ministerio de Seguros Sociales o del Fondo de Mutualidad de la Hacienda Colectiva. Según el contrato, el patrón recibe una indemnización mensual del organismo con el cual fue concluido el contrato.

La relación de patronato está regida exclusivamente por el contrato y el niño no tiene ningún derecho de sucesión o alimenticio. Ni siquiera tiene derecho a la herencia de su patrón; si éste llega a morir, no puede sostener el menor que dependía del patrón, pues es dependiente, en realidad, del organismo que concluyó el contrato con el patrón. Sin embargo, el patrón es considerado como tutor y puede ser responsable, en el campo penal, si el niño, durante el tiempo que está bajo su protección, está sin vigilancia o sin recursos.

(18).—El 29 de noviembre de 1928 (SU, RSFSR, N° 22, st. 233).

Antes de la guerra, se adoptaron nuevas disposiciones. La más sorprendente fue la que imponía un impuesto a las personas sin hijos, en 1941; y en 1944, un tributo fue impuesto a las personas que no tenían más de dos hijos. En ambos casos, se estableció excepciones a favor de los estudiantes, enfermos y esposos separados por la guerra. Los estudiosos extranjeros de las cosas soviéticas, han visto en esas disposiciones fiscales un esfuerzo para aumentar el número de nacimientos, con el fin de colmar las pérdidas debidas a la guerra.

Resumiendo, la teoría de la desaparición gradual de la familia se mantuvo, oficialmente, hasta 1935. Según esta teoría, la vida de familia debía continuar, pero sin responsabilidad económica y legal de sus miembros. La familia sería transformada en una asociación libre, unida solamente por la voluntad de sus miembros. Era la teoría clásica de Marx y Engels. Sin embargo, hasta 1935, la teoría de que la familia desaparecería como entidad económico y legal, fue atacada en la Unión Soviética como una desviación demasiado radical, llamada "desviación izquierdista" de la línea oficial del partido.

La nueva campaña ideológica fue acompañada de cambios legislativos tales como el aumento de la responsabilidad de los padres, prohibición de los abortos, recompensas a las madres de familias numerosas, aumento de derechos por registro de divorcios y, en fin, en 1944, por la creación del procedimiento judicial de divorcio.

El Estado trata hoy de formar una conciencia moral y legal de la familia, para desarrollar su estabilidad. En lo que concierne a las relaciones entre padre e hijos, aquellos tienen responsabilidad legal de educar a sus hijos como ciudadanos honestos y sometidos al Estado. La ley de 31 de mayo de 1935, autoriza a la milicia (policía) a aplicar a los padres multas hasta de 200 rublos, en caso del comportamiento incorrecto de los hijos o cuando éstos pertenezcan a pandillas callejeras. La ley de 29 de julio de 1935, establece la responsabilidad civil de los padres por los delitos de los hijos.

En lo relativo a las relaciones entre marido y mujer, ésta tiene la misma posición legal en el hogar que el marido. A partir del Código de 1926, la separación de bienes fue abolida, la mujer posee los bienes que ha llevado al matrimonio y es propietaria, en común, con su esposo, de todos los bienes obtenidos por uno o por ambos cónyuges durante el matrimonio. Según las instrucciones dadas a las oficinas notariales del Estado, el 17 de noviembre de 1939, es necesario obtener el consentimiento del esposo o esposa, en el caso de enajenación de un inmueble adquirido por el otro cónyuge, después del matrimonio, exceptuando el caso de inmuebles heredados.

Con relación al matrimonio y al divorcio, la primera legislación soviética, representaba una concepción de la familia fundada sobre el hecho físico de la descendencia, más que sobre el matrimonio. Esto encontró una expresión en la doctrina de la igualdad absoluta entre los hijos legítimos e ilegítimos.

El registro civil del matrimonio, introducido en 1917 y confirmado en 1918, fue declarado opcional en 1926. El registro era simplemente una prueba y no constituía, en sí mismo, un matrimonio. En 1944, sin embargo, se introdujo una reforma que decía que solamente un matrimonio registrado creaba deberes y obligaciones para los esposos.

Por fin, el divorcio es concedido hoy sólo después de un proceso ante dos instancias judiciales, lo que tiene por objeto combatir la tendencia al aumento progresivo del número de divorcios. Por ejemplo, en 1935, hubo en Moscú, un 38.3% de divorcios.

Todo esto prueba que el Estado soviético tiene necesidad de una familia sana y estable, como todo otro estado. La conclusión sacada de este experimento es muy sencilla; el Estado no puede jamás reemplazar a la familia, sino que, por el contrario, es el Estado el que se apoya sobre la familia.

El Partido Comunista Soviético ha tenido que reconocer la importancia de la familia y transformar su legislación para reconstituir la familia, desintegrada por la legislación soviética dada, inmediatamente después de la Revolución.

NOTA.—Este es el texto de una conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica por el Dr. Ludwik Kos-Rabcewicz Zubkowski, Profesor del Centro de Estudios Eslavos de la Universidad de Montreal (Canadá).— Este Centro fue fundado en 1948 bajo auspicios del Episcopado Canadiense y ha adquirido desde entonces gran importancia.

Los profesores, que eran tres al iniciarse, son hoy veinte; y el Centro posee más de 200 alumnos; publica, además una revista bilingüe: "Etudes Slaves et Est-Européennes".



El Derecho Internacional y el control de las actividades revolucionarias realizadas por refugiados políticos bajo la ley de los Estados Unidos

por el Dr. Manuel R. GARCIA-MORA (*)
Profesor de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Fordham

INTRODUCCION

El éxodo sin precedentes de refugiados políticos que provienen de países dominados por regímenes tiránicos ha planteado el problema interesante y vital de controlar sus actividades en los países donde se asilan. Mientras no se niega el derecho de un Estado de conceder el asilo a quienes huyen de la persecución y de la opresión, (1) la siguiente pregunta se presenta inmediatamente: ¿Cómo evitar que esas personas se dediquen a actividades que tengan por objeto destruir las instituciones políticas de su país de origen-. Esto constituye claramente un asunto que no solamente compromete las buenas relaciones del Estado que concede el asilo y el de origen de los refugiados, sinó también que compromete la paz y la seguridad de la humanidad. Es, por consiguiente, un problema que debe ser tratado teniendo en cuenta esos valores, como la paz y la seguridad, que todo gobierno debe promover y mantener dentro de su jurisdicción. Teniendo esto en mente, éste artículo tiene por objeto estudiar los principios del derecho internacional que norman este asunto y la forma como son aplicados por los Estados-Unidos.

I.— LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

De acuerdo con el derecho que tiene un Estado para conceder asilo a los refugiados políticos, el derecho internacional reconoce, por eso mismo, el deber de prevenir que estas personas realicen actos que tengan por finalidad destruir el orden político y social del Estado del cual han huído. (2). Este deber es suficientemente claro, tanto como principio co-

(*) Ver esta nota al final de este artículo.

mo políticamente. Se ha dicho que no es más que un aspecto del deber que generalmente tiene un Estado de evitar que se realicen, en su jurisdicción, actos hostiles contra Gobiernos extranjeros amigos. (3). Pero, examinando de manera comprensiva el resultado, y en cuanto se refiere a los refugiados políticos en los lugares de asilo, el señalamiento de este deber constituye claramente la simplificación de un principio que debe ser explicado con mayores detalles. Por lo tanto, tras la aparente simplicidad del deber de un Estado de evitar que los refugiados comploten contra las instituciones de otras naciones, hay otras y mayores razones de orden legal y político. Se considera que estas son, precisamente, consideraciones que están subvirtiendo las bases esenciales de la ley tradicional. Dos consideraciones pueden, sin lugar a duda, mencionarse a este respecto.

En primer lugar, es generalmente conocido por los abogados internacionales que el derecho de jurisdicción que los gobiernos ejercen en su territorio lleva consigo la obligación de proteger el derecho de otras naciones. Esta es una regla que resulta del ejercicio de la soberanía y que resulta, de manera indiscutible, de la competencia del Estado territorial. (4). El Juez Max Huber, único arbitro en el famoso caso de la Isla de Palmas, entre los Estados-Unidos y Holanda, sintetizó esta obligación en los siguientes términos:

"Soberanía territorial..... comprende el derecho exclusivo de realizar las actividades del Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros estados, de manera especial su derecho a la integridad e inviolabilidad, en la paz como en la guerra, junto con el derecho que cada Estado pueda reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero". (5).

La cita anterior, aún cuando escrita hace más de treinta años, ha adquirido una significación especial para el mundo contemporáneo. En efecto, no solamente requiere que se eviten actos perjudiciales para Estados extranjeros, sino que, y esto es tal vez más importante, requiere asimismo, la protección de los derechos de otras naciones. Un estudio cuidadoso de esta última obligación puede presentar serias dificultades en la práctica. Desde que los derechos de otros gobiernos deben ser protegidos dentro de la jurisdicción interna de todos los Estados, se puede convincentemente argumentar que la comunidad mundial está llamada a convertirse en un sistema de asistencia mutua, que contribuiría a la perpetuación de regímenes tiránicos. (7). Es principalmente por esta razón que el Juez Hersch Lauterpacht señaló, en 1928, que un Estado no tiene la obligación de proteger la constitución de un régimen extranjero cuya ideología es contraria a las ideas de sus propios ciudadanos. (8). En cambio, las profundas diferencias ideológicas entre gobiernos parecería otorgar amplio apoyo a esta posición. En principio, por consiguiente, no parecería que hubiera nada malo en permitir que los residentes de un Estado ayuden a desembarasarse de un régimen totalitario. Este argumento, sin embargo, es altamente engañoso, ya que ignora el principio bien establecido según el cual frente a una guerra civil u otros disturbios internos, los Estados deben abstenerse de participar en el conflicto ya sea directamente por he-

chos actuales del Gobierno o indirectamente permitiendo a los ciudadanos y extranjeros que ayuden a uno u otro bando. (10). Bajo este aspecto, la tolerancia de actividades revolucionarias de los refugiados sería considerada como un acto de intervención, en violación del derecho internacional. (11).— La fuerza de esta sugerencia se demuestra ampliamente al recordar que, de acuerdo con la ley tradicional, si un Estado no reprime las actividades revolucionarias que se desarrollan dentro de su jurisdicción, el derecho costumbrista de la defensa propia es concedido automáticamente al gobierno amenazado.

La segunda consideración importante, como base del deber del Estado de evitar que los refugiados realicen actividades revolucionarias contra su anterior gobierno, se ha tomado en cuenta como estando indisolublemente unida al derecho del Estado de otorgar el asilo bajo el derecho internacional. Se acepta generalmente que el asilo es un derecho que pertenece únicamente a un Estado, y este último puede utilizarlo de acuerdo con sus disposiciones legales. (13). Esta teoría resulta de un acto de absoluta soberanía. Sin embargo, resulta cierto que el derecho de otorgar el asilo lo dá a los Estados el derecho internacional, y que, mientras los Estados tienen amplio campo para la aplicación y la interpretación de los hechos pertinentes, no resulta que no están limitados por consideración alguna. (14). Debería tenerse cuidadosamente en cuenta que al otorgar o negar el asilo los Estados no están realizando un acto cualquiera de política nacional, sinó más bien una función de la mayor consecuencia para la comunidad mundial. (15). Si estas observaciones son correctas, resultaría naturalmente que, en el cumplimiento de esta función, bajo el derecho internacional, junto con las obligaciones de amistad y solidaridad entre las naciones, a los refugiados políticos no se les debería permitir que comploten contra las instituciones de su país de origen. (16).— Debería, pues, resultar que el derecho de otorgar el asilo es concedido por la ley internacional con el fin de que sea ejercido bajo la condición implícita que el Estado que lo otorga no se convierta en base de actividades subversivas contra otra nación. También, debería quedar establecido que la situación de los refugiados políticos es radicalmente diferente de la de los ciudadanos del Estado que los recibe. En efecto, frente a éstos un Estado puede rehuir con éxito toda responsabilidad internacional, basándose simplemente en disposiciones constitucionales internas, (17), pero, en cuanto a los refugiados políticos, sin embargo, el simple otorgamiento del asilo permitiría presumir implícitamente que el Estado lo ha condicionado a un estricto control de sus actividades políticas. (18). El incumplimiento de este deber constituye claramente un abuso del derecho por el cual el gobierno comprometido es internacionalmente responsable. (19). Esta dictomía "derecho-deber" funciona automáticamente en el orden del derecho internacional, pues está firmemente basada en el reconocimiento de una comunidad de intereses que existe en la comunidad mundial, la que exige la supresión en el territorio de cada país, de actividades perjudiciales para Estados extranjeros. (20). Este requisito es el más satisfactorio, puesto que reconoce francamente que un derecho otorgado por el derecho inter-

nacional no puede ser empleado para violar el propio derecho internacional. (21).

II.— LA DOCTRINA EN SU PERSPECTIVA HISTORICA

Las anteriores observaciones no son realmente nuevas. Fueron muy bien establecidas en la doctrina de quienes fueron tradicionalmente considerados "Padres del Derecho Internacional".— Por consiguiente, nos parece interesante discutir sus doctrinas, aún cuando solamente fuere para percibir la consistencia histórica del principio que estamos estudiando.

Mientras Grocio, explícitamente, dijo que "una residencia permanente no podía denegarse a los extranjeros que, expulsados de sus hogares, buscaban refugio", agregó inmediatamente, como condición del asilo, "siempre que se sometieran al gobierno establecido y observasen las reglas necesarias para evitar conflictos". (22). Puede, es cierto, sugerirse que, al imponer esta condición, Grocio estaba realmente pensando en términos de orden público y de unidad interna del Estado que concedía el asilo. Sin embargo, una mejor observación de sus puntos de vista revela claramente que, para Grocio, las disenciones eran dificultades fatales de la sociedad que debían ser evitadas a todo costo y, por consiguiente, el mantenimiento de la paz y del orden constituían el más importante valor del derecho. (23). Agregando estos puntos de vista a su franca negación de los derechos de revolución (24), se debe, inevitablemente, llegar a la conclusión que Grocio consideraba las actividades revolucionarias de los refugiados contra su propio Estado, como igualmente reprensibles, y esto, sencillamente, porque también debían dar lugar al tipo de desorden interno que él condenaba vigorosamente.— Pero los puntos de vista de Grocio sobre el asunto no pueden ser adecuadamente comprendidos si no se recuerda que, para él, el derecho natural impone a los Estados el doble deber de otorgar el asilo a los perseguidos y de actuar como agentes de la comunidad mundial para conservar la paz y el orden. (25). Teniendo esto en cuenta, la tolerancia de las actividades revolucionarias de los refugiados es altamente inconsistente con la última obligación. Se puede decir, sin temor a equivocarse, que las ideas de Grocio no han perdido su validez para el mundo contemporáneo.

Como su ilustre predecesor, Vattel insistió en limitar el derecho de asilo mediante condiciones impuestas por el Estado que lo concede. (26). Sin embargo, contrariamente a Grocio, sus limitaciones sobre el asilo eran motivadas por un firme deseo de evitar complicaciones con los gobiernos extranjeros. Al respecto ha dicho:

Pero mientras que este derecho (el derecho de asilo) es necesario desde el punto de vista general, no debemos olvidar que es imperfecto con respecto a cada país en particular. Pues, por otro lado, cada nación tiene el derecho de negarse a admitir un extranjero en su territorio, cuando no puede ingresar a él sin exponer a esta nación a un evidente peligro, o causándole un daño manifiesto. (27).

Con relación al acápite anterior, y en la parte de su obra que se refiere a los deberes de una nación frente a otra, dijo con énfasis que:

Aún en los Estados que admiten libremente a los extranjeros, se presume que el soberano solo otorga el permiso bajo la condición implícita que ellos se someterán a las leyes.— Me refiero a las leyes de carácter general establecidas para el mantenimiento del orden y no solamente operantes en los casos de ciudadanos o súbditos. (28).

Como Vattel creía que los extranjeros estaban sometidos a las leyes del orden en igualdad de condiciones con los ciudadanos o súbditos (del Estado), las líneas citadas adquieren un significado más útil cuando son vistas frente al antecedente de su doctrina que se refiere al deber que tiene una nación de evitar que sus ciudadanos realicen actos perjudiciales para la paz de una nación extranjera. Como para nuestros fines esto es particularmente importante, sus palabras deben ser citadas aquí en extenso. Dijo:

La Nación, o el soberano, no debe permitir que sus ciudadanos injurien a los súbditos de otro Estado, aún menos que ofendan a ese mismo Estado; y esto no solamente porque ningún soberano debería permitir a quienes están bajo su autoridad que violen los preceptos del derecho natural, que prohíben tales actos, sino también porque las naciones deben respetarse mutuamente unas a otras, y evitar cualquier ofensa, injuria, o daño; en una palabra, todo cuanto pueda causar perjuicio a otros. Si un soberano que tiene el poder de hacer que sus súbditos actúen de manera justa, les permite injuriar a una Nación extranjera, tanto al Estado mismo como a sus ciudadanos, no hace menos daño a esa nación que si la injuria él mismo. Finalmente, la verdadera seguridad del Estado y de la sociedad en general exigen esta precaución de parte de todo soberano. (21).

Puede, por consiguiente, verse que Vattel consideraba la obligación de evitar que los refugiados realicen actividades revolucionarias contra las instituciones de su país como originada por un mutuo deber de promover la justicia entre las naciones. Como consecuencia de esta obligación se halla la necesidad de coexistencia de los Estados en la comunidad mundial, pues solamente de esta manera los derechos fundamentales de los Estados podrán ser asegurados de manera adecuada. Permitir a los refugiados hostilizar a su propio Estado desde un territorio extranjero, sería, según Vattel, violar claramente el derecho fundamental del primero a la independencia, alterando seriamente, de esta manera, las cordiales relaciones que las naciones deben siempre mantener entre ellas. Este aspecto de la posición Vatteliana ha permanecido inalterable, ya que gran parte de la doctrina, hoy día, está basada sobre este punto de vista.

Estas declaraciones de los "Padres del Derecho Internacional" destacan importantes aspectos de la esencia del derecho internacional. En efecto, parece claro que la pacífica coexistencia de las naciones en la comunidad mundial, donde los derechos de soberanía e igualdad de los Estados son postulados vitales del derecho, implican necesariamente una mutua obligación de suprimir actos revolucionarios dirigidos directamente contra una nación extranjera amiga. (30). Hoy día, como cuando escribían

Grocio y Vattel, los requerimientos de una coexistencia pacífica constituyen la razón de ser del deber de prevención impuesto al Estado que otorga el asilo. (31). El problema crucial consiste, por consiguiente, en saber si un gobierno avalúa suficientemente el interés de la comunidad mundial en su coexistencia pacífica como para imponerse a sí mismo la obligación de prevenir y castigar las actividades revolucionarias que comprometen las buenas relaciones entre las naciones. (32).

Si las anteriores observaciones son correctas, se podrá ver inmediatamente que el problema de autorizar a los refugiados políticos realizar actividades revolucionarias, no está solamente limitado a las relaciones entre los Estados. Es un asunto en el cual la comunidad mundial tiene también interés inmediato. Un elemento que pudo haber permitido abordar adecuadamente este problema, es que, históricamente, las posibilidades de que los refugiados podrían haberse comprometido en actividades revolucionarias no se presentó realmente hasta fines del siglo diecinueve y principios del siglo veinte. Bajo las condiciones reinantes en el siglo dieciocho, los refugiados políticos, especialmente los acusados de una ofensa contra el Estado, eran fácilmente objeto de extradición mediante tratados vigentes. (33). De hecho, antiguos tratados de extradición tenían por objeto hacer posible esta medida, de manera que los Estados de origen de los refugiados podían imponerles castigo de acuerdo con sus propias leyes. (34). Esta experiencia del siglo dieciocho demostró ser inconveniente bajo las condiciones reinantes en el siglo veinte. En efecto, refugiados que se rebelan sin éxito contra la opresión, obtuvieron asilo garantizado desde el siglo diecinueve, cuando el Parlamento Belga dió una ley famosa, exceptuando de la extradición a los delincuentes políticos. (35). Aún más, los refugiados han logrado, hoy día, una importancia cada vez mayor, pues los Estados parecen utilizarlos como para favorecer la subversión en su nación sin una abierta intervención. (36). Como, por esta razón, los refugiados constituyen efectivos y ocultos medios de agresión, son invariablemente asegurados del apoyo del gobierno en cuya jurisdicción han recibido asilo. (37). Es precisamente entonces que el derecho internacional actúa inmediatamente, pues lo que el derecho internacional requiere es que el referido gobierno no tolere que esos grupos intenten comprometerse en movimientos revolucionarios contra otro Estado. Hay amplia evidencia que concede fundamento a la afirmación que la tolerancia de actividades revolucionarias por refugiados constituye un acto de agresión, de los que el Estado que otorga el asilo es internacionalmente responsable. (38).

Con estas consideraciones en mente, resulta muy aparente que, debido a políticas nacionales, esta rama del derecho es capaz de ostentar un alto grado de inestabilidad. Es interesante, pero no del todo sorprendente, anotar que la práctica legal de los Estados en este aspecto se halla dirigida por una variedad de reglas que dependen de gran número de factores. Estos podrán verse en la aplicación de la ley en los Estados Unidos y en las frustradas tentativas del derecho internacional para una efectiva reglamentación.

III.— LA LEY Y LA PRACTICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

La ley de los Estados Unidos sobre las acciones subversivas de los refugiados contra su gobierno está exclusivamente limitada a obligaciones que resultan de las leyes de neutralidad referentes a una guerra civil o internacional. Ha quedado, por consiguiente, bien establecido que los actos políticos de los refugiados contra un gobierno extranjero no son sancionados mientras no forman parte de una expedición militar o naval contra un Estado con el cual los Estados Unidos mantienen amistosas relaciones. (39). En lo que se refiere al castigo de expediciones militares hostiles, la mencionada disposición dice:

Quienquiera que, dentro de los Estados Unidos, a sabiendas, inicia o prepara, o provee o prepara actos para o proporciona dinero, para, o toma parte en, cualquier expedición militar o naval para ser llevada a cabo desde aquí contra el territorio o dominio de cualquier príncipe o estado extranjero, o de cualquier colonia, distrito, o con quienes los Estados Unidos se hallan en paz, será multado con no más de \$ 3.000 o prisión no mayor de tres años, o ambos. (40).

Interpretando la anterior disposición, las Cortes han sostenido, de manera uniforme, que una expedición militar se caracteriza por una asociación u organización de carácter militar, (41), que tenga la finalidad común de realizar una operación hostil contra un Estado amigo. (42). El hecho de emprender acciones revolucionarias contra un gobierno extranjero, sin reunir ambas condiciones, parece dejarlas sin castigo, ya que, desgraciadamente, ninguna legislación específica cubre tales situaciones. La mayoría de estos principios se hallan ilustrados de manera instructiva mediante comunicaciones enviadas por el Departamento de Estado en respuesta a quejas de gobiernos extranjeros por alegadas actividades revolucionarias realizadas dentro del territorio de los Estados Unidos. Es así como, el 5 de Setiembre de 1906, el Gobierno Federal detuvo a miembros de una expedición militar contra Méjico organizada en los Estados Unidos. (43). La evidencia demostró que un numeroso grupo de hombres armados trataba de cruzar la frontera para derrocar al Gobierno Mejicano. (44). Más tarde, sin embargo, cuando el Gobierno Mejicano llamó la atención del Departamento de Estado sobre algunos complots realizados en el lado americano de la frontera, el Gobierno de los Estados Unidos rehusó actuar, basándose en el hecho de que no existían pruebas evidentes según las cuales las personas comprometidas habían violado la neutralidad de los Estados Unidos organizando una expedición militar contra Méjico. (45). De una manera similar cuando, en 1885, el Gobierno Británico solicitó información para saber si la participación en la Liga Nacional Irlandesa, organización cuya finalidad era promover una insurrección en Irlanda, constituía un delito contra las disposiciones sobre sedición de los Estados Unidos, el Departamento de Estado contestó brevemente que "traición y sedición, considerados como delitos en esas disposiciones, constituyen trai-

ción y sedición contra los Estados Unidos, y no son objeto de castigo la traición y la sedición contra soberanos extranjeros". (46). Parece pertinente agregar que el Departamento de Estado informó al Gobierno Británico que las personas que actuasen en esa forma podrían ser sometidas a la jurisdicción de las Cortes estatales. (47). También, en una comunicación de fecha 31 de Julio de 1881, dirigida al Ministro de España, con relación a las actividades revolucionarias de los partidarios de la insurrección cubana, el Departamento de Estado expuso puntos de vista similares en una forma aún más definida: "Ellos (los Estados Unidos) no pueden asegurar que un hecho delictivo, realizado dentro de una jurisdicción extranjera, sería castigado aquí". (48). Finalmente, en su Cuarto Mensaje al Congreso, el Presidente Grover Cleveland, al referirse a las actividades revolucionarias de los cubanos en los Estados Unidos, deploró que "el espíritu de nuestras instituciones y el tenor de nuestras leyes no permita que (actividades revolucionarias) sean objeto de instrucciones criminales". (49).

El cuerpo de la evidencia, considerado de esta manera, parecería indicar que, según la ley americana, una actividad revolucionaria sólo se convierte en hecho punible si adquiere la forma de una expedición militar o naval. (50). Confrontada con esta posición técnico-legal, y tal como puedan ser comprendidas, *stricto sensu*, las actividades revolucionarias, la cuestión interesante es la de saber hasta que punto el Gobierno de los Estados Unidos se halla limitado por las reglas del derecho internacional que impone a los Estados el deber de evitar que los refugiados políticos emprendan acciones contra su propio gobierno. Esta cuestión es la más importante, desde que gran parte de esa disposición se halla incluida en varios tratados, algunos de los cuales han sido firmados por los Estados Unidos. Es particularmente interesante, bajo este aspecto, el Convenio Pan-Americano sobre los Deberes y Derechos de los Estados en el caso de lucha Civil, firmado en La Habana el 20 de Febrero de 1928, (51). Este obliga a las partes "a emplear todos los medios a su disposición para evitar que los habitantes de su territorio, nacionales o extranjeros, participen reuniendo elementos, cruzando la frontera o partan navegando de su territorio con la finalidad de provocar una contienda civil". (52). Con intención similar, la Carta de las Naciones Unidas (53) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (54) contienen disposiciones de carácter general prohibiendo la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro. No puede dudarse que estas disposiciones imponen a los Estados Unidos una obligación específica para impedir actividades revolucionarias de cualquier persona, la que se halla claramente en desacuerdo con las declaraciones del Departamento de Estado arriba mencionadas. Más recientemente, el Departamento de Estado ha reconocido el carácter forzoso de la obligación cuando ha sido incorporada en un tratado en el cual los Estados Unidos es una de las partes. (55). La existencia de un tratado conteniendo tal obligación es, por lo tanto, una consideración que prevalece, pues indica, esencialmente, que la acostumbrada libertad de acción de los Estados Unidos ha llegado técnicamente a su fin. Este cambio drástico en la posición Americana, puede ser, en resumen, atribuido a dos fac-

tores. El primero es el firme convencimiento que, bajo el derecho internacional, la obligación de impedir actividades revolucionarias contra un gobierno extranjero no existe fuera de un tratado (56), y el segundo es, sencillamente, que, según el derecho Americano, no existe un derecho costumbrista federal de delitos; que los delitos federales deben ser establecidos por la legislación (57); y que, desde que los tratados hechos bajo la autoridad de los Estados Unidos constituyen la ley del país, (58) el Presidente puede presumiblemente actuar con un tratado en la misma forma como lo haría con una ley del Congreso. (59). Esta posición no puede, aparentemente, ser sostenida desde el punto de vista constitucional, tratándose de obligaciones que resultan de leyes internacionales de carácter general, (60). Se podría agregar que, a falta de un tratado, la incapacidad de los Estados Unidos para impedir actividades revolucionarias dentro de su territorio se halla verdaderamente de acuerdo con su repugnancia a aumentar las restricciones impuestas a sus residentes, ya que al proceder así impondría injustificables limitaciones a las libertades constitucionales.

Las anteriores observaciones nos hacen llegar a otro aspecto de la práctica Americana, esto es que, al tratar de impedir que los refugiados se dediquen a actividades revolucionarias, especialmente a la propaganda revolucionaria, podrían presentarse inmediatamente dificultades de carácter constitucional. Específicamente, la acción gubernamental para prevenir actividades revolucionarias produciría dificultades que comprometerían las garantías constitucionales de libertad, de palabra y de prensa. Es así como cuando, el 28 de Noviembre de 1910, el Gobierno Mejicano se quejó de que dos revolucionarios se habían dirigido a Texas para provocar dificultades contra Méjico, el Departamento de Estado declaró terminantemente que "desde que la Constitución Americana garantiza la libertad de palabra y de prensa, la simple propaganda dentro del país o que saliera de él no caería bajo estas reglas (neutralidad) y, por lo tanto, no serían punibles aquí". (61). En otra comunicación, el Departamento de Estado dijo, en forma concluyente:

Teniendo en cuenta la importancia que Vuestra Excelencia otorga al hecho que esos a quienes designa como filibusteros, están realizando más o menos propaganda periodística en este país, debo repetir lo que hé declarado muchas veces al antecesor de Vuestra Excelencia, esto es que la realización de mera propaganda, ya sea escrita o de palabra, no constituye una ofensa al derecho de las naciones, ni tampoco a la ley local, ya que la libertad de palabra y de prensa es, según la Constitución de los Estados Unidos, asegurada de manera absoluta a quienes se hallan bajo su jurisdicción. (62).

Podría citarse muchos otros casos en los cuales se han hecho rotundamente las mismas declaraciones. (63). La dificultad básica de esta política fundamental es razonablemente obvia. Refleja una falta de consideración sobre tales valores como la paz y la seguridad que deben ser reconocidos en la escena mundial, y que los Estados deben efectivamente promover en su jurisdicción interna. A los interesados en la co-existencia pacífica de las naciones como base del orden mundial, tales declaracio-

nes del Departamento de Estado pueden, apenas, cumplir con las obligaciones de los Estados Unidos de lograr una conveniente protección para los gobiernos extranjeros amigos contra las actividades y la propaganda revolucionaria. (64). Esto sugiere simplemente la conveniencia de no extraer de la práctica de los sistemas legales internos ninguna regla general del derecho internacional que permita a los Estados ignorar las actividades revolucionarias de los refugiados sobre bases netamente internas. Aún si en la práctica este problema puede ser real, debería recordarse que la obligación de un Estado en el terreno internacional no puede eludirse a base de dificultades internas de orden constitucional. (65). Puede decirse que la práctica Americana se halla en contradicción con los requerimientos del derecho internacional. Esta sugerencia es tanto más efectiva cuando se considera que el gobierno federal dispone de suficiente poder constitucional para legislar sobre este asunto, pues la Constitución otorga al Congreso el poder de: "Definir y castigar. . . . ofensas contra la Ley de las Naciones". (66). Que las actividades revolucionarias contra un gobierno extranjero constituyan ofensa contra la ley de las naciones es algo que puede difícilmente negarse, ya que esto está indisolublemente ligado con la paz y la seguridad de la humanidad. (67). El cumplimiento de obligaciones de esta naturaleza, en el terreno interno, puede ser perfectamente ilustrado mediante un "Acto Constitucional", del 16 de Mayo de 1884, previniendo y castigando la falsificación, dentro del territorio de los Estados Unidos, de vales, acciones y otros valores de Gobiernos Extranjeros. (68). Este fallo se rindió en el asunto Estados Unidos V. Arjona, (69) y en él la Corte expresó cuales eran las obligaciones de los Estados Unidos, en los siguientes términos:

La ley de las naciones exige que todo gobierno nacional emplee la "debida diligencia" para evitar que un daño se realice dentro de su propio territorio en perjuicio de otra nación con la cual se halle en paz, o a su pueblo; y, por esta razón la obligación de una nación de castigar a quienes dentro de su jurisdicción, falsifican la moneda de otra nación ha sido desde siempre reconocida. (70).

Es muy difícil ver porque semejantes consideraciones no se aplicarían a situaciones que comprendan actividades revolucionarias contra gobiernos extranjeros. Se podrá, desde luego, hacer notar que aún la más difícil objeción constitucional, en cuanto se refiere a la libertad de palabra y de asociación, debe ser refutada. Tratando de darle una respuesta, podría recordarse que las reglas federales y de los estados han impuesto penas criminales para los hechos sediciosos y las publicaciones injuriosas a la moralidad pública, y que tales reglas han sido tomadas en cuenta por las Cortes contra los ataques basados sobre la libertad de palabra y de prensa. (71). Debe considerarse, sin embargo, que el funcionamiento de esta clase de legislación se halla cuidadosamente circunscrita, pues la Corte Suprema de los Estados Unidos ha exigido para ello dos condiciones. Estas son, que el delito sea propiamente definido a fin de que se considere dentro de las excepciones de la libertad de palabra y de prensa, (72), y que los hechos así castigados constituyan un "claro y actual pe-

ligro" y que producirían el daño efectivo que el cuerpo legislativo debe prevenir. (73). El "claro y actual peligro", es una norma de las más importantes en cuanto a limitación, desde el punto de vista constitucional, a la libertad de palabra y de prensa. Significa, esencialmente, que antes de que un hecho sea castigado por el gobierno deberá ordinariamente haber ocurrido "en tales circunstancias" o haber sido "de tal naturaleza como para crear un claro y actual peligro" al punto de producir "daños sustantivos" que el gobierno tiene el poder de prevenir. (74).

Por consiguiente, parece que una legislación castigando las actividades revolucionarias de parte de los refugiados, podría aplicarse dentro de los mismos límites. (75). Un amplio apoyo a esta conclusión puede encontrarse en la recomendación del Comité Presidencial sobre los Derechos Civiles de 1947, que, refiriéndose a la legislación que castiga la propaganda subversiva, llegó a la conclusión que la libertad de palabra y de prensa no sería infringida si la regla del "claro y actual peligro" se aplicara teniendo en cuenta una evidente culpabilidad y un procedimiento adecuado". Los beneficios que podrían retirarse de esta consideración llevarían a implantar la regla del derecho en la comunidad mundial. (77). Esto se ha convertido en un imperativo de la vida internacional, pues hoy día más de cien Estados de diversos sistemas políticos han llegado a desempeñar un papel vital en el desarrollo de la comunidad mundial. (78). Ciertamente, la coexistencia pacífica de estos Estados en la Comunidad mundial parecería sugerir que sus gobiernos se hallan asegurados contra las actividades revolucionarias y propaganda hostil que tengan su origen en otras jurisdicciones.

IV.— LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LOS CASOS QUE SE REFIEREN A LA PROTECCION DE LAS ACTIVIDADES DE LOS REFUGIADOS

Los argumentos alegados en las páginas anteriores deben ser examinados ahora con relación a algunos casos específicos en los que el Gobierno de los Estados Unidos ha sido acusado ante las Naciones Unidas de haber ayudado a los refugiados para derrocar a su propio gobierno. El más importante de estos casos fué tal vez la queja presentada por los países de la Cortina de Hierro ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, basándose en el artículo 101 (a) del Acta de Seguridad Mútua del Congreso, en 1951. (79). El artículo 101 (a) del Acta señala una suma de 100.000.000 de dólares para:

Cualesquiera personas indicadas que estén residiendo en o escapen de la Unión Soviética, Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Albania, Lituania, Latvia y Estonia, o de la zona comunista u ocupada por los comunistas de Alemania o Austria, o de otros países absorbidos por la Unión Soviética, ya sea para constituir con tales personas elementos para las fuerzas que participan en la Organización del Tratado del Atlántico Norte o para otros fines, cuando el Presidente determine que tal ayuda contribuiría a la defensa de la Alianza del Atlántico Norte y a la seguridad de los Estados Unidos. (80).

Al pedir a la Asamblea General de la Naciones Unidas que condene tal decisión, el representante soviético ante el Comité Político mantuvo con firmeza que esta legislación constituía un "acto agresivo..... (y) una intervención en los asuntos internos de otros Miembros de las Naciones Unidas, lo que era incompatible con la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional". (81). Siguiendo de cerca al planteamiento soviético, el representante de Polonia hizo una referencia especial al Convenio de Londres de 1933 que incluía, *inter alia*, la protección a grupos armados que invadiesen el territorio de otro Estado en la definición de la agresión. (82). Dejando aparte el hecho de que la mayoría de los delegados consideró la queja como sin base y exagerada emocionalmente, lo que se manifestó mediante el incondicional rechazo de la moción Soviética condenatoria debe hacerse notar que le representante de los Estados Unidos no discutió la finalidad de la ley tal como se planteó por las naciones reclamantes, pero disintió vigorosamente de la interpretación dada por tales naciones al Acta de Seguridad Mútua. (83). Por consiguiente, mientras el representante de los Estados Unidos aceptaba en principio que la protección a los refugiados que se rebelan contra su gobierno constituye un delito internacional, hizo notar claramente que la intención y propósito del Acta de Seguridad Mútua era "proteger a los refugiados contra la persecución política para participar en la defensa de la Comunidad del Atlántico Norte, si deseaban hacerlo". (84). Como nadie entonces discutió la legalidad de la Alianza de la Organización del Atlántico Norte, (85), el Acta de Seguridad Mútua fué defendido por muchos delegados basándose en la Carta de las Naciones Unidas, la que entre sus propósitos menciona el de "medidas efectivas para prevenir y remover actos contra la paz, y para la supresión de actos de agresión y otros hechos contra la paz....." (86). Ciertamente que la posición adoptada por los Estados Unidos parece encontrarse dentro de esta providencia. (87).

Debe tal vez hacerse notar, al respecto, que, al contestar a la queja del Soviet, el Gobierno de los Estados Unidos no discutió el principio según el cual la protección de las actividades revolucionarias de los refugiados por el Estado de Asilo constituye un acto de agresión. Este principio fué invocado antes por el representante Americano ante la Asamblea General en un caso anterior entre Grecia por un lado y Albania, Bulgaria y Yugoslavia por otro, cuando el Gobierno Griego sostuvo que sus vecinos del norte ayudaban a los refugiados griegos a derrocar a su gobierno. (88). Reflejando los sentimientos de la mayoría de los miembros del Comité Político, el representante de los Estados Unidos declaró agudamente que: "Albania, Bulgaria y Yugoslavia habían violado el principio del derecho internacional según el cual un Estado no debe proteger grupos que se hallan en rebeldía contra el gobierno legal de su país". (89). Esta posición Americana es aún más precisa por otra razón, esto es, que se refiere al principio general del deber del Estado de proteger otros Estados contra actos injuriosos o dañinos que se produzcan dentro de su jurisdicción. El caso histórico del "Alabama Claims" (90) es susceptible de ma-

por aplicación. Bajo este aspecto, la distinción tradicional entre expediciones hostiles organizadas, condenadas por el derecho internacional, y actos revolucionarios individuales, que no lo son, examinados en la discusión de la ley Americana, no tiene básicamente defensa, pues en ambos casos la obligación de prevenirlos es operante.(81). Hay mucho en la vida internacional contemporánea que convierte esa distinción tradicional en algo anticuado.

El problema se ha convertido en algo de la mayor importancia en las condiciones actuales, cuando miles de refugiados cubanos, huyendo de la alegada persecución de su gobierno, han recibido asilo en los Estados Unidos. Se considera, en general, que estos refugiados están realizando en los Estados Unidos actividades revolucionarias destinadas a derrocar al régimen Cubano. (92). El asunto adquirió importancia internacional cuando el Gobierno Cubano lo llevó ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 18 de Julio de 1960. (93). Declaraba sustancialmente que, al tolerar grupos subversivos en su territorio, el Gobierno de los Estados Unidos estaba contraviniendo su deber de no-intervención, atentando de esta manera contra la paz mundial. Frente al rechazo de los Estados Unidos y al fuerte apoyo de otras naciones, el Consejo de Seguridad declaró el 19 de Julio de 1960, que el asunto se hallaba bajo discusión de la Organización de los Estados Americanos, aplazando su consideración hasta recibir un informe de tal Organización. (94). Más recientemente, cuando una invasión contra el Gobierno Cubano fué señalada como habiendo partido de los Estados Unidos, el Gobierno Cubano presentó una nueva queja ante la Asamblea General, el 17 de Abril de 1961, acusando a los Estados Unidos del "delito internacional de agresión". (95). Es de algún interés notar que la queja Cubana mencionaba el artículo 960 del Código de Estados Unidos, que prohíbe la iniciación o preparación de una expedición militar o naval dentro de los Estados Unidos. (96). Fuera de las razones de esta discusión, la evidencia indicaba fuertemente que gran número de refugiados Cubanos habían sido entrenados en los Estados Unidos y otras zonas de la América Central con el propósito aparente de derrocar al actual régimen Cubano. (97). Aún el Departamento de Justicia de los Estados Unidos se preocupó seriamente de estos casos, pues creía visiblemente que estas actividades revolucionarias eran violatorias de la neutralidad de los Estados Unidos, al tratar de preparar y organizar una expedición militar contra un gobierno extranjero. (98). Esta conclusión se hallaba fuertemente apoyada por el hecho que una Corte Federal del distrito de Miami acusó a un jefe de estos grupos precisamente por haber preparado una expedición militar en violación de la ley de los Estados Unidos. (99). Es notorio agregar que cuando los refugiados Cubanos establecieron recientemente un gobierno provisional en los Estados Unidos, el Departamento de Estado les advirtió brevemente que tal acto "violaría la soberanía de los Estados Unidos y el derecho internacional" si se hiciera sin el consentimiento de los Estados Unidos. (100).

Estos dos casos por los cuales los Estados Unidos han sido acusados ante la Organización Mundial de ayudar a los refugiados a rebelarse

contra su gobierno son altamente instructivos desde el punto de vista legal y político, pues demuestran claramente a que punto es difícil para un gobierno mantenerse dentro del marco de sus obligaciones frente al derecho internacional cuando el derrocamiento de un gobierno hostil sería claramente ventajoso para él. Puede verse que en tales situaciones la aplicación de la ley se halla frente a intereses políticos del más alto nivel, y esta es la razón por la que presenta un alto grado de inestabilidad. (101). En el caso de los Estados Unidos, esta preeminencia de los deberes internacionales es de lo más dramático, teniendo en cuenta la aparente política Americana de evitar mezclarse en una situación que no solamente disminuiría la posición Americana frente a la comunidad internacional, sino también que proporcionaría argumentos a la propaganda que las naciones están actualmente realizando.

Sin embargo, para justificar jurídicamente la política Americana de permitir que refugiados políticos participen en actividades revolucionarias, se ha presentado la tesis atractiva que los Estados Unidos pueden hacer esto bajo los derechos de legítima defensa y de represalias, que se alega son garantizados por el derecho internacional. (102). Desde que estos dos derechos tienen singular importancia contemporánea, merecen que se discutan muy especialmente aquí.

El derecho a la legítima defensa, tal como se aplica al asunto al que nos referimos, parecería convertirse en una violación de los derechos de los Estados Unidos, emprendidos conjuntamente por la Unión Soviética y sus satélites, y por el actual Gobierno de Cuba. Como la tolerancia de tales actividades por el Estado territorial es generalmente considerada como un delito desde el punto de vista internacional (103), se podía convincentemente arguir que los Estados Unidos pueden hacer lo mismo dentro de su jurisdicción para defenderse ellos mismos contra la posibilidad de ataques o subversiones. Para plantear el asunto de distinta manera, el derecho a la integridad territorial de parte de los Estados Unidos les otorga el derecho de defensa propia contra agresiones. Se implica en esta afirmación el reconocimiento que el derecho de soberanía territorial de los Gobiernos Comunista y Cubano no es de ninguna manera absoluto y que debe ser ejercido de acuerdo con las normas del derecho internacional. La defensa propia de los Estados Unidos se ejerce, por consiguiente, con miras a evitar la violación de la soberanía de los Estados Unidos por otra jurisdicción. Estos puntos de vista parecen indiscutibles, pero dan lugar a críticas desde el punto de la regla del derecho en la comunidad mundial, y deben ser, por lo tanto, cuidadosamente examinados. El punto de partida en este análisis es el deber de los Estados de evitar que se utilice su soberanía por individuos con el objeto de turbar seriamente la paz y la seguridad de otra nación. Ya se ha visto que permitir que tales actividades sigan sin sanción bajo el derecho de la soberanía territorial, daría ciertamente lugar a un abuso del derecho frente al cual la comunidad amenazada protestaría. (104). Por consiguiente, desde que los Comunistas y el actual Gobierno de Cuba se hallan dedicados a actividades altamente perjudiciales a la seguridad de los Estados Unidos, el derecho de la defensa

propia de estos se presentó de inmediato. Y los Estados Unidos han ejercido este derecho, no mediante una intervención directa, sino tolerando las actividades revolucionarias contra esos Gobiernos de parte de sus propios nacionales que buscan asilo en los Estados Unidos. Planteado de esta manera, el derecho de los Estados Unidos para ejercer su propia defensa se presenta con absoluta claridad.

El núcleo del problema se halla, sin embargo, en el hecho que el recurso a medida de defensa propia, aún en la forma limitada que hemos señalado, constituye una invitación abierta para que el fuerte sea *judex in causa sua* y, como bien lo observó el Profesor Julius Stone, sería realmente una incongruencia pensar que tal medida estaría relacionada funcionalmente con asuntos ordenados de la comunidad mundial. (105). Por otra parte, se sugiere irresistiblemente el argumento que la defensa propia es francamente una sanción legal en una sociedad internacional carente de una maquinaria centralizada para aplicar la ley. (106). Seguramente que, como una propuesta del poder político, basado en la discutible suposición que la defensa propia es una sanción de la ley, esta sugerencia podría ser muy aceptable. Como una propuesta jurídica, sin embargo, podría difícilmente hallar una base que la justifique, pues la defensa propia como coacción para el cumplimiento de la ley puede solamente funcionar en una situación en la que una gran potencia se halla frente a un Estado pequeño. (107). Pero, en asuntos en los cuales se oponen dos grandes poderes, es evidente que cada uno ejercerá las libertades que les permite la defensa propia, y, lo que es aún más perplejo, cada uno identificará su posición y resultará la guerra entre ambos; pero resultaría ciertamente una paradoja curiosa si se considerara tales actos como emanando de la voluntad de la comunidad mundial.

Las anteriores observaciones subrayan simplemente el importante hecho según el cual medidas de defensa propia no son principalmente cuestiones de derecho sino de las relaciones políticas entre los Estados, (108), y, por consiguiente, la política de un Estado basada sobre tal teoría es altamente discutible, para no decir más. Esta conclusión es defendible mediante las bases de la Carta de las Naciones Unidas, pues ésta ha impuesto substanciales restricciones al derecho de defensa propia. Al respecto, se puede mencionar el Artículo 51, que, al referirse al derecho de defensa propia, dice lo siguiente:

Nada en la presente Carta podrá impedir el derecho a la defensa propia, individual o colectiva, si un ataque armado se produce contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta que el Consejo de Seguridad haya adoptado las medidas necesarias para mantener la paz internacional y la seguridad. Las medidas tomadas por los Miembros en el ejercicio de este derecho de defensa propia deberán ponerse inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad y no deberán de ninguna manera afectar la autoridad ni la responsabilidad del Consejo de Seguridad, bajo la presente Carta, a fin de que pueda tomar tales medidas que juzgue necesarias con el fin de mantener y restablecer la paz internacional y la seguridad. (109).

Esta disposición, contradictoria como es, parecería clara y simple en su propósito, pues no solamente salvaguarda el derecho tradicional de la defensa propia, sino que también lo restringe. Este artículo reduce el campo para el ejercicio de la defensa propia a circunstancias relacionadas con un ataque armado y solamente hasta que el Consejo de Seguridad haya adoptado medidas necesarias para mantener la paz internacional y la seguridad. Por consiguiente, debería resultar claro que la defensa propia está limitada tanto al motivo que la ocasiona como a su duración. Aún cuando ninguna definición autorizada de un ataque armado ha sido sugerida, se acepta generalmente que un ataque armado constituye un tipo especial de agresión. (110). El límite entre un ataque armado y otras clases de agresión es en casos particulares muchas veces difícil de establecer. Sin embargo, se presume, que "ataque armado" es un término más exacto que el de "agresión". (111). Probablemente incluye tales actos como la invasión de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado o algún otro grave atentado a la paz internacional. Basándonos en este análisis, es muy discutible que campañas subversivas realizadas por los Gobiernos Soviético y Cubano harían funcionar el artículo 51 de la Carta, mientras grupos subversivos de cierta importancia no invadan (actualmente) el territorio de los Estados Unidos. Este análisis del derecho de propia defensa demuestra, más adelante, el débil fundamento que concede al Acta de Defensa Mútua y a la tolerancia de actividades revolucionarias de los refugiados Cubanos por el Gobierno de los Estados Unidos. Esto, desde luego, no disminuye la importancia del problema que se refiere a la seguridad de los Estados Unidos frente a las actividades subversivas que tienen su origen en los denominados regímenes Comunistas. Muestra, sin embargo, que el empleo de la propia defensa en la forma sugerida no puede ser admitido en adelante en el derecho internacional. (112). El fomento de las actividades revolucionarias de los refugiados es realmente un arma política que no tiene base legal. El problema es verdaderamente difícil y debe ser solucionado mediante la dación de una ley. Se puede agregar, sin embargo, que las largas y penosas discusiones entre el Oeste y los Comunistas en el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas, han aumentado, en lugar de disminuir, las dificultades del problema.

Es aún posible basar la política de los Estados Unidos en las represalias, como lo sugirió fuertemente el Profesor John B. Whitton. El profesor Whitton hizo valer recientemente esta tesis, con el fin de respaldar las aspiraciones de los pueblos dominados por el Soviet para que puedan deshacerse de la tiranía Comunista. (113). Sin embargo, un estudio más serio de las represalias en el derecho internacional hace llegar a conclusiones similares a las alcanzadas con respecto al derecho de la propia defensa. El recurso a las represalias es un conocido procedimiento en el derecho internacional. Según éste cuando una nación es perjudicada por acciones ilegales de personas que se hallan bajo la jurisdicción de otro país tiene el derecho de ir al territorio de estas y castigar a los ofensores individuales. (114). Las represalias aplicadas bajo esta forma implican el de-

recho de la comunidad ofendida para castigar a un Estado por la violación de una obligación internacional. Puede verse inmediatamente, sin embargo, que el recurso a las represalias no es más que la aplicación de la propia ayuda por la comunidad agraviada, y queda en la teoría que el Estado ofensor no ha podido ejercer medidas de prevención. (115). Pero represalias con el fin de rectificar errores, aún autorizadas por la costumbre internacional antes de la Primera Guerra Mundial, han sido prohibidas por tratados de la mayor autoridad. Son particularmente aplicables el Pacto de la Liga de las Naciones, el Pacto Kellogg-Briand, y la Carta de las Naciones Unidas. Para los presentes fines, debe mencionarse que la Carta de las Naciones Unidas obliga a los Miembros de las Naciones Unidas "a solucionar sus conflictos internacionales por medios pacíficos de manera que la paz internacional, la seguridad y la justicia, no se hallen en peligro". (116). Esta disposición parecería restringir substancialmente el uso de represalias con fines coercitivos. Restringiendo aún más el alcance de las represalias tenemos la disposición que prohíbe a los Miembros emplear "la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra manera en desacuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas". (117). La combinación de estas disposiciones demuestra notablemente bien que medidas coercitivas o punitivas de un Estado contra otro, aún con el fin de reprimir actos ilegales, ya no son métodos permitidos para solucionar conflictos internacionales. (118). El Profesor Whitton ha sugerido, sin embargo, que las represalias son todavía sanciones de la ley y que se hallan limitadas solamente por dos reglas, esto es, la regla de la necesidad y la de la proporcionalidad. Dice al respecto que:

Bajo la regla de la necesidad, el Estado que adopta represalias debe haber tratado en vano de obtener satisfacción, por ejemplo, protestando ante la otra parte sin resultado. Esta regla ha sido respetada en el presente caso (caso de los Estados Unidos). En segundo lugar, el daño infligido por las represalias debe ser razonablemente proporcionado a la injuria sufrida por el Estado que aplica la represalia. (119).

No hay duda que estas reglas fueron establecidas para mantener a las represalias dentro de límites razonables. A pesar de esas limitaciones, siempre permanece el hecho inevitable que las represalias no pueden justificarse a la luz de los principios señalados por la Carta de las Naciones Unidas. Refiriéndose a la naturaleza ilegal de las represalias, el Juez Philip C. Jessup ha dicho acertadamente que "Un estado agraviado se halla ahora frente al deber, si es Miembro de las Naciones Unidas, de llevar su caso ante el Consejo de Seguridad y no de adoptar por sí mismo medidas de fuerza". (120). El valiente esfuerzo del Profesor Whitton para considerar a las represalias en términos jurídicos descuida tomar en cuenta que el recurrir a ellas sigue siendo un arma del fuerte contra el débil, y que es del todo incompatible con el concepto de una comunidad mundial firmemente basada en la regla del derecho. (121). Justos y ordenados procedimientos constituyen la esencia del derecho, y estos objetivos no podrán alcanzarse si conceptos tales como el de la defensa propia, de los que las

represalias constituyen una de las formas, siguen dominando el orden legal entre los Estados.

CONCLUSION

El análisis presentado en este artículo puede llevar a considerar que realmente deja a un gobierno, contra el cual se realiza una propaganda hostil y subversiva, sin ningún medio legal para detenerla. Contrarrestar tales actos hostiles mediante la tolerancia de actividades revolucionarias de los refugiados, basándose en alegados derechos de defensa propia y represalia, ha sido considerado como contrario al derecho internacional existente. Mientras esta conclusión puede aún no quedar libre de duda, el cuerpo de evidencia aquí reunido parecería indicar claramente que la protección de actividades revolucionarias por el Estado asilante es equivalente a una complicidad en el acto, y que, como tal, constituye una seria brecha en el deber de prevención que la ley internacional ha impuesto claramente a los Estados. (122). Hechos recientes demuestran, en forma concluyente, que la paz y la seguridad de la humanidad se hallan esencialmente en juego en estas circunstancias, pues otras naciones se aprovechan de la situación para apoyar al grupo que está más de acuerdo con su ideología. Aún más, experiencias anteriores de guerras pasadas, permiten sugerir que los conflictos internacionales tienen muchas veces su origen en conflictos locales entre Estados pequeños o en una guerra civil aparentemente limitada al territorio de un Estado. (123). Es precisamente por el peligro potencial que presentan las actividades revolucionarias de los refugiados, que existe la obligación de evitar que se dediquen a ellas y que esto debe constituir un principio fundamental del derecho. Podrá, en adelante, decirse que la violación de esta obligación no solamente justifica vigorosas protestas de parte del gobierno agraviado, sino también la aplicación de medidas preventivas o coactivas de parte de las Naciones Unidas. Decir esto es también reconocer que, desde que las medidas de coerción pueden ser únicamente aplicadas por las Naciones Unidas, el recurso unilateral a tales medidas ya no tiene ninguna base legal. Esta conclusión llevará ciertamente por un largo camino hacia la mitigación de los elementos anárquicos que existen ahora en la comunidad mundial, contribuyendo a implantar la ley y la justicia como bases de las relaciones entre los Estados.

CITAS MENCIONADAS EN EL ARTICULO ANTERIOR

- 1.— El derecho de otorgar asilo no se discute aquí. Este derecho del Estado es generalmente reconocido. Ver, al respecto, García—Mora,
- 2.— 2 Podestá Costa, *Derecho Internacional Público* 245—48 (3a. Ed. 1956).
- 3.— Aparentemente el Profesor Quincy Wright pone mucho énfasis en este principio. Ver Wright, *Subversive Intervention*, 54 *Am. J. Int. L.* 521, 528 (1960).

- 4.— 1 Fauchille, *Traité de Droit International Public* 3—10 (8a. Ed. 1925).
- 5.— Caso de la Isla de Palmas (Estados Unidos v. Holanda). Para el texto ver 2 U. N. Rep. Int. L. Arb. Awards 829 (1949) (Énfasis agregado).
- 6.— El Juez John Bassett Moore en su opinión, en discordia, en el caso "Lotus", dijo: "Queda bien establecido que un Estado está obligado a actuar diligentemente para prevenir la realización en su territorio de actos criminales contra otra nación o su pueblo". Caso del S.S. "Lotus", P.C.I.J. Ser. A. N° 10, a 88 (1927).
- 7.— Jessup A. *Modern Law of Nations* 184—87 (1948).
- 8.—Lauterpacht, *Revolutionary Activities by Private Persons Against Foreign States*, 22 Am. J. Int. L. 105, 117 (1928).
- 9.— Cf. García—Mora. *International Responsibilities for Subversive Activities and Hostile Propaganda by Persons against Foreign States*, 35 Ind. L. J. 306 (1960).
- 10.— Lauterpacht, *Recognition in International Law* 228 (1947).
- 11.— Rougier, *Les Guerres Civiles et le Droit des Gens* 415, 417 (1903).
- 12.— Cf. Thomas & Thomas, *Non-Intervention: The law and its Import in the Americas* 274 (1956).
- 13.— En *Chandler v. United States*, 171 F. 2d 921, 935 (1° Circ. 1948), La Corte de Apelaciones declaró: "...el derecho (de asilo) es que el Estado voluntariamente ofrece el asilo, no que el fugitivo insista en él".
- 14.— El Juez John Bassett Moore dijo que, al otorgar el asilo, un Estado actúa a la luz de sus claros intereses, y de sus obligaciones como representante del orden social". 2 Moore, *Digest of International Law* 757 (1906).
- 15.— Morgenstern, *The Right of Asylum*, 26 Brit. Yb. Int. L.L. 1949, págs. 327,354—57 (n.d.)
- 16.— Es así como, el 15 de Marzo de 1960, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una Declaración sobre el Derecho de Asilo, que dice, en el artículo 4, que "Las personas que se benefician con el asilo no deberán comprometerse en actividades contrarias a los principios de las Naciones Unidas". Para el texto, ver N. U. Eco. Soc. Council, Rec. 30° Ses., Sup. N° 8, p17 (1960).
- 17.— Se verá (infra. p. 203 sig.) que los Estados Unidos han asumido responsabilidad internacional al decir que la supresión de esas actividades podrían ser contrarias a las garantías constitucionales sobre libertad de palabra y de prensa. Los "files" del Departamento de Estado están llenos de tales comunicaciones de Gobiernos extranjeros. Ver Hackworth, *Digest of International Law* 141 (1941).
- 18.— Con relación a esto, Artículo 2° de la Convención que se refiere a los Refugiados, firmado en Ginebra el 28 de Julio de 1951, que dice: "Todo refugiado tiene deberes

para con el país en el cual se halla, los que requieren en particular que se conforme con las leyes y reglamentos así como con las medidas tomadas para mantener el orden público". Ver Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apatridas, de las N. U., Acta Final y Convención relativa al Estatuto de los Refugiados (A./Conf. 2/108) a 17 (1951).

- 19.— En cuanto a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho en el derecho internacional, ver Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* ch. 14 (1933). Ver también la opinión, en discordia, del Juez Alejandro Álvarez en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, referente a la Competencia de la Asamblea General sobre la admisión de un Estado en las Naciones Unidas (1950) I. C. J. Rep. 4,14.
- 20.— Secretaría de las N. U., *Survey of International Law*, N. U. Doc. Nº A/CN. 4/1—Rev. 1, p. 34—35 (1949).
- 21.— Es por esta razón que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, al garantizar el Derecho de Asilo en el artículo 14, agrega que "Este derecho no podrá invocarse en el caso de persecuciones, producidas por delitos no-políticos o por acciones contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas". Para el texto de la Declaración, ver 43 Am. J. Int. L. Supl. 127 (1949).
- 22.— Grotius, de *Jure Belli ac. Pacis Libri Tres* bk. 2, cap. 2 Nº 26 Kelsey's trad. 1925).
- 23.— Id. bk. 1, cap. 4. Ver también Lauterpacht, *International Law and Human Rights* 116 (1950).
- 24.— Dice, al referirse al derecho de revolución: "Pero, como la sociedad civil fué instituida con el fin de mantener la tranquilidad pública, el Estado adquiere, por consiguiente, sobre nosotros y nuestros bienes un mayor derecho, en la extensión necesaria para cumplir con esta finalidad. El Estado, por consiguiente, en interés de la paz y del orden públicos, puede limitar ese derecho común a la resistencia.... Si, de hecho, el derecho de resistencia debería quedar sin limitación, ya no existiría el Estado, sino una aglomeración anti-social...." Grotius, op. cit. nota ut supra 22, bk. 1, cap. 4 Nº 2(1).
- 25.— Para una discusión de los puntos de vista de Grotius, ver Basdevant, en "Les Fondateurs du Droit International" 125—267 (1904).
- 26.— Vattel, *Le Droit des Gens* bk. 2, cap. 4 Nº 56 (trad. Fenwich, 1916).
- 27.— Id. Bk. 1, cap. N/230.
- 28.— Id. bk. 2, cap. 8 N/101.
- 29.— Id. bk. 2, cap. 6 N/72.
- 30.— Kuhn, *The Complaint of Yugoslavia Against Hungary, with Reference to the Assassination of King Alexander*, 29 Am. J. Int. L. 87, 89 (1935).

- 31.— Wright, nota ut supra 3, 3, p. 531.
- 32.— Lord Jowitt. *The value of International Law in Establishing Cooperation Among Nations*, 1, Int. L. L. Q. 295 (1947).
- 33.— El punto se halla bien aplicado por el Tratado del 18 de Julio de 1829 entre Francia y Suiza. Citado en Billot, *Traité de l'Extradition* 109 (1874). Para una historia de la práctica antigua, ver Clarke, *A Treatise Upon the Law of Extradition*, cap. 2 (4a. Ed.) 1903.
- 34.— Esta práctica fué asumida por Grotius, quien hablando de los ofensores públicos, dijo: "En la presente y en las recientes generaciones, y en la mayoría de los países Europeos, este derecho, que hemos discutido, de solicitar el castigo de aquellos que han huido tras la frontera, ha sido ejercido solamente en relación a los crímenes que afectan al bien público o que manifiestan extraordinaria perversidad". Grotius, op. cit. nota ut supra 22, cap. 21, N° 5(5).
- 35.— Esta ley tiene fecha 1º de Octubre de 1833. Ver Bauchet, *Traité de l'Extradition* 180—277 (1899).
- 36.— Al discutir el asunto de la Independencia política y de la integridad territorial de Grecia ante el Primer Comité de la Asamblea General, el representante de Grecia llamó la atención en los siguientes términos "Actualmente nuevas condiciones estratégicas (han) ampliado el problema; la agresión ha tomado cada vez menos la forma de un ataque directo, pero cada vez más la forma de acciones subversivas". Ver N. U. Asamb. Gl. Rec. 3a. Ses., la. Com., 176a. Reunión, p. 314 (1948).
- 37.— Ver el reciente conflicto entre Tunez y la República Árabe Unida, que se refiere a un refugiado tunecino comprometido en actividades revolucionarias contra Tunez, desde el territorio de la República Árabe Unida. N. Y. Times, 8 de Febrero de 1961, p. 9, col. 1.
- 38.— Sohn, *Cases on United Nations Law* 850—58 (1956).
- 39.— Para una discusión sobre expediciones militares hostiles, ver García-Mora, *International Law and the Law of Hostile Military Expeditions*, 27 Fordham L. Rev. 308 (1958).
- 40.— *Foreign Relations Act.*, 18 U. S. C. N° 960 (1958). Para la aplicación de esta disposición, ver 7 Hackworth, op. cit. supra note, 379—404.
- 41.— *United States v. Tauscher*, 233 Fed. 597, 599—600 (S.D.N.Y. 1916).
- 42.— *Wiborg v. United States*, 163 U. S. 632, 653—54 (1896).
- 43.— Ver nota del Secretario de Estado interino al Embajador Thompson, 11 de Setiembre de 1906, 2 Hackworth, op. cit. supra note 17, p. 336—37.
- 44.— Id. p. 337—38.
- 45.— Nota del Embajador Creel al Secretario de Estado Root, 4 de Marzo de 1907. Id. a 339,

- 46.— Nota del Secretario de Estado Bayard al Ministro Británico, Mr. Harris, 2 de Abril de 1885, 2 Moore, op. cit. supra note 14, p. 431.
- 47.— Id. Pág. 432.
- 48.— Nota del Secretario de Estado Bayard al Ministro Valera, 31 de julio de 1885, U. S. Foreign Real, 1885, p. 776 (1886).
- 49.— U. S. Foreign Rel. 1896, p. XXXI (1897).
- 50.— United States v. Tauscher, 238 Fed. 597 (S.D.N.Y. 1916).
- 51.— Para el texto, ver Convención con otras Repúblicas Americanas, 20 de Febrero de 1928, 46 Stat. 2749, T.S. N/814, También "The International Conferences of American States 1889—1928", 435 (Ed. Scott, 1931).
- 52.— Convención con otras Repúblicas Americanas, ut supra 51. art. 1, par. 1.
- 53.— Carta de las Naciones Unidas art. 2, par. 3.4.
- 54.— Carta de la Organización de Estados Americanos, art. 15.
- 55.— Ver el informe del Embajador Henry Cabot Lodge ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con referencia a la queja de Cuba contra Estados Unidos, 43 Bol. del Dep. de Estado, 199, 202 (1960).
- 56.— Esto lo indica el Profesor Julius Stone, con referencia a la propaganda hostil de parte del gobierno, pero se cree que las mismas observaciones son aplicables a cualquier acto hostil de parte de los particulares (personas privadas). Ver Stone, Legal Controls of International Conflict 319 (1954).
- 57.— United States v. Hudson & Goodwin, 11. U. S. (7 Cranch) 32 (1812). Ver también Moschzisker, Common Law and Our Jurisprudence, 74 U. Pa. L. Rev. 109, 270, 367 (1925—26).
- 58.— Const. de los EE. UU. art. VI N/2.
- 59.— Evans, Self-Executing Treaties in the United States of America, 30 Brit. Yb. Int. L. 1953, at. 178, 190—94 (1954).
- 60.— Cf. Dickinson. The Law of Nations as Part of the National Law of the United States, 101 U. Pa. L. Rec. 26 (1952).
- 61.— Nota del Secretario de Estado Knox al Embajador Mejicano, 1º de Diciembre de 1910, 2 Hachwprth, op. cit. supra note 17, a 141.
- 62.— Nota del Secretario de Estado Knox al Embajador Mejicano, 7 de Junio de 1911, ID. a 142.
- 63.— Id. a 140—43.

64.— Dickinson, *Defamation of Foreign Governments*, 22 *Am. J. Int. L. L.* 840 (1928).

65.— Al respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró: "Mientras que, de una parte, de acuerdo con principios generalmente aceptados, un Estado no puede alegar, frente a otro Estado, disposiciones de la Constitución de este último, sinó únicamente las de la ley internacional y las obligaciones internacionales debidamente aceptadas; un Estado no puede alegar frente a otro Estado su propia Constitución, con el fin de eludir obligaciones que le incumben de acuerdo con la ley internacional y los tratados vigentes". Opinión Consultiva sobre el Trato de los Nacionales Polacos en Dantzig. P.C.I.J., ser. A/B, N° 44, a 24 (1932). Ver también Mc Dougal, *The Impact of International Law upon National Law; A Policy-Oriented Perspective*, 4S. D. L. Rev. 25, 47—39 (1959).

66.— Const. de los EE. UU. art. I N/8, cl. 10.

67.— Artículo 2, par. (5) y (6) del Código de Ofensas contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, adoptada por la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas, en 1951, no solamente prohíbe el fomento de contiendas civiles en el territorio de un Estado, sinó también la iniciación o fomento de actividades terroristas en otro Estado. Para el texto, ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 3a. Sesión, 16 de Mayo, 27 de Julio de 1951. As. Gl. de las N. U. Off. Rec. 6a. Ses. Sup. N° 9, a 18 (A/1858) (1951).

68.— 23 Stat. 22 (1884), 18 U. S. C. N/478 (1958).

69.— 120 U. S. 479 (1887).

70.— Id. 484.

71.— Al respecto, ver *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919), afirmando una convicción basada en el "Federal Espionage Act", 40 Stat. 217 (1917), por causa o tratar de causar insubordinación en las fuerzas militares de los Estados Unidos al enviar a los reclutas recientemente incorporados en el ejército panfletos denunciando la conscripción y urgiéndolos a hacer valer sus derechos oponiéndose a la medida. Ver también, *Dannis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951), confirmando cierto número de convicciones por violación de la Sec. 2 del Smith Act. 54 Stat. 671 (1940), por defender, aconsejar o enseñar la conveniencia de derrocar al gobierno por la fuerza; y *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925), que se refiere a una ley similar sobre sedición de Nueva York.

72.— Cf. *Yates v. United States*, 354 U. S. 298 (1957); y *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U. S. 495 (1952).

73.— *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, 52 (1919).

74.— Ibid.

75.— Debe mencionarse que al aprobar el "Communist Control Act" de 1954, 68 Stat. 775, 50 U.S.C.A. 841, el Congreso decidió que la existencia del Partido Comunista constituye "un claro, actual y continuado, peligro para la seguridad de los Estados Unidos", y que "debería ser puesto fuera de la ley". Para el texto, ver Barrett, *Bruton & Honnold Constitutional Law: Cases and Materials* 1014 (1959).

- 76.— Tal como ha sido citado por Wright, *The Crime of "War-Mongering"*, 42 *Am. J. Int. L.* 128, 132 (1948).
- 77.— Para una comprensiva discusión de las contribuciones que los Estados Unidos podrían hacer al orden mundial, ver Mc Clure, *World Legal Order: Possible Contributions by the People of the United States* (1960).
- 78.— Jenks, *The Common Law of Mankind* ch. 2, at 62 (1958).
- 79.— Para el texto, ver 65 *Stat.* 373 (1951).
- 80.— Esta disposición ha sido considerada de un carácter legal altamente discutible. Ver: Bowett, *Self-Defense in International Law* 46—47 (1958). También el Dr. Charles G. Fenwick sostiene que este "Act" es violatorio del Artículo 2, par. (5) del Código de Ofensas contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en el sentido que emprende y favorece actividades que se consideran como destinadas a fomentar contiendas civiles en otro Estado. Ver Fenwick, *Draft Code of Offenses Against the Peace and Security of Mankind*, 46 *Am. J. Int. L.* 98, 99 (1952).
- 81.— *As. Gl. de las N. U. Off. Rec.* 6a. Ses. 1a. Com. 103 (A/C.1/SR 472) (1951).
- 82.— *Id.* 1a. Com. 107 (A/C.1/SR. 473) (1951).
- 83.— *Id.* 1a. Com. 103 (A/C. 1/SR. 472) (1951).
- 84.— *Id.* 104 (Énfasis agregado).
- 85.— En efecto, el representante del Perú parece haber vinculado la legalidad del Acta de Seguridad Mútua con la legalidad del Tratado Atlántico Norte. Ver sus observaciones, *Id.* 1a. Com. 119 (A/C. 1/SR. 475) (1951).
- 86.— Carta de las N. U. art. 1. par. 1.
- 87.— El representante Americano invocó esta disposición. Ver, *As. Gl. de las N. U. Off. Rec.* 6a. Ses. 1a. Com., 103 (A/C.1/SR. 472) (1951). El representante francés dijo, asimismo, que las partes en el Tratado del Atlántico Norte "se habían reunido para mantener la paz y la seguridad internacional de acuerdo con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de lo que resultaba que la finalidad de la enmienda al Acto 165 se hallaba también de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas..." *Id.* 1ª Com. 113 (A/C. 1/SR. 474) (1951).
- 88.— Este caso llegó primero al Consejo de Seguridad el 3 de Diciembre de 1946, y fué posteriormente transferido a la Asamblea General el 15 de Diciembre de 1947. Ver *As. Gl. de las N. U. Off. Rec.* 2a. Ses., 1a. Com. 9 (60 sesión) (1947).
- 89.— *Id.* 14.
- 90.— *United States v. Great Britain* (1871). Para información sobre este arbitraje, ver 7 *Moore, Digest of International Law.* Nº 1330, 1059—67 (1906).
- 91.— García-Mora, *International Responsibility for Subversive Activities and Hostile Propaganda by Private Persons Against Foreign States*, 35 *Ind. L. J.* 306, 328 (1960).

- 92.— Ver N. Y. Times, 12 de Abril de 1961, p. 14, col. 1.
- 93.— Para discusión ver el N° 43 del Boletín del Departamento de Estado, 199 (1960).
- 94.— Id. 204.
- 95.— Para el planteamiento de la posición Cubana, ver N. Y. Times, 18 de Abril de 1961, p. 16, col. 1.
- 96.— Foreign Relations Act, 18 U. S. C. N° 960 (1958).
- 97.— Es también cierto que muchos aviadores Cubanos están siendo entrenados actualmente en los países dominados por el Soviet. El relato detallado ha sido publicado en el N. Y. Times, 17 de Abril de 1961, p. 1, col. 4.
- 98.— N. Y. Times, 12 de Abril de 1961, p. 1, col. 4.
- 99.— Ibid.
- 100.—N. Y. Times 23 de Marzo de 1961, p. 1, col. 4.
- 101.—Strausz-Hupé & Possony, *International Relations- In the Age of Conflict Between Democracy and Dictatorship* 354—55 (a. ed. 1954).
- 102.—Whitton, *Subversive Propaganda Reconsidered*, 55 Am. J. Int. L. 120. (1961). Ver también, Thomas & Thomas, *Non-Intervention: The Law and its Import in the Americas* 274 (1956). Ese derecho de la defensa propia fué alegado también para justificar ensayos de bombas de hidrógeno. Ver McDougal & Schlei: *The Hyrogen Bomb in Perspective; Lawful Measures for Security*, 64 Yale L. J. 648 (1955). Debe agregarse que, desde que el Acta de Defensa Mútua ha sido defendida sobre las bases del Tratado del Atlántico Norte, y que este último es legalmente apoyado por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas que regula el ejercicio del derecho de defensa propia, el Acta de Seguridad Mútua es a su vez defendible sobre las bases de la defensa propia. Ver nota ut supra 87.
- 103.—I Oppenheim, *International Law* 298 (8a. ed. Lauterpacht, 1955).
- 104.—Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* 286, 303—304 (1933). Ver también nota ut supra 56, 287.
- 105.—Stone, op. cit. nota ut supra, 56, 287.
- 106.—Kelsen, *Principles of International Law* 15—17 (1953).
- 107.—Con relación a esto, el Profesor Edwin D. Dickinson dice que "tales medidas teóricamente al alcance de todos, han sido actualmente un instrumento del fuerte contra el débil. Ver Dickison, *Law and Peace* 74 (1951). Y el Profesor Josef L. Kunz, hablando de la defensa propia, dice: "Bajo tal sistema un Estado débil puede difícilmente ir a la guerra o adoptar represalias contra un Estado más poderoso, de manera que el último puede abusar de su poder". Ver Kunz, *Sanctions of International Law*, 54 Am. J. Int. L. 324, 325 (1960).

- 108.—Cf. Bowett, op. cit. nota ut supra 80.
- 109.—Art. 51 de la Carta de las N. U.
- 110.—Kuns. *The Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance*, 42 Am. J. Int. L. 111, 115 (1948).
- 111.—Stone, *Legal Controls of International Conflict* 344 Nº 8 (1954).
- 112.—Debería mencionarse que el derecho a la defensa propia ha sido tratado en el reciente caso del Estrecho de Corfú, (1949) I.C.J. Rep. 1, 35, Resuelto por la Corte Internacional de Justicia, Rechazando el reclamo del Reino Unido según el cual, alegando el derecho a la propia protección, tenía el derecho de enviar su Escuadra a las Aguas Territoriales de Albania, con la finalidad de realizar una operación de limpieza de minas, la Corte declaró, inequívocamente, que la acción de la Armada Británica constituía una violación de la soberanía de Albania. La Corte dijo: "La Corte puede solamente considerar el alegado derecho de intervención como manifestación de una política de fuerza, tales como las que, en el pasado, han dado lugar a más serios abusos y tales como no pueden, cualesquiera que sean los defectos actuales de la organización internacional, hallar un lugar en el derecho internacional. La intervención es tal vez aún menos admisible en la forma que el caso particular adquiriría aquí; pues, según la naturaleza de las cosas, quedaría reservada a los más poderosos Estados, y podría fácilmente llevar a desvirtuar la aplicación de la Justicia Internacional". El Juez Hersch Lauterpacht cree, sin embargo, que esta parte de la opinión puede limitarse al caso particular. Ver Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* 317 (1958).
- 113.—Whitton, nota ut supra 102, 120.
- 114.—Fenwick, *International Law* 532—33 (3a. Ed. 1948). Para un estudio comprensivo de las represalias, ver Colbert, *Retaliation in International Law* (1948).
- 115.—I Myde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* 244 n. 21 (2a. ed. 1945).
- 116.—Carta de las N. U. art. 2, par. 3.
- 117.—Carta de las N. U., art. 2, par. 4.
- 118.—El Profesor Julius Stone ha llegado a esta conclusión. Ver Stone, op. cit. nota ut supra 111, 289—290.
- 119.—Whitton, nota ut supra 102, 121.
- 120.—Jessup, *A Modern Law of Nations* 175 (1948).
- 121.—El Profesor Percy E. Corbett dice al respecto que el recurso a tales medidas corresponde actualmente a la negación de la sociedad, pues "la entidad que reclama el derecho también reclama el poder exclusivo para determinar cuando debe usarlo". Ver Corbett, *Law and Society in The Relations of States* 44 (1951).

- 122.—Es lo que el Profesor Quincy Wright ha denominado "intervención subversiva". Ver: Wright, *Subversive Intervention*, 54 Am. J. Int. L. 521, 528 (1960).
- 123.—Es así como algunos escritores sostienen que la Segunda Guerra Mundial se inició en España en 1936. Ver Palmer & Perkins, *International Relations: The World Community in Transition* 553 (1953). Ver Thompson *Political Realism and the Crisis of World Politics; An American Approach to Foreign Policy* 190—91 (1960).

NOTA.— El artículo que antecede ha sido traducido del Inglés. Se publica previa revisión de su autor el Dr. Manuel Ramón García-Mora, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham, Nueva York, y antiguo Miembro de la Comisión Fulbright en el Perú. El texto original fué publicado en el "Washington University Law Quaterly" (Vol. 1961, N° 3, págs. 195/220), que otorgó gentilmente su autorización para esta publicación, mediante amable gestión del autor.

La finalidad del artículo es demostrar las grandes dificultades que originan los refugiados políticos y sus actividades revolucionarias, así como la constitución de "Gobiernos en el exilio". Estas dificultades las han conocido muchos países a raíz de la Segunda Guerra Mundial. En los Estados Unidos estas dificultades son, tal vez, mayores debido a las muy amplias libertades que garantiza la Constitución de ese país y a las dificultades de conciliarlas con disposiciones del Derecho Internacional y los Tratados.

En el caso de Cuba, Estados Unidos, como la mayor parte de las naciones del mundo occidental, no verían, sin duda, con desagrado un cambio del régimen cubano debido a sus ya conocidas tendencias Comunistas y a los abusos cometidos contra la vida y la dignidad del hombre. De allí la tolerancia — justificada, además por el carácter de defensa propia del Estado — de que se benefician esos refugiados.

El autor estima que dicha tolerancia puede, sin embargo, llegar a crear serias dificultades y que le corresponde al Derecho Internacional y a las Naciones Unidas intervenir para evitar tales conflictos que, como lo hace notar, comienzan generalmente, en pequeñas naciones para extenderse al Mundo entero. El Dr. García-Mora basa sus consideraciones en interesantes y sólidos argumentos jurídicos que ha parecido conveniente hacer conocer mediante la publicación de esta traducción.

Javier Klefer-Marchand

Expropiación forzosa

Caducidad de disposiciones que ordenan una expropiación. Abandono y renovación del procedimiento respectivo.

Por el Dr. CESAR BARROS CONTI

En el mes de Mayo último, con ocasión del desempeño de un cargo que en la actualidad no ejerzo, tuvo a la vista cierto expediente administrativo en el que se solicitaba la renovación de un procedimiento de expropiación. Esta circunstancia me brindó la oportunidad de realizar un estudio de la caducidad de disposiciones que ordenan una expropiación, del abandono y de la renovación del procedimiento respectivo, encontrando la existencia de una irregular y oscura situación, cuya regularización debe hacerse.

En efecto, el artículo 8º de la ley 9125 dispuso textualmente que "fijado el valor que debe abonarse por el bien materia de la expropiación, ya sea por allanamiento del propietario o por acuerdo del perito de éste con la valorización de los Ingenieros del Estado, o por el perito dirimente a que se refiere el artículo 22º, el expropiante deberá consignar dentro de tercero día dicho precio en la Caja de Depósitos y Consignaciones, a la orden del Juzgado. Vencido este término y después de un requerimiento, si no se ha formalizado la consignación, se tendrá por abandonado el procedimiento de la expropiación, el cual no podrá renovarse sino después de un año".

El mencionado dispositivo fué modificado totalmente por la ley 11549, promulgada el 18 de Diciembre de 1950, la cual establece en su artículo único que: "fijado el valor que debe abonarse por el bien materia de la expropiación, ya sea por allanamiento del propietario o por acuerdo del perito dirimente a que se refiere el Arº 22º., el expropiante deberá consignar dentro de tercero día dicho precio en la Caja de Depósitos y Consignaciones, a la orden del Juzgado. Vencido este término y después de un requerimiento, si no se ha formalizado la consignación, se tendrá por abandonado el procedimiento seguido y por caducada y sin efecto la disposición que ordenó la expropiación".

La modificación pues consiste fundamentalmente en derogar la re-

novación del procedimiento de expropiación, teniéndose para lo sucesivo no sólo por abandonado dicho procedimiento sino por caducada y sin efecto la disposición que ordenó la expropiación si, vencido el término procesal de tercero día y después de un requerimiento judicial, el expropiante no cumpliera con consignar el precio en la Caja de Depósitos y Consignaciones a la orden del Juzgado.

Por manera pues que, cuando menos desde ese 18 de Diciembre de 1950, la ley no establece ya disposición alguna en virtud de la cual pueda renovarse un procedimiento de expropiación; por el contrario, debe tenerse definitivamente por abandono éste y por caducada y sin efecto la disposición que le dió origen, si no se llega a formalizar la consignación dentro de ese breve término y luego de un requerimiento judicial. Pero, antes de cumplirse cuatro meses de promulgada esa ley 11549, el 13 de Abril de 1951 se expidió el decreto supremo N° 41, estableciendo éste que los decretos y resoluciones supremas que ordenaban una expropiación o reconocieran su utilidad o necesidad pública, quedan sin efecto si transcurridos dos años de su expedición no se iniciara el procedimiento indicado en el Art. 4° de la ley 9125, ni se consignara el precio "como lo manda el Art. 8° de la misma ley".

Este decreto supremo agrega que, producida así la caducidad, no podrá renovarse el procedimiento de expropiación ni declararse nuevamente la necesidad y utilidad de una propiedad privada, sino después de transcurrido el plazo de un año "que menciona el citado Art° 8°. de la ley 9125", indicando seguidamente la forma de procederse "en estos casos de reiteración".

Agrega luego esta misma disposición administrativa que las oficinas del Estado y de las Municipalidades no podrán negar permisos de reconstrucción, refacción, demolición, venta, etc., de inmuebles, alegando la existencia de declaración de necesidad y utilidad, si se hubieran vencido los plazos que indica; y, finalmente, extiende sus alcances a resoluciones de expropiación y declaración de necesidad y utilidad pública "anteriormente dictadas".

Por último, la ley 12031, de 23 de Diciembre de 1953, se ha dado en el sentido de adicionar al Art. 8° de la ley 9125 un texto en virtud del cual se tendrá por caducada y sin efecto la disposición que ordenó la expropiación, si no se terminaran los trámites ni se consignara el precio dentro de los dos años de la fecha en que aquélla fué expedida.

Tales son, pues, las disposiciones en vigor y que se ocupan de la caducidad de las que ordenan una expropiación y del abandono y renovación del respectivo procedimiento; pero, al respecto, me permito formular las siguientes observaciones:

A.— Si en virtud de la ley 11549 el abandono del procedimiento de expropiación y la caducidad de la disposición que le diera origen se producen, simultáneamente, después de un requerimiento para que el expropiante cumpla con consignar el precio por no haberlo hecho dentro del término de tercero día; y, modificando totalmente el art° 8° de la ley 9125, se deroga la renovación del procedimiento, no resulta jurídicamente posible que, por el sólo mérito de un decreto supremo, se modifique esa ley

estableciéndose administrativamente que la caducidad se producirá transcurridos dos años de expedida la disposición que ordenó la expropiación, si no se hubiera iniciado el procedimiento y consignado el precio.

Visto que una ley sólo puede ser derogada o modificada por otra, lo dispuesto en virtud del mencionado decreto supremo N° 41, de 13 de Abril de 1951, no tiene mérito alguno frente a la provisión contenida en la ley 11549, de 18 de Diciembre de 1950.

B.— La ley 11549 parece haber sido olvidada no solamente por el aludido decreto supremo sino también por la ley 12031, posteriormente promulgada el 23 de Diciembre de 1953.

En efecto, dicho decreto supremo se remite hasta dos veces al "artículo 8° de la ley 9125", sin tener en cuenta que, sólo cuatro meses antes de expedido, fué promulgada la ley 11549 que modificó totalmente ese artículo; y, la ley 12031, promulgada tres años y cinco días después de la ley 11549 modificatoria del Art° 8°. de la ley 9125, le hace a esta última una adición que resulta, por lo mismo que no tuvo en consideración la circunstancia que dicho artículo fuera modificado legalmente, total y completamente inoperante.

C.— Siendo así que la ley 11549, al modificar totalmente el Art°. 8°. de la ley 9125, suprime toda posible renovación, no puede legalmente admitirse que sólo por el citado decreto supremo se modifique el status legal, disponiendo ese decreto que podrá renovarse el procedimiento en la forma que lo hace en su Art° 2°. , al expresar textualmente: "después de transcurrido el plazo de un año que menciona el citado art°. 8°. de la ley 9125", por cuanto éste fué legalmente modificado, como se ha visto, ni por cierto estableciendo el mismo decreto normas para "estos casos de reiteración". No está de más anotar que ese decreto llega al extremo de disponer finalmente que sus provisiones tienen efectos retroactivos, cuando estatuye que en sus alcances quedan comprendidas las disposiciones de expropiación que anteriormente hubieran sido dictadas.

D.— La ley 12031, de 23 de Diciembre de 1953, establece una disposición en realidad inoperante, porque su provisión es inadecuada y contradictoria.

Efectúa una adición al art°. 8°. de la ley 9125, olvidando que este artículo fué modificado por la ley 11549. Sin embargo, aún cuando para nada se refiere a ésta, podría interpretarse que la adición la efectúa al art°. 8°. de la ley 9125, modificado por la ley 11549.

Estudiando estos supuestos, resulta:

α.— Que si el art°. 8°. de la ley 9125 estableció que de no formalizarse la consignación después de un requerimiento al expropiante, por no haberla efectuado dentro de tercero día de fijado el valor, se tendría por abandonado el procedimiento y su renovación sólo podría hacerse después de un año, mal puede efectuarse la adición para que se tenga por caducada y sin efecto la disposición que ordenó la expropiación si dentro del plazo de dos años de expedida no quedaran terminados sus trámites ni consignado el precio de la misma, porque este plazo de caducidad bien

puede producirse antes de vencerse el de un año para pedirse la renovación; y, así, resulta en este caso inoperante esta adición, y,

b.— Que de interpretarse la adición como efectuada en realidad a la ley 11549, modificatoria del artº 8º. de la ley 9125, la evidente y visible contradicción con lo dispuesto en esa ley anterior hace aún, si cabe, más inoperante é inaplicable la adición, al efectuarse sobre un texto legal que establece tenerse por caducada y sin efecto la disposición que ordenó la expropiación sólo después de un breve término procesal.

La argumentación así expuesta, conduce a las siguientes conclusiones:

1a.— El artº 8º. de la ley 9125 no legisló sobre la caducidad de la disposición expropiatoria, sino sólo sobre el abandono del procedimiento de expropiación, el cual se producía después de un requerimiento judicial para que el expropiante cumpliera con consignar el precio, por no haberlo hecho dentro del término de tercero día.

2a.— Ese mismo dispositivo legal previó también la renovación del procedimiento de expropiación, disponiendo que podría hacerse efectiva después de un año de producido el abandono.

3a.— La ley 11549, de 18 de Diciembre de 1950, deroga esa renovación de procedimiento y establece, en forma definitiva, la institución de la caducidad de la disposición, la que opera conjuntamente con el abandono del procedimiento.

4a.— El decreto supremo Nº 41, del 13 de Abril de 1951, es ilegal porque sus disposiciones modifican y contradicen el texto expreso de la ley y es así que una ley sólo puede ser modificada ó derogada por otra, como lo expresa el artº 1º. del Título Preliminar del Código Civil. En consecuencia, todas las disposiciones establecidas en dicho decreto y que se refieren tanto a la caducidad de la disposición, como a la renovación del procedimiento de expropiación y demás provisiones, son insubsistentes y no pueden ni deben aplicarse legalmente.

5a.— Siendo inoperante la ley 12031 al efectuar adición a una disposición insubsistente por su posterior modificación y al contradecir incluso el tenor de la ley modificatoria, la oscura situación actual debe ser legalmente esclarecida, tanto respecto del término vencido el cual se produce la caducidad, cuanto de la posibilidad de renovarse la expropiación; visto que, dados los antecedentes anotados, jurídicamente sólo debe tenerse en la actualidad, como normas legalmente aplicables, las previstas por la ley 11549: la caducidad se produce conjuntamente con el abandono del procedimiento, sin que exista posibilidad alguna de renovación.

6a.— Se hace necesaria entonces la dación de una nueva ley que regularice esa oscura situación que existe respecto al término vencido el cual debe producirse la caducidad y que defina la posibilidad de renovación del procedimiento de expropiación, visto que esta última institución fué prevista originariamente en el art. 8º de la ley 9125 y, aquélla, incluída en esa misma disposición, al modificarla la ley 11549.

Al leer en "El Comercio" de hoy (7 de octubre de 1961) que el Senado ha aprobado un proyecto de ley, cuya presentación fuera efectuada por el Senador Enrique Martinelli Tizón, derogando la ley 12031 que adiciona el artículo 8º de las leyes 9125 y 11549, sobre expropiación forzosa, pude de inmediato tenerlo a la vista ese mismo día, enterándome así que fué presentado el 14 de abril de 1958.

El proyecto aprobado tiene las siguientes consideraciones:

"Que la Ley Nº 12031, por la que se adiciona el artículo 8º de la Ley Nº 9125 y la Ley modificatoria Nº 11549 sobre expropiaciones, en lugar de facilitar la tramitación adecuada y correspondiente del procedimiento expropiatorio, anula por razón de tiempo sus alcances."

"Que es bien conocida la demora del procedimiento que en sí entraña la tramitación de las expropiaciones, por tener que referirse ellas a tasaciones y a actuados que demandan mucho tiempo."

"Que el plazo de dos años señalado por la Ley 12031 no tiene ninguna justificación, ya que dada una ley o resolución de expropiación, ésta debe cumplirse forzosamente sin taxativas".

"Que para desnaturalizar y lograr el incumplimiento de una ley de expropiación bastaría buscar medios de dilación para que se venza el plazo que señala la Ley 12031, burlando en dicha forma los alcances de cualquier expropiación."

"Que en resguardo de los intereses del Estado, es del caso dejar sin efecto dispositivos que enerven su acción legal; por lo que presento a la consideración del Senado el siguiente proyecto de ley."

No contiene el proyecto consideración jurídica relacionada con la circunstancia que la adición efectuada por la ley 12031 consiste, en realidad, en establecer una disposición inoperante é inadaptable, siendo difícil de aplicarse tanto por ser inadecuada su provisión misma, cuanto por contradecir visiblemente el texto de la ley 11549 que modifica el artículo 8º de la ley 9125. Tiene, sin embargo, el mérito de derogar expresamente esa contradictoria adición legal. De convertirse en ley, la caducidad de la disposición que ordenó una expropiación se producirá, simultáneamente con el abandono del procedimiento, después de un requerimiento judicial para que el expropiante cumpla con formalizar la consignación, si no lo hizo dentro de tercero día de fijado el valor, tal como lo establece la ley 11549 y cuyo tenor reemplaza al del artículo 8º de la ley 9125; pero, como el proyecto no se refiere a la posibilidad de renovarse el procedimiento abandonado — posibilidad que contemplara originariamente el artículo 8º de la ley 9125 y que fuera derogada por la ley 11549 — tal posibilidad sigue por ahora sin subsistir, aunque puedan ocurrir casos en los que se justifique la renovación.

No obstante, sin existir, como se vé, un fundamento legalmente válido, se solicita en la práctica la renovación del procedimiento abandonado, mediante la dación de una nueva declaratoria de necesidad y utilidad pública, precisamente en razón que la anterior disposición ha caducado por

haberse vencido el término de los dos años de su dación. Y es curioso anotar que, tales solicitudes de reiteración, se basan en el aparente mérito del ilegal decreto supremo tantas veces citado y cuyas disposiciones, aún en vigor por no haber sido derogadas, mantienen no sólo la posibilidad de renovar el procedimiento — contrariando expresamente el tenor de la ley 11548 que deroga tal posibilidad é invocando, para éello, el plazo de un año "que menciona el artículo 8º de la ley 9135", vale decir, un texto que no subsiste — sino que, como se ha visto, contienen también el plazo de caducidad de dos años que después repitiera la ley 12031, cuya derogatoria precisamente es materia del comentado proyecto de ley, además de tener ese mismo decreto supremo otras disposiciones ilegales.

Por cierto, hay casos en que la renovación del procedimiento de expropiación se encuentra justificada. Como legalmente no subsiste esta posibilidad, sería interesante que la Cámara de Diputados la contemplara con motivo de debatirse en su seno ese proyecto de ley aprobado en el Senado, lográndose así que se adicione al tenor de la ley 11549, modificatoria del Artículo 8º de la Ley 9125, la frase: "El procedimiento podrá renovarse después de un año de producido el abandono" ú otra similar; debiendo el Poder Ejecutivo, de otra parte, proceder a derogar el decreto supremo Nº 41, de 13 de Abril de 1951.



NOTAS

La justicia los magistrados y los abogados ⁽¹⁾

La admirable narración que acabáis de escuchar en el Evangelio de hoy continúa posteriormente con los acuerdos del Sanhedrín que, aconsejado por el Sumo Sacerdote Caifás con la famosa frase "no reflexionáis que os interesa que muera un solo hombre por el pueblo y que no perezca toda la nación", resolvieron hacerlo morir... y matar también a Lázaro pues muchos de los judíos, a causa de él, se les iban y creían en Jesús".

Esta actitud execrable de los magistrados de Jerusalén es repudiada por todos nosotros, pues es evidente la falacia de la aserción del Sumo Sacerdote: solo la bajeza política podía condenar a un inocente, y no menos infame era el propósito de matar también a Lázaro, pretextando la salud del pueblo.

Con frecuencia los jueces se encuentran en situaciones similares: se pretende servir a la nación dejando de lado el respeto que merecen los hombres, y continuamente se debe hacer llamados a la conciencia cristiana para no desviarse por el camino de las injusticias.

En la vida diaria existen ciertos abusos que, no por ser muy generalizados, exigen y urgen la enseñanza de la moral cristiana; y aunque las afirmaciones que haré a continuación son viejas como el Evangelio, deben ser predicadas, porque se tiene poca memoria y es bueno recordarlas. Es preferible predicar el Evangelio todos los días que solo de tiempo en tiempo.

El hecho de tener un Crucifijo en las salas de los Tribunales no debe considerarse como un simple adorno, si no recordamos, como decía el Emperador Justiniano, la presencia de Dios, pues los jueces y las partes reflexionarán que comparecen ante el tribunal divino (Código, ib. III. 1, 13, 4).

Al leer la crónica judicial o las informaciones policiales llama la atención el rigor con que se acoge a los sospechosos, tal vez el maltrato que se da a los detenidos en algunas ocasiones, lo que provoca entre el público reacciones que tienen consecuencias fatales. Es corriente escuchar ante accidentes y abandonos de heridos en las carreteras, que es preferible pasar de largo que recoger a los accidentados, por las penosas com-

(1) Allocución pronunciada por el Excmo. y Rvdmo. Sr. Dr. José Dammert Bellido Obispo Auxiliar y Vicario General de la Arquidiócesis de Lima, en la Misa celebrada en el Templo de San Pedro con motivo de la Apertura del Año Judicial (18/5/61).

plicaciones que pueden sobrevenir. Asimismo acongoja leer que el tribunal ha sentenciado a un delincuente a dos años de prisión, que se le descuenta con la carcelería sufrida durante casi tres años. Hechos semejantes crean un clima de desconfianza que exige una severa revisión de los procedimientos judiciales y policiales para que los jueces aparezcan ante los simples ciudadanos revestidos de la dignidad que su alta función les confiere.

Igualmente llamo la atención sobre el sensacionalismo procax de las informaciones que sobre crímenes y delitos se publican en los llamados grandes diarios, que se titulan decentes, y que junto con las publicaciones pagadas de las cintas cinematográficas producen asco en el lector. Se habla mucho ahora de las faltas de la juventud, se moraliza en editoriales y en llamados artículos serios, pero a lo mejor en la misma página se expone al escarnio de la opinión pública a personas simplemente sospechosas, que no son culpables mientras que no se prueba su falta, y que francamente son objeto de difamación tanto ellas como sus familiares. Son repugnantes las descripciones de crímenes y de autopsias y la publicación de fotografías que solo despiertan los instintos más abyectos del hombre. La dignidad de la persona humana es seriamente agravada y debe rodearse de toda cautela la investigación policial para no perjudicar a inocentes y producir el escándalo.

Para hacer valer derechos legítimos o para asegurar el triunfo de una causa que se cree justa, nunca se permite recurrir a medios intrínsecamente perversos, que al usarlos degradan las conciencias y no tienen otro resultado seguro que impedir la acción de la justicia. Debe añadirse que tales actos comprometen el ejercicio del poder responsable y quebrantan, en las conciencias de los subordinados, la legitimidad de la autoridad. "Ninguna instancia superior — decía Pío XII — está facultada para ordenar un acto inmoral; no existe ningún derecho, ninguna obligación, ningún permiso de cometer un acto en sí inmoral, aunque sea ordenado, y aunque el rechazo de obrar lleve consigo los peores daños personales. (Discurso al Congreso internacional de derecho penal, 3 de octubre de 1953).

No está permitido a ningún cristiano olvidar que acerca de la legitimidad de la razón de Estado, de su campo de aplicación, del empleo de la coacción física o moral, del derecho de todos los hombres a las mismas garantías de justicia, existen reglas de moral que no pueden ser pasadas por alto y a las cuales debe asegurarse el respeto. Debe siempre tenerse presente que la ley moral existe fuera y por encima de nosotros y que uno obra en conciencia cuando está conforme a la ley de Dios y a las enseñanzas de la Iglesia.

Las normas morales y jurídicas sobre la persona humana nunca pueden suprimirse, ni aun provisionalmente en tiempo de guerra, pues según el mismo Papa, los procedimientos eficaces no siempre son dificultables a los ojos de quien se forme un sentido exacto y razonable de la justicia. La persona humana es sagrada, el individuo, aunque sea el más caído el más degradado, el más perverso, siempre tiene en sí esta dignidad que nosotros debemos respetar, por lo menos para obligarlo a retomar conciencia" (Cardenal Feltin, Arzobispo de París, Carta pastoral del 1º de noviembre de 1960).

No debe confundirse rudeza con tortura, pero debe recordarse que todo cuanto tiende a desintegrar a la persona humana, en lo físico o en lo moral, no será jamás admisible para una conciencia cristiana. En este campo, aun para proteger vidas humanas inmediatamente amenazadas, lo absoluto de la ley de Dios es superior a ese deber capital. Nosotros tocamos allí el dominio de la fe.

El mantenimiento difícil, heroico de los valores cristianos y divinos, tiene al final mayor eficacia que la búsqueda brutal del resultado inmediato. La paz del mundo solo resultará finalmente del establecimiento de un orden cristiano, es decir de un orden en el que los valores cristianos sean respetados.

La policía no es la justicia y no debe sustituirse a ella. Debe conocer las garantías que la ley concede a todo sospechoso (que se presume inocente hasta que no se pruebe lo contrario), las formas que deben respetarse, aunque se trate de un culpable cierto; debe observar estrictamente las normas jurídicas referentes a la detención preventiva y al interrogatorio.

Las funciones judiciales están llenas de responsabilidad y por eso en la apertura de un nuevo período de labores invocamos la asistencia divina, para que en nuestro país se cumpla plenamente el deseo del Salmista:

"Saliéronse al paso la misericordia y la verdad;
diéronse un ósculo la justicia y la paz.
Brotó en la tierra la verdad;
y la justicia ha mirado desde lo alto del cielo.

Por lo que derramará el Señor su benignidad,
y nuestra tierra producirá su fruto.
La justicia marchará delante de El
y dirigirá sus pasos "(Salmo 84, vers. 11—14).

La separación en el Derecho Canónico

El sábado 17 de junio, se realizó una sesión del Comité de Familia del Consorcio de Abogados Católicos de Lima. Dicho Comité se ha señalado como misión, el estudio de todos los temas relacionados con la familia, orientándolo a una acción concreta, encaminada a restaurar el imperio de las normas católicas en la constitución y vida de la familia peruana.

El tema tratado en dicha sesión fue "La separación" y estuvo a cargo del Dr. Manuel Merino. La finalidad de dicho círculo fue recordar a los abogados católicos las normas que tiene dictadas la Iglesia, en su derecho común y particular, para que, cuando se produzcan desavenencias y peligros en la vida conyugal —situación que siempre hay que evitar o tratar de terminar—, puedan los esposos interrumpir conforme a derecho su vida en común. Así informados, los miembros del Consorcio podrán ilustrar a sus clientes sobre este problema que más que jurídico es moral.

Se empezó viendo como el matrimonio, ante los ojos del cristiano, es el contrato entre un hombre y una mujer, por el cual se hacen entrega mutua de un derecho exclusivo y perpetuo sobre sus cuerpos, en orden a la procreación de los hijos. Con la procreación, la educación de la prole es el fin primario del matrimonio. Sus fines secundarios son la mutua ayuda que los casados se dan y el remediar, con tal género de vida, el desorden introducido en las pasiones por el pecado original.

Este mismo contrato fue elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento: signo sensible de la gracia; afirmándolo como uno e indisoluble.

El matrimonio impone a los esposos la grave obligación de la vida en común —unión de lecho, mesa y techo—, siendo el marido quien fija la habitación conyugal. La separación debe verse, siempre como algo excepcional y lamentable; debe haber, en los esposos, un mutuo perdonarse para evitarla, una generosa acción para ponerle fin. Esa misma mira debe tener presente el abogado católico que le toca intervenir en un problema de esta naturaleza.

Fuero eclesiástico.—La Iglesia juzga, por derecho propio y exclusivo, las causas que se refieren a cosas espirituales, y las anexas a ellas.

Así, las causas matrimoniales entre bautizados o entre bautizado e infiel, pertenecen a la jurisdicción del Juez eclesiástico. Las causas de separación conyugal son, pues, propias del fuero eclesiástico, si bien en algunas naciones hayan sido referidas por la Iglesia a los Tribunales civiles. Así por ejemplo, en España, donde hay régimen concordatorio, las causas de separación las ve el fuero civil y las de nulidad el eclesiástico, y ambas tienen vigencia en los dos fueros. En el Perú no existe esa autorización, ventaja de que nos priva la inexistencia de un Concordato con la Santa Sede.

Las separaciones no totales, como son las de lecho y de mesa, son de orden privado y en ellas no intervienen el fuero externo. No por ello, dejan de tener delicada importancia y deben resolverse de común acuerdo según las orientaciones de la sana moral y las particularidades de cada caso.

La separación de techo, llamada también separación total, debe, en principio, ser autorizada por el Ordinario o el Juez eclesiástico, aún en el caso que medie acuerdo de los cónyuges, sobre todo cuando haya de ser permanente o por mucho tiempo.

Las causales.— El adulterio autoriza al cónyuge inocente para romper, para siempre y por propia autoridad, la vida en común. Bien entendido, el vínculo matrimonial permanece intacto y los esposos no pueden pasar a nuevas nupcias. Se requiere que el adulterio sea formal, culpable, consumado y moralmente cierto; que el inocente no haya consentido en él, que no lo haya motivado (lo que puede darse cuando se niega, en forma persistente y sin razón, el débito conyugal), que no lo haya perdonado y, finalmente, que no haya cometido, él también, adulterio.

El cónyuge inocente que así se ha separado, no tiene obligación de volver con el culpable, pero puede hacerlo; puede también perdonar al culpable y obligarle a volver con él.

Si se ha producido la separación por propia autoridad, aquella no tiene efectos canónicos en el fuero externo, para que los tenga se necesita sentencia judicial.

Hay también una serie de situaciones que permiten la separación de los esposos: que uno de ellos de su nombre a secta acatólica, que eduque acatólicamente a los hijos, que lleve una vida ignominiosa, que cause grave peligro —espiritual o material— al otro, que haga demasiado difícil la vida común, o situaciones "semejantes" a las nombradas, entre las que la jurisprudencia ha señalado el abandono malicioso del hogar, las riñas graves y frecuentes, etc.

En estas situaciones, no hay separación por propia autoridad, debe recurrirse al Ordinario o al Juez eclesiástico, siempre que la causal revista una gravedad proporcionada a la grave obligación de la vida en común que se trata de cortar. Es más, estas separaciones no son perpetuas, se dan por tiempo fijo o indefinido, o sea, mientras dure la causal, debiendo restablecer la vida común al desaparecer la causa que la impida.

Procedimiento.— Las causas de separación por adulterio, si el cónyuge inocente decide ir al fuero eclesiástico, deben ser vistas con las formalidades propias de las causas de nulidad de matrimonio.

Las separaciones por las otras causales pueden verse judicial o administrativamente. En el primer caso el Juez eclesiástico conoce y sentencia, pudiendo haber apelación ante el Tribunal metropolitano o el designado para la segunda instancia. Administrativamente, las resuelve el Ordinario, pudiendo recurrirse a la Sagrada Congregación de Sacramentos. Como en todas las causas sobre el estado de las personas, en esta materia no hay "cosa juzgada".

Para la Provincia eclesiástica de Lima, el VIII Concilio Provincial, establece que, si otra cosa no dispone cada Ordinario, las causas matrimoniales de separación por las causales que no sea el adulterio, las verá el Juez eclesiástico u Oficial Provisor, por la vía sumaria y previo una reunión conciliatoria. Dicha vía sumaria se refiere a la forma establecida para los casos exceptuados. Se presenta, por escrito, la demanda, ratificándose luego en ella, se oye a la otra parte, se reciben las pruebas, y, con audiencia del Promotor de justicia o fiscal, se dá sentencia.

Casos especiales.— a) Separación civil.— Los católicos no deben pedirla nunca si antes no han obtenido la separación canónica y una autorización para iniciar la civil. En el pedido que para esto se dirige al Ordinario, debe exponerse el caso, comprometerse a no pasar al divorcio civil, y hacerse protesta de adhesión a la doctrina matrimonial católica y declaración del propósito de cumplirla fielmente.

b) Divorcio civil.— Sólo en casos de excepcional y comprobada necesidad, puede pedirse y obtenerse autorización del Ordinario para pedir el divorcio civil. Debe haber precedido la separación canónica y hacerse formal promesa de no atentar nuevas nupcias civiles.

c) Uniones civiles.— Si sólo media entre católicos, o entre católico y a-católico, unión civil, dicha situación puede ser terminada, y debe serlo, por el mismo fuero, velando por el cumplimiento de lo que la justicia exige para con la otra parte y la prole, y evitando todo escándalo.

d) Matrimonios acatólicos.— En esta materia hay que tener presente estos principios: 1) Sólo la Iglesia Católica tiene derecho para legislar sobre los bautizados, estén éstos en su obediencia, o en el cisma y la herejía; 2) Sólo los católicos están obligados a la forma canónica para la celebración del matrimonio. Cada caso debe ser, pues, prolijamente estudiado, para formarse un criterio acerca de la validez de tales uniones y para proceder, si es necesario, a intervenir en la separación de los esposos. Si toca al abogado católico patrocinar la separación de acatólicos legítimamente casados, sea él quien pida al Ordinario permiso para actuar en el caso.

Comisión Internacional de Juristas

1.—Organización

La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental y política, reconocida como entidad consultiva, categoría B, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Comisión, cuya sede está en Ginebra (6, rue du Mont de Sion), goza del apoyo de más de 3770 jueces, profesores de derecho, juristas, profesionales y otros miembros de la comunidad jurídica en más de 70 países.

2.—Fines y Objetivos

La Comisión se consagra a sostener y hacer progresar el imperio de la ley en todo el mundo. Ha definido este concepto de la manera siguiente:

"El imperio de la ley es la prevalencia de los principios, institucionales y procedimientos, no siempre idénticos, pero sí análogos, cuya importancia para proteger al individuo frente a las arbitrariedades del poder y permitirle gozar de la dignidad de ser humano ha quedado probada por la experiencia y las tradiciones de los juristas de países diversos, dotados a menudo de diferentes estructuras políticas y económicas".

Además, la Comisión considera que el principio de justicia igual para todos no puede tener cabal aplicación sino en las comunidades protegidas por instituciones jurídicas firmemente establecidas, por jueces imparciales y por abogados independientes y conscientes de sus responsabilidades frente a la sociedad. Con el objeto de llevar a la práctica este principio, la Comisión desarrolla actividades en las dos esferas de acción siguientes:

- 1) Extiende y fortalece el imperio de la ley en todas sus manifestaciones prácticas: instituciones, legislación, procedimientos, etc.
- 2) Defiende el imperio de la ley mediante la movilización de la opinión jurídica mundial cuando se violan de manera general y sistemática, o quedan gravemente amenazados, los principios de justicia enunciados.

Esta preocupación por defender los principios del imperio de la ley ha impulsado a la Comisión a tomar las medidas adecuadas y a realizar investigaciones detenidas sobre violaciones de los derechos humanos, tales como la represión del alzamiento húngaro de 1956 y la sistemática injusticia inherente a la discriminación racial en la Unión Sudafricana, la opresión del Tíbet por China, los recientes juicios políticos en Irak, ciertos aspectos de la situación jurídica de Argelia, la República Dominicana, Cuba, etc.

3.—Principios Básicos

Los siguientes principios básicos presiden la labor de la Comisión que abarca diversos sectores jurídicos, entre ellos el derecho constitucional y el administrativo, la organización y el procedimiento judicial, así como el derecho internacional.

a) El imperio de la ley puede estar salvaguardado por una constitución escrita que garantice los derechos civiles y políticos y delimite las atribuciones del poder legislativo o, en otro caso, por el ejercicio ordenado de las facultades legislativas. En ambos casos, los derechos humanos fundamentales han de poderse ejercitar y deben quedar protegidos por un procedimiento judicial eficaz.

b) Bajo ciertas condiciones, el poder ejecutivo necesita disponer de facultades que rebasan los límites tradicionales fijados en materia de separación de poderes. No obstante, la existencia de un poder legislativo libremente elegido ha de seguir siendo la salvaguardia de las libertades civiles.

c) En la esfera del derecho penal, toda persona acusada de delito tiene derecho a un juicio imparcial, a una adecuada defensa por abogado y a procedimientos jurídicos de fácil acceso.

d) La independencia del poder judicial y la existencia de una vigorosa abogacía son requisitos indispensables de toda sociedad sometida al imperio de la ley.

e) En la esfera del derecho internacional, la aprobación de convenios internacionales de derechos humanos, con la garantía de un procedimiento apropiado para hacerlos respetar, facilitará el establecimiento y la protección del imperio de la ley en cada país y el reconocimiento y la aplicación de estos principios en las relaciones interestatales.

4.—Dirigentes y miembros

Es presidente honorario de la Comisión el Sr. Joseph T. THORSON, presidente del Tribunal de Hacienda y miembro del Real Consejo Privado del Canadá. Es presidente de la Comisión el Sr. Vivian BOSE, ex magistrado del Tribunal Supremo de la India. Son vicepresidentes los Srs. Per T. FEDERSPIEL, miembro de la Primera Cámara del Parlamento danés y presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, y José Thomas NABUCO, Abogado del Colegio de Río de Janeiro.

Además de los dirigentes antes mencionados, figuran entre los 25 miembros de la Comisión presidentes y magistrados de tribunales supremos,

abogados, profesores y asesores gubernamentales de prestigio internacional, representativos del conjunto mundial de la profesión.

Es Secretario General desde 1958, el Dr. Jean-Flavien LALIVE, de nacionalidad suiza, abogado del Colegio de Ginebra, ex primer secretario de la Corte Internacional de Justicia (La Haya) y ex asesor jurídico general del Organismo de Obras Públicas y Socorro de la Naciones Unidas. (Beirut).

Desde 1954 es Secretario Administrativo el Sr. Edward S. KOZERA, de nacionalidad estadounidense, ex profesor de Teoría y Práctica del Gobierno en la Universidad de Columbia y ex miembro de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional.

5.—Actividades de la Comisión

a) Publicaciones: La Comisión edita regularmente tres publicaciones: el Boletín, la Gacetilla y la Revista, así como estudios e informes especiales. El Boletín reseña los temas jurídicos de actualidad que revisten mayor interés. El número más reciente del Boletín (número II; diciembre 1960) contiene, entre otros, un artículo sobre aspectos jurídicos de la situación en Argelia y una breve descripción de cuestiones jurídicas relativas a la República Dominicana. La Gacetilla informa a los amigos de la Comisión sobre las actividades en curso de desarrollo. El número II de la Gacetilla (enero 1961) trata primordialmente de los resultados de la Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, celebrada en Lagos, Nigeria y contiene la Proclama de Lagos y las Conclusiones aprobadas por las tres Comisiones de la Conferencia. La Revista reúne trabajos de investigación jurídica que versan sobre la aplicación práctica del imperio de la ley y los principios de justicia. El próximo número de la Revista recogerá principalmente estudios sobre el arresto gubernativo, redactados por juristas de diversos países.

Además, en cumplimiento de sus funciones y en armonía con los fines y objetivos descritos, la Comisión ha publicado sobre temas de grave e inmediato interés los siguientes estudios e informes especiales:

La situación en Hungría y la regla de derecho (abril 1957); La justicia en la Hungría de hoy (febrero 1958); La cuestión del Tibet y el imperio de la ley (julio 1959; El Tibet y la República Popular de China (julio 1960); El imperio de la ley en las sociedades libres (julio 1960), y South Africa and the Rule of Law (diciembre 1960).

En la actualidad la Comisión está ultimando un informe sobre España y compila materiales sobre la situación en Cuba y la República Dominicana, desde el punto de vista jurídico.

b) Congresos: En los últimos años la Comisión ha organizado congresos a los que han asistido juristas de muchas partes del mundo. En el de Atenas, celebrado en junio de 1955, participaron más de 150 destacados juristas de 48 países que se reunieron para "estudiar que salvaguardias mínimas son necesarias para que prevalezca el imperio de la ley y para proteger al individuo contra las medidas arbitrarias que tome el Estado"; el Congreso elaboró el Acta de Atenas.

El Congreso de Nueva Delhi, celebrado en enero de 1959, al que concurrieron 185 jueces, abogados y profesores de derecho de 53 países, se

reunió, como había recomendado el Congreso de Atenas, para "formular una declaración de los principios de justicia conforme a derecho y... para esforzarse para conseguir su reconocimiento por medio de la codificación y la conclusión de convenios internacionales". El Congreso de Nueva Delhi consignó en una luminosa declaración lo que efectivamente significa el imperio de la ley en materia de instituciones, leyes y procedimientos. Esta empresa quedó reflejada en las conclusiones del Congreso. Además se dió solemne expresión a las convicciones de todos los congresistas mediante la Declaración de Delhi. Subraya ésta que "el imperio de la ley es un concepto dinámico y que incumbe ante todo a los juristas extender su alcance e impulsar su aplicación, no sólo para salvaguardar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también crear condiciones sociales, económicas, culturales y de educación bajo las cuales puedan cumplirse plenamente las aspiraciones legítimas del hombre y quede garantizada su dignidad".

Más recientemente, en enero de 1961, la Comisión organizó la Conferencia Africana sobre el Imperio de la ley, cuyo tema general fue "Los actos del gobierno, la seguridad del Estado y los derechos humanos". La Conferencia, que tuvo lugar en Lagos, Nigeria, congregó a 194 juristas de 23 países africanos, así como de 9 países de otros continentes; llegó a Conclusiones básicas sobre el tema objeto de estudio y redactó la Proclama de Lagos que, entre otras cosas, "reafirma el Acta de Atenas y la Declaración de Delhi, en particular en lo tocante a Africa" y enuncia los principios rectores en que convinieron los juristas reunidos.

6.—Secciones nacionales

La Comisión alienta y apoya la creación de secciones nacionales u organizaciones afiliadas que colaboran con ella fundándose en la comunidad de sus propósitos e intereses. Existen secciones en los países siguientes: Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá Ceilán, Chile, Dinamarca, Estados Unidos de América, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, India, Irán, Israel, Italia, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Federal de Alemania, Suecia, Turquía, Uruguay, Venezuela, y Vietnam del Sur.

7.—Encuesta mundial sobre el imperio de la ley

Con el objeto de llevar a la práctica los principios aprobados por las reuniones de Nueva Delhi y Lagos, la Comisión ha emprendido, sobre la base de un cuestionario, una encuesta sobre el imperio de la ley encaminada a reunir datos concretos sobre el funcionamiento práctico de los sistemas jurídicos aplicados por cada país. Se publicarán los resultados de la encuesta y también suplementos periódicos y se sabrá así que progreso experimentan la conservación y robustecimiento del imperio de la ley.

8.—Misiones y jiras de estudio

En muchas oportunidades, los dirigentes de la Comisión han realizado extensos viajes, con resultados sumamente satisfactorios. En 1956 el Sr. A. J. M. van Dal recorrió la América Latina y los Estados Unidos.

En 1961 el Dr. Jean-Flavien Lalive y el Sr. Edward S. Kozera han recorrido 17 países latinoamericanos y la Federación de la Indias Occidentales con el objeto de entrevistarse con los juristas de dicha región, explicar de manera pormenorizada los propósitos de la Comisión, estudiar los sistemas jurídicos de los países mencionados y examinar la posibilidad de crear secciones nacionales u organizaciones afiliadas donde no existan.

Creación de una Sección Nacional en el Perú.

Durante su breve permanencia en Lima (del 16 al 20 de Marzo), los Dres. Jean-Flavien Lalive, Secretario General, y Edward S. Kozera, Secretario Administrativo de la Comisión Internacional de Juristas, se preocuparon de la creación de una Sección Peruana, entrevistándose con numerosas personalidades. Fueron recibidos, entre otros, por el Señor Presidente de la Corte Suprema, Doctor Ricardo Bustamante Cisneros; por los Ministros de Relaciones Exteriores Dr. Alvarado Garrido, y de Justicia Dr. Merino Reyna. Concurrieron a la Misa celebrada en el Templo de San Pedro con motivo de la apertura del Año Judicial y a la Sesión solemne de la instalación de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, que preside el Doctor Andrés Duany Dulanto.

El 18 de Marzo, tuvo lugar, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, una reunión a la cual habían sido invitados los catedráticos de las Facultades de Derecho de las Universidades de San Marcos y Católica así como los principales miembros del Foro.—Después de las palabras de presentación del Dr. Raúl Ferrero, Decano de la Facultad, el Dr. Jean-Flavien Lalive hizo una amplia exposición sobre los fines que persigue la Comisión Internacional de Juristas y sobre la labor que ha desarrollado hasta la fecha.

Los asistentes acordaron, luego, crear una Sección Peruana de la Comisión Internacional de Juristas designándose a los siguientes abogados como miembros de primera Junta Directiva:

Sres. Dres. José León Barandiarán, Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; René Boggio, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica; Andrés Duany Dulanto, Decano del Colegios de Abogados de Lima; Andrés Aramburú Menchaca, Felipe de Bustamante, Javier Kiefer-Marchand, Luis Quiñe Arista, y Antonio Zárate Polo.

DOCUMENTOS

Recomendaciones y conclusiones aprobadas por la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales)

(Lima, Abril de 1961)

ENSEÑANZA DEL DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES EN LOS DIVERSOS NIVELES DE LA EDUCACION JURIDICA

I— Enseñanza del Derecho

- 1º Se reconoce como fin principal de la educación jurídica el acatamiento de la norma de Derecho (tarea formativa) y la divulgación de las principales instituciones (tarea informativa).
- 2º Se recomienda que la educación jurídica se imparta en todos los niveles de la enseñanza (primaria, secundaria, técnica y universitaria no jurídica), adoptándola a sus peculiaridades, pero sin olvidar el fin general ya indicado; y que se extienda a la población desvinculada del sistema educacional.
- 3º Se recomienda que las tareas pedagógicas de preparación de profesores y programas de la educación jurídica, se resuelvan teniendo en cuenta las exigencias contenidas en el apartado anterior y con la colaboración de las Facultades de Derecho.

II— Enseñanza pro-jurídica.

- 4º La enseñanza pro-jurídica tiene por objeto dar una visión general y unitaria del Derecho, capacitar para el estudio profundizado y sistemático de sus diversos ramos y dar al alumno oportunidad para reconocer su vocación y aptitudes.
- 5º Compete a las Facultades de Derecho la programación, ejecución y control de la enseñanza pro-jurídica, como parte integrante y fundamental de la enseñanza del Derecho.

- 6º No es propio de la enseñanza pro-jurídica llenar los vacíos y deficiencias de la pre-jurídica, aunque circunstancialmente pueda admitirse; ni lo es, en caso alguno, estudio especializado, ni el derecho positivo.

III— Cursos diurnos y nocturnos.

- 7º Se recomienda a las Facultades de Derecho Latinoamericanas que adopten el sistema de coexistencia de cursos diurnos y nocturnos, sujetos a iguales requisitos, con el objeto de poner sus enseñanzas al alcance de todos los sectores de la Nación.

IV— Docencia Jurídica.

- 8º Se recomienda que las Facultades de Derecho requieran de los aspirantes a profesores, conocimientos de pedagogía y metodología del derecho, para lo cual aquellas organizarán los cursos correspondientes.

V— Cursos sin promoción por examen final.

- 9º Se acordó transcribir a las Facultades de Derecho para su conocimientos y estudio, la moción del Dr. Enrique Díaz de Guíjarro, Delegado de la Unión de Universidades de América Latina y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, sobre la materia del epígrafe, y cuyo texto se inserta por separado, y sugerir que el temario de la próxima Conferencia incluya el estudio de los diversos sistemas de enseñanza del derecho y, en particular, el de la moción propuesta.

MATERIAS BASICAS EN LOS PLANES DE ESTUDIOS EN LAS FACULTADES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

I— Materias Básicas.

- 1º Se entiende como materias básicas en los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de América Latina, aquellas que se consideren indispensables para la formación integral de profesionales del Derecho, aún cuando no pertenezcan a las Ciencias Jurídicas y que tienen por misión capacitarles para el ejercicio de las actividades típicas de la profesión y para el desempeño de la misión que corresponde a los graduados en Ciencias Jurídicas.
- 2º Son materias básicas, en consecuencia, las siguientes:

- 1) Introducción al estudio del Derecho y de las Ciencias Sociales.
- 2) Teoría del Estado.
- 3) Derecho Constitucional.
- 4) Derecho Administrativo.
- 5) Sociología.

- 6) Economía Política o Principios Generales de la Teoría Económica.
- 7) Finanzas públicas y Derecho Financiero.
- 8) Política económica.
- 9) Derecho Internacional.
- 10) Derecho Romano.
- 11) Derecho Civil.
- 12) Derecho Comercial.
- 13) Derecho de Trabajo.
- 14) Derecho Penal.
- 15) Derecho Procesal.
- 16) Filosofía del Derecho.
- 17) Historia del Derecho o de las Instituciones Jurídicas.
- 18) Ética Profesional.

Se aclara que una sola asignatura puede contener más de una materia básica, la que a su vez, puede ser objeto de varias asignaturas.

SEMINARIO DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

I— Aprendizaje activo.

- 1º Por exigencias de carácter didáctico y científico, las Facultades de Derecho deben aplicar, en la enseñanza de las materias de su plan de estudios, un sistema de aprendizaje activo.
- 2º Son instrumentos fundamentales del aprendizaje activo los pre-seminarios y seminarios, unidades pedagógicas que cumplen distintas y sucesivas etapas de un mismo proceso formativo.
- 3º Son funciones propias del Pre-Seminario: la enseñanza de la técnica del estudio y del trabajo intelectual que capacite al alumno para la investigación, mediante la selección y utilización sistemática de las fuentes de conocimientos del derecho y, en particular, textos legales, bibliografía y repertorios de Jurisprudencia.
- 4º Son funciones propias del Seminario: colaborar con la Cátedra en las diversas formas del aprendizaje activo; ejercitar la investigación como integrante de la docencia y ayudar a los alumnos en la realización de las pruebas señaladas por los Reglamentos que reclamen un proceso investigatorio.

ENSEÑANZA PRACTICA DEL DERECHO

I— Enseñanza práctica.

- 1º Es obligación de las Facultades de Derecho impartir enseñanza práctica en el ciclo profesional, sin perjuicio de la que puedan dar, antes o después de la obtención del título de Abogado, aquellas instituciones a quienes las leyes o las tradiciones gremiales encomiendan esta tarea.

- 2º Habrá una íntima compenetración entre la enseñanza teórica y la enseñanza práctica, debiendo comprender ésta, los diferentes aspectos de la formación profesional y no exclusivamente las técnicas procesales.
- 3º Uno de los objetos de la enseñanza práctica es contribuir a la formación ética del estudiante de Derecho.
- 4º Son sus presupuestos necesarios los estudios teóricos del Derecho y de otras disciplinas conexas, así como la habilitación del alumno en el manejo de las fuentes del conocimiento del Derecho, en lo que fuere indispensable para impartir tal enseñanza.
- 5º Las Facultades de Derecho reglamentarán la organización, metodología, oportunidad y extensión de esta enseñanza, teniendo en cuenta las particularidades del sistema jurídico nacional, así como las circunstancias y el medio en los que funciona cada centro docente.
- 6º La enseñanza práctica se realizará tanto por los profesores en sus cátedras, como por los demás órganos competentes; y deberá adecuarse a la naturaleza y extensión de materias que la admitan, debiendo ser impartida de acuerdo con un plan gradual de complejidad creciente.

II— Métodos de enseñanza práctica.

- 1º Resolución de casos y problemas jurídicos.
- 2º Ejercicios orales y ejercicios de redacción de actos e instrumentos jurídicos.
- 3º Estudio de expedientes judiciales y administrativos.
- 4º Exposiciones sobre los diferentes aspectos de la práctica del Derecho.
- 5º Concurrencia y participación de los alumnos en la actividad de órganos encargados de la aplicación del Derecho.
- 6º Trabajo de Clínica Jurídica; y
- 7º Participación activa de los estudiantes en consultorios jurídicos, que deben funcionar con fines didácticos, y de asistencia legal gratuita.

INSTITUTOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO COMPARADO Y DE CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

I— Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado.

- 1º Se crea el Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado.
- 2º Se aprueban los Estatutos por los que ha de regirse, conforme al texto adjunto.
- 3º Se recomienda que el Consejo Directivo del Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado, designe a Méjico como sede de la Secretaría General Coordinadora.

II— Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales y Políticas.

4º Se recomienda la fundación del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales y Políticas.

- 1) La fundación de un Instituto Latinoamericano de Ciencias Políticas y Sociales, constituido por la asociación de los Institutos Nacionales de cada uno de los países de América Latina, integrados éstos por profesores de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales (Ciencias Jurídicas y Sociales o Derecho y Ciencias Políticas y Sociales), de sus diversas universidades. Bajo su dirección, se realizarán estudios e investigaciones, orientadas al mejor conocimiento de nuestras realidades económicas, políticas y sociales; al planteamiento científico de sus problemas y a propiciar su más justa solución; que, fundamentalmente, sirva, a su vez, a estadistas y legisladores, para la adopción de estructuras institucionales y jurídicas, adecuadas a las necesidades latinoamericanas.
- 2) Los Institutos Nacionales correspondientes serán organizados, en igualdad de representación, por las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales (Ciencias Jurídicas y Sociales o Derecho y Ciencias Políticas y Sociales), de las universidades de cada país latinoamericano, y podrá obtener, además, la colaboración de las Facultades e Institutos afines.
- 3) El Consejo del Instituto estará integrado por los miembros correspondientes del Instituto Filial del país sede, y los delegados que puedan nombrarse por los demás filiales.
- 4) La sede del Instituto será rotativa y permanecerá durante el periodo comprendido entre el día en que termine una Conferencia de las Facultades Latinoamericanas de Derecho y el día en que se inicie la Conferencia siguiente.
- (5) El Instituto de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, queda encargada de elaborar el proyecto de Estatutos del organismo que se crea y de su plan de trabajo; y asimismo que la primera sede de dicho organismo sea la ciudad de Lima.

Lima, 15 de Abril de 1961.

René BOGGIO

**Decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
y Presidente de la Conferencia**

Mario ALZAMORA VALDEZ

**Catedrático de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos y Relator General de la
Conferencia**

NOTA:—La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ha publicado un volumen conteniendo todo cuanto se refiere al desarrollo de esta Conferencia..

Bibliografía

LE QUAI D'ORSAY SOUS TROIS REPUBLIQUES, por Georges BONNET, Embajador de Francia.— 519 páginas.— Les Grandes Etudes Contemporaines. Librairie Artheme Fayard. 1961.

Esta obra acaba de ser publicada en Francia. Es de un valor considerable. Constituye, en efecto, la Historia de la Diplomacia Francesa durante el período comprendido entre la creación de la IIIa. República, —a raíz de la caída del Imperio—, y la época actual. En esta, la Quinta República procede a la liquidación de otro Imperio, el Colonial, que había sido conservado durante dos guerras mundiales y la ocupación alemana. Pero es evidente que han cambiado las cosas, los tiempos y los hombres.

Su autor, Georges Bonnet, fué Ministro de Justicia, Embajador de Francia en Washington, Ministro de Negocios Extranjeros, bajo la Tercera República, y tuvo una actuación destacada en los años que precedieron la Segunda Guerra Mundial. Esto otorga gran importancia a sus apreciaciones, siempre objetivas y basadas en documentos y declaraciones de testigos de los principales acontecimientos.

La obra comprende una Introducción y catorce capítulos; un total de 519 páginas.

La Introducción, como lo indica, recordará al lector las principales negociaciones en las que participó Francia desde 1871 hasta el Tratado de Versalles, cuya enunciación es necesaria para comprender los acontecimientos posteriores.

La verdadera Historia Diplomática, que constituye la parte más importante de la obra de Georges Bonnet, comienza en 1919. El autor considera, en efecto, que, al iniciarse la Tercera República, los acontecimientos se desarrollaron en un círculo bastante restringido: frente a Alemania y al Reino Unido, Francia constituía el elemento central. Los archivos de aquel período han sido publicados y ampliamente comentados.

El autor estima, por el contrario, que todo cuanto se refiere al período comprendido entre 1919 (Paz de Versalles) y 1961, ha sido de un interés mucho más amplio, pero, sin embargo, menos conocido. Habiendo participado, personalmente, como Delegado de Francia ante la Liga de las Naciones, presidido numerosas Conferencias Internacionales, desempeñan-

do la Cartera de los Negocios Extranjeros, considera que se halla en condiciones de hacer conocer muchos hechos, que ninguna publicación oficial ha logrado esclarecer suficientemente hasta la fecha. De allí, la importancia de su obra.

Es imposible, en un breve comentario como éste, analizar todos los temas tratados por el Embajador Bonnet. Mencionaremos, pues, solamente los más destacados: el Tratado de Versalles, la Segunda Guerra Mundial el armisticio franco-alemán y la desintegración del Imperio Colonial Francés.

Bonnet dice, al referirse al famoso tratado —que puso término a la Primera Guerra Mundial y preparó la Segunda— que Francia se hallaba frente a una magnífica oportunidad. “Entre ella y Alemania el diferendo se reducía, esencialmente, a una sólo cuestión: Alsacia y Lorena. Fue la del Continente, nada las oponía mayormente. Los alemanes habían dejado que Francia conquistara un Imperio. Ya que ambas provincias le habían sido restituidas, nada tenía que reclamar de Alemania, salvo reparaciones que habrían podido ser razonablemente avaluadas. Tenía, en cambio, un interés evidente en restablecer relaciones normales con su poderoso y peligroso vecino, y emplear su influencia para mantener una Europa estable que tendría en cuenta las lecciones de la Historia”. Al dividir a Alemania, exasperando sus sentimientos nacionalistas, sólo se logró crear un deseo de venganza peligroso para el porvenir de Europa. Contribuyeron a establecer esta situación, no sólo Francia, sino todos los firmantes del Tratado. El Mariscal Foch había propuesto utilizar los medios proporcionados por la naturaleza, fijando la barrera del Rhin. Pero el gran jefe no fué escuchado, ya que había terminado el conflicto, y todo quedó en manos de los políticos.

En cambio no se tuvo, entonces, la menor consideración al proceder al desmembramiento del que había sido el antiguo y glorioso Imperio Austro-Húngaro. Si bien este había tenido cierta responsabilidad en el conflicto, habría, sin embargo, constituido, años más tarde, una formidable barrera frente a la hegemonía Alemana y Rusa. Por el contrario, se convirtió, por su absurda división, en el origen de numerosos conflictos preliminares de la Segunda Guerra Mundial (Sudetes, Austria, Teschen, etc.). Dantzig fué otro grave error de ese Tratado y el verdadero “motivo” del conflicto.

Versalles, según frase del famoso Embajador francés Paul Cambon, era “un polvorín que debía estallar cualquier día sobre el mundo entero”; y no se equivocó.

Vino, después, el advenimiento de Hitler, con su política —natural para el jefe de un pueblo vencido— de restablecer el poderío de su patria: la ocupación de la Renania, las rápidas invasiones de territorio donde existían poderosos grupos alemanes. El deseo de paz de los Gabinetes de París y de Londres, sus indecisiones y concesiones; las reuniones y conferencias y, por fin, la guerra. Los hechos son muy recientes y conocidos por todos. Francia estaba deficientemente armada. Se cometieron errores militares, confiando en la famosa Línea Maginot, que resultó ineficaz. Luego la invasión de Francia, después de la ocupación de Holanda y Bélgica, y el Armisticio. Este fué muy discutido, pero, a la postre, contribuyó, como

se ha tenido que reconocer, a la victoria de los Aliados. En efecto, ocupado todo el territorio francés por Alemania, el África del Norte no habría resistido mucho. El Mediterráneo, la flota francesa y las comunicaciones con el Oriente habrían quedado en manos de Alemania: la guerra se habría prolongado ciertamente mucho y habría costado un número considerable de vidas humanas. Y no hay que olvidar que la hidalga actitud de España fué también muy valiosa en esta ocasión.

Georges Bonnet estudia detalladamente todo cuanto se refiere a ese período: los esfuerzos desesperados realizados por el General Weygand, llamado a última hora ante la incapacidad del General Gamelin. Las discusiones sobre la conveniencia de solicitar el armisticio; la precipitada renuncia de Paul Reynaud. El llamamiento que hace entonces el Presidente Lebrun al Mariscal Pétain. El armisticio. Las cordiales relaciones mantenidas por el Jefe del Estado Francés con los Estados Unidos. El Embajador Almirante Lechy, al llegar a Vichy, declaraba: "Será para mi motivo de gran orgullo trabajar con el Mariscal Pétain, una de las más nobles y más representativas personalidades de esta época. Desea salvar a Francia. Ojalá me permita ser su modesto colaborador". Mucho se ha criticado, y muy injustamente, al Mariscal Pétain. Su mejor defensa la constituye, sin embargo, la carta que le entregó el Ministro alemán Ribbentrop, a nombre de Hitler, el 29 de noviembre de 1942. En ella le reprochaba violentamente su resistencia y las dificultades que siempre había opuesto a sus designios". Poco después, el Mariscal era llevado prisionero a Alemania, no sin redactar antes la siguiente declaración: "Al firmarse el Armisticio con Alemania, manifesté mi firme intención de ligar mi suerte a la de mi Patria y de no abandonar su territorio. Se me obliga a ello por la violencia y a pesar de todos los compromisos..."

Bonnet se ocupa, luego de los acontecimientos de Argel; de la eficaz colaboración prestada a los Aliados por el Almirante Darlan, —vilmente asesinado—; de su sucesor el honrado pero débil General Giraud y de su reemplazo por el General De Gaulle. Viene por fin, el desembarco de las poderosas fuerzas anglo-americanas en Normandía y su arrollador avance hasta la victoria.

Se refiere, por último, al establecimiento de la Cuarta República, de poca duración; a la revuelta de Argel; a la creación de la Quinta República. Esta, que se halla en funciones bajo la presidencia del General De Gaulle, presidió también a la liquidación del Imperio Colonial francés. Ahora se halla todavía frente a la rebelión argelina que, está causando un profundo malestar en Francia, por su larga duración, los gastos inmensos que ocasiona y, sobre todo, el número considerable de víctimas. Muy pronto, según parece, sabremos cual será la suerte de esos territorios conquistados en 1830 y legados a Francia por la Monarquía. De la solución de este complicado conflicto dependerá, tal vez, la suerte de la Quinta República. Y podríamos, también, decir de estas repúblicas que su número va decreciendo como crece la sombra cuando el sol declina...!!

Crónica del Claustro

CONSEJO DIRECTIVO.—El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho no ha sido modificado en 1961. Decano: Dr. Raúl Ferrero — Secretario Dr. Javier Kiefer-Marchand — Miembros del Consejo: Doctores Ismael Bielich Flórez, Hugo Pioggio, Raúl Vargas Mata, Domingo García Rada y Andrés León Montalbán.

CATEDRATICOS.—El Doctor Ismael Bielich Flórez fue designado Catedrático del Curso de Derecho Civil (Acto Jurídico y Obligaciones), que ha dictado con la colaboración del Catedrático Auxiliar Dr. Víctor Montori Alfaro. Los Doctores Daniel Olachea Alvarez-Calderón y Carlos Rodríguez-Pastor Mendoza fueron designados Catedráticos Auxiliares de Derecho Civil-1er. Curso y Derecho Procesal Civil-1er. Curso, respectivamente.

Durante el segundo semestre, por licencia solicitada por el Doctor Manuel Pelaunde, el Curso de Derecho Tributario fue dictado por el Doctor Raúl Barrios de Orbegoso y el de Historia del Derecho Peruano por el Doctor Félix Alvarez Brun.

El Reverendo Padre Angel de Lapuerta, S. J., fue designado Profesor de Sociología Católica en el Segundo Año de Derecho.

NUEVA CATEDRA.—Se ha creado, durante el segundo semestre, la Cátedra "Gonzales Cerdeña" de Derecho Civil Especial. El Señor Doctor Don José León Barandiarán, ex-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y su Rector hasta hacen pocos meses, ha honrado a nuestra Facultad aceptando volver a dictar en sus aulas, donde se le ha recordado siempre por sus cualidades de Maestro eminente.

CURSILLOS.—Se han dictado, este año, los siguientes cursillos: Derecho Natural (Doctores Manuel Aguirre Roca, Roberto Mac Lean y César Delgado Barreto); Seguros (Doctor César Barrós Conti); Procedimientos Mineros (Doctor Raúl Muñoz).

SECCION DOCTORAL.—Los profesores de la Sección Doctoral han sido, este año, los siguientes: Señores Doctores Mario Alzamora Valdez (Filosofía del Derecho); Ulises Montoya Manfredi (Derecho Comercial Especial); Carlos Fernández Sessarego (Derecho Civil Especial); Julio-César Villegas (Derecho

Aeronáutico); Carlos Rodrigo Mazuré (Derecho Tributario); Federico Zegarra (Derecho Colectivo de Trabajo); César Delgado Barreto (Derecho Internacional Privado); Rómulo Ferrero (Problemas Económicos del Perú); Andrés Ruskowski (Doctrina Social de la Iglesia).

ANTIGUOS CATEDRATICOS.—El Reverendo Padre Rubén Vargas Ugarte, S. J., antiguo Rector de la Universidad Católica y Catedrático de nuestra Facultad, ha sido nombrado Director de la Biblioteca Nacional, reemplazando en dicho cargo al Sr. Ingeniero Cristóbal de Losada y Puga, cuyo sensible fallecimiento ocurrió recientemente.

El Ingeniero de Losada y Puga fue Decano de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Católica y desempeñó en 1947 la Cartera de Educación Pública. Dejó notables trabajos científicos y en nuestra Universidad el recuerdo de su rectitud, su lealtad, sus profundos sentimientos religiosos y sus grandes condiciones como dirigente y maestro universitario.

Su sucesor en la dirección de la Biblioteca Nacional es tan conocido en el Perú como en el extranjero. El Reverendo Padre Rubén Vargas Ugarte, S. J. ha realizado una labor histórica de gran magnitud y sus obras se distinguen por la seriedad de sus fuentes y sus valiosas apreciaciones. Estamos seguros que su labor al frente de la Biblioteca Nacional será muy importante para nuestro país.

El Reverendo Padre Doctor Luis Sánchez Moreno, del Opus Dei, quien tuvo a su cargo los cursos de Derecho Civil (Familia) en 1954 y Derecho Canónico y Público Eclesiástico, en 1959 y 1960, ha sido designado Obispo Titular de Nilópolis y Auxiliar de la Diócesis de Chiclayo. Por este motivo el Excmo. Monseñor Sánchez Moreno tuvo que dejar nuestra Facultad al iniciarse el presente año.

FALLECIMIENTO DE UN ANTIGUO CATEDRATICO.—El 7 de Mayo de 1961 falleció el Señor Doctor Bruno Bueno de la Fuente, Vocal de la Corte Superior de Lima, cuya Presidencia ejerció. El Doctor Bueno fue Catedrático Titular de Práctica Forense hasta 1950 y desempeñó, varias veces, el cargo de Miembro del Consejo Directivo. Fue muy lamentada la muerte de este distinguido Magistrado y Catedrático.

ALUMNOS MATRICULADOS EN 1961.—Los alumnos matriculados en 1961 se repartieron en la siguiente forma: Primer Año 132; Segundo Año 83; Tercer Año 87; Cuarto Año 55; Quinto Año 48; Sección Doctoral 8; y en cursos 12.

ALUMNOS PREMIADOS EN 1960.—Primer Año: Sres. Alfredo Echecopar y Alfonso Pérez; Segundo Año: 1º Sr. Fernando Arias-Schreiber; 2º Sr. Jorge Basadre; Tercer Año: 1º Srta. Luisa Tizón; 2º Srta. Rosa Silva; Cuarto Año: 1º Sr. César A. Mansilla; 2º Sr. Rogelio Llerena y Srta. Dominga Sota; Quinto Año: 1º Sr. Luis Echecopar Rey; 2º Sr. Marcos Peña.

ALUMNOS PREMIADOS EN 1961.—Primer Año: Sr. Carlos Martijena; 2º Sr. Carlos Ferrero; Segundo Año: 1º Sr. Alfredo Echecopar, 2º Sr. Gastón Barbo-

za y Srta. Margarita Revilla; Tercer Año: 1º Srta. Marina Nuñez, 2º Sr. Alberto Hurtado; Cuarto Año: 1º Srta. Rosa Silva, 2º Sr. César Debarbieri; Quinto Año: 1º Sr. César Mansilla, 2º Sr. César Belaunde y Srta. Dominga Sota.

GRADOS.—En 1961, 24 alumnos o ex-alumnos optaron el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. 25 ex-alumnos optaron el Título de Abogado. Publicamos en las siguientes páginas la relación completa de los nuevos Bachilleres y Abogados.

CONGRESOS.—Nuestra Facultad participó en el Segundo Congreso de Facultades Latino-Americanas de Derecho, cuya organización estuvo a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Presidió el Congreso el Doctor René Boggio, Decano de dicha Facultad. Publicamos, en otro lugar, el texto de las resoluciones y recomendaciones aprobadas. Nuestra Facultad ofreció una recepción en honor del Presidente del Congreso y de las Delegaciones nacionales y extranjeras participantes.

En el mes de Julio, tuvo lugar la Primera Convención Nacional de Facultades de Derecho. Nuestra Facultad designó sus Delegados pero, desgraciadamente, por inconvenientes de última hora, estos no pudieron viajar al Cuzco. La labor realizada en esta Convención ha sido muy interesante y esperamos que los resultados prácticos sean apreciables.

Numerosos Catedráticos, presididos por el Decano, Doctor Raúl Ferrero, concurrieron, en Agosto, al Tercer Congreso Nacional de Abogados que se reunió en Arequipa. Nuestros Delegados fueron los Doctores: Ismael Bielich Flórez, Jorge del Busto, Guillermo Velaochaga, Carlos Fernández Sessarego, Jorge Mercado y Fernando Alvarez Ramírez.

Al Forum organizado por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos sobre Derecho Penitenciario, concurrió como Delegado de la Facultad el Reverendo Padre Doctor Ulpiano López, S. J., Catedrático Titular de Deontología Forense, quien ha realizado importantes estudios en Europa sobre el referido tema.

BIBLIOTECA.—Se han adquirido algunas obras valiosas para la Biblioteca de la Facultad. Además hemos recibido importantes donaciones del antiguo Decano Señor Doctor Raúl Noriega y del antiguo Catedrático Señor Doctor Félix Aramburú Salinas, a quienes reiteramos aquí nuestros agradecimientos.

También agradecemos a la Señorita Marina Delgado, quien nos ha enviado varios ejemplares de la obra "Manual del Litigante" (10 tomos) de la que fue autor el Señor Doctor Genaro Delgado.

PROMOCION 1961.—Los alumnos que egresan este año acordaron dar a su Promoción el nombre del Señor Doctor Francisco Velasco Gallo, Catedrático de Derecho Procesal Civil, y Vocal de la Corte Superior del Callao.

Con este motivo se efectuó un acto especial en el Salón de Conferencias al que concurrió el Rector Monseñor Tubino, el Decano Doctor Ferrero, y los Catedráticos de la Facultad.

La Promoción ofreció luego un almuerzo en honor del Doctor Velasco Gallo al que asistieron numerosos Catedráticos.

Integran esta Promoción la Señora Inés Leiva de Huamán; las señoritas Gloria Bernal, Kira Elías, Adriana Gálvez, Augusta López, Carmen Meza, Graciela Nakamura, Magda Portal, Dominga Sota; y los señores Napoleón Anteparra, Juan Ausejo, Ezequiel Ayllón, César Belaunde, Luis Bellido, Jorge Bernal, Manuel Bustamante, Alfonso Carrera, Enrique Elías Bonnemaison, Alberto Espejo, Manuel Forero, César Galdo, César Godenzi, Alfonso Gonzales del Riego Carlos Gonzales Ugarte, Jaime Herrera, José-Luis Herrera, Fortunato Isasi, Luis Jiménez, Luis Landa, Giorgio Levaggi, Héctor López, Carlos Luna, Rogelio Llerena, César Mansilla, Carlos Morante, Raúl Morey, Andrés Moscoso, César Noya, Manuel Palacios, Adolfo Paredes, Carlos Reyes, Juan Rivasplata, Enrique Rondón, Pablo Solís, José Tealdo, Jaime Tori y Carlos Verme.



Homenaje al Doctor Ismael Bielich Flórez

El 23 de Julio se realizó el homenaje organizado por los Miembros de la Promoción 1956 "Ismael Bielich Flórez", con motivo de la colocación de un retrato al óleo del distinguido Maestro en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho.

El Doctor Bielich es Catedrático Titular de Derecho Civil desde cerca de veinticinco años. Ha sido Decano de la Facultad durante el período de 1954 a 1956; es uno de los mejores Catedráticos y uno de los más queridos, no solamente por su vasta cultura y el entusiasmo que siempre demuestra en el dictado de su Curso, sino también por su proverbial gentileza y caballerosidad.

Ministro de Estado (Titular de Justicia y Trabajo, e interino de Relaciones Exteriores y de Hacienda) durante el Gobierno del Doctor Bustamante y Rivero, el doctor Bielich Flórez fue elegido, en 1956, Senador por Lima. Pero nunca dejó nuestra Facultad, integrando desde largos años su Consejo Directivo, por sucesivas y merecidas reelecciones. Por su conocimiento profundo de los problemas universitarios, fue siempre —y sigue siendo— en ese cargo un magnífico Consejero.

Es, por estas razones, que el homenaje constituyó una manifestación de verdadero afecto de sus antiguos alumnos y de los que lo fueron durante el año 1961.

A nombre de la Promoción ofreció el homenaje el Doctor Pedro Arnillas Gamio, contestando el Doctor Bielich Flórez con emocionadas frases.

Luego se sirvió un almuerzo en su honor, al que concurrieron todos los Miembros de la Promoción y varios Catedráticos, que habían sido especialmente invitados.

Publicamos a continuación, las palabras pronunciadas por el Doctor Arnillas durante este homenaje, pues reflejan fielmente los sentimientos de quienes fueron discípulos del Doctor Bielich.

"Quiero agradecer a mis compañeros la designación de que he sido objeto para ofrecer este homenaje, en que descubrimos en este Salón de Grados el retrato del Dr. Ismael Bielich Flórez.

No voy a decir que me abruma el encargo, ni voy a decir tampoco que carezco de méritos para hacerlo.

Rendir este homenaje al Dr. Ismael Bielich no es un derecho que requiera méritos; es una obligación, y en este sentido, todos y cada uno

de nosotros los miembros de la Promoción que lleva el nombre del Dr. Ismael Bielich; todos y cada uno de los alumnos y exalumnos de esta Facultad de Derecho que son o han sido sus discípulos estamos igualmente obligados a rendir este homenaje.

Yo me he preguntado cuál es el motivo específico de este homenaje.

No nos preocupa que este homenaje no sea fantuoso, que sea sencillo. Todos sabemos de la sensibilidad y finura espiritual del Dr. Bielich. Todos sabemos que no estamos aquí por razones de protocolo ni de cortesía.

Y a esta pregunta que me he formulado, encontré muchas respuestas que sin embargo fui desechando.

Como hombre público, como político como Senador de la República, el Dr. Ismael Bielich merece de todos el mayor respeto y los más encendidos elogios. Con él están representados en el seno del Parlamento el señorío, la honorabilidad, la elegancia, la terca, la testaruda adhesión a los principios morales y a la coherencia jurídica. Siendo por profesión abogado, es decir, artífice del derecho cuando lo interpreta, es además ahora cocreador del derecho en tanto legislador.

Pero nó es por sus cualidades políticas, ni por sus méritos de parlamentario que hoy rendimos este homenaje al Dr. Bielich.

Conocedor del derecho positivo y profundo jurista, en el ejercicio de la profesión el Dr. Bielich armoniza en forma admirable la lucidez de sus planteamientos con el calor y la vehemencia de un enamorado de la justicia.

Pero tampoco ni sus méritos de abogado, ni su altura de jurista son el motivo de este homenaje.

Con mucha frecuencia y con mucho cariño suelo recordar esas primeras clases del curso de Derechos Reales, en las que el Dr. Bielich desarrollaba el tema de la función que corresponde al derecho en la estructura de la Sociedad Civil.

Comentando a Carnelutti, decía el Dr. Bielich que así como un puente une los dos extremos de un abismo y vincula los territorios que estaban separados, así hay una fuerza que vincula a los hombres unos con otros. Y en la creencia de que muy pronto el Dr. Bielich iba a interpretar la metáfora diciendo que esa fuerza que como un puente une a los hombres unos con otros era el derecho, nos sorprendimos con la respuesta aventurada de que tal vez el derecho sólo era el andamiaje que se levanta para construir el puente y que puede ser retirado cuando fragua esa fuerza de cohesión del concreto. Y tal vez esa fuerza sea la caridad cristiana, el amor.

En cada enseñanza que nos viene a la memoria, recordamos sobre todo ese entusiasmo, ese fuego, esa devoción por la justicia que inunda al Dr. Bielich y se empeña en transmitirnos.

Trascendiendo el puro derecho, y de acuerdo al "alma mater" de la "Universidad Católica", en las enseñanzas del Dr. Bielich está siempre presente una dimensión humana, que no busca formar un abogado que además es hombre, sino que pretende formar a un hombre que concretamente se hace abogado.

Es en esta tarea universitaria de todos los días, donde encontramos, Dr. Bielich, el motivo de este homenaje; en su función de "Maestro". Por este título que con tanta propiedad le corresponde a Ud. Dr. Bielich. Por este título que para nosotros los cristianos está cargado de tanto contenido porque era el segundo nombre de Jesús.

Nosotros sabemos Dr. Bielich, que el mundo está todavía muy distante de que fragüe la caridad para que constituya el puente de unión entre los hombres. Sabemos que más que retirar los andamios del derecho, es necesario robustecerlos y apuntalarlos. Sabemos que hay muchos espíritus dormidos que como Lázaro están esperando una voz del maestro que les diga levántate y anda. Y aquí mismo entre nosotros, hay discípulos suyos que brillantemente se han iniciado en esta tarea de maestros del derecho.

Dr. Bielich; es éste el motivo de nuestro homenaje, el motivo de nuestro agradecimiento y la oportunidad de renovar el ofrecimiento de nuestra colaboración".



El Doctor Rosendo Badani Chávez cumple cincuenta años como Abogado y cuarenta años como Catedrático de la Facultad de Derecho

El 9 de Noviembre de 1961, la Facultad de Derecho rindió un merecidísimo homenaje al Decano de sus Catedráticos, el Señor Doctor don Rosendo Badani Chávez quien, pocos días antes, había cumplido cincuenta años en el ejercicio de la profesión de abogado y quien, desde cuarenta años, es Catedrático de Derecho Civil.

En la Sala de Conferencias de la Universidad, tuvo lugar el homenaje. En el estrado, acompañaban al distinguido Maestro, el Rector, Excmo. Monseñor Fidel Tubino y el Decano de la Facultad, Doctor Raúl Ferrero. Ambos pronunciaron palabras de elogio para la obra realizada por el Doctor Badani, recordando los cargos que ha desempeñado en su larga carrera: Juez en Iquitos, Director de "La Razón" (diario loreto), Director de Educación Pública, Miembro de la Asamblea Constituyente, Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, Diputado por Yauyos, Procurador General de la República y, desde 1922, Catedrático de la Facultad de Derecho, a la que está presentando desde tan largo período valiosos servicios.

A nombre de sus antiguos alumnos, hizo uso de la palabra el Señor Adolfo Paredes, elogiando sus condiciones de Maestro, sus consejos y su inigualada bondad.

Terminados los discursos, el Decano, Doctor Raúl Ferrero, entregó al Doctor Badani el diploma que lo acredita como Catedrático Emérito de la Facultad de Derecho, y una artística fuente de plata, con una inscripción alusiva al acto.

A la recepción que siguió, concurrieron gran número de Profesores, ex-alumnos y alumnos de la Facultad, así como amigos personales del agasajado, habiendo sido especialmente invitados los Miembros de la Promoción 1949, que lleva el nombre del respetado Maestro.

Los Catedráticos ofrecieron, a continuación, un banquete en honor del Doctor Badani.

BODAS DE ORO PROFESIONALES DEL DOCTOR ROSENDO BADANI

El día 2 de Noviembre de 1961, ha celebrado sus Bodas de Oro profesionales el doctor Rosendo Badani, Catedrático de la Facultad de Derecho, a quien sus discípulos tenemos siempre presente, con afecto y con la mayor consideración.

Cincuenta años de vida dedicada a cumplir con lealtad su vocación, desempeñando importantes funciones, relacionadas con su ideal de la Justicia, ya como patriota legislador, como brillante defensor de los derechos vulnerados o como abnegado maestro universitario.

Tiene el doctor Rosendo Badani la simpatía de cuantos lo conocen. Es siempre amable y está dispuesto a ser útil a quien lo necesite, brindándose con sinceridad, generosamente y sin reservas.

Al pensar en el doctor Badani, los que afortunadamente hemos sido sus alumnos, recordamos al maestro comprensivo, que consciente de su función, nos dictaba el importante curso de Obligaciones y Contratos, con clara palabra, poniendo a nuestro alcance su gran versación y su vasta experiencia dentro de su proverbial modestia. Afable escuchaba nuestras preguntas en clase y con cariño las absolvía, orientando nuestro criterio en formación y estimulando, al mismo tiempo, nuestra inquietud intelectual.

Cuando llegaban los exámenes finales, participaba el doctor Badani de nuestras emociones y era admirable ver al maestro Badani haciendo lucir a sus buenos alumnos y, también, preocupándose por los que titubeaban en sus respuestas.

En el ejercicio de su profesión de abogado, la actividad del doctor Badani es ejemplar. Muy humano con sus clientes, entre los que no hace distinción por clase ni por fortuna. Atento y respetuoso con los magistrados. Considerado y cortés con el abogado adversario. Estudioso de los problemas que confían en sus manos y activo en el trámite de los procedimientos en que interviene.

Muy temprano empieza el doctor Badani cada día sus múltiples labores y trabaja, entusiasta, sin medida de tiempo ni de distancia, adonde sean requeridos sus servicios, con dinamismo inagotable, sin rendirse a la fatiga y muchas veces ni a la enfermedad, cuando se trata de cumplir compromisos profesionales, que considera compromisos de honor.

La estimación y la gratitud de los amigos y los discípulos del doctor Rosendo Badani, se ha traducido en los homenajes a su persona, al conmemorarse sus Bodas de Oro profesionales. A esos merecidos homenajes, que-remos unir estas líneas, con nuestros mejores votos porque la prosperidad acompañe siempre a tan digno maestro y dilecto amigo.

Jorge Ramírez Díaz

Grados de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas

AÑO : 1961

-
- | | |
|-----------|--|
| Mayo | 3.—MEZA INGAR, Carmen,
Tesis: Reforma del Sistema Electoral. |
| Junio | 14.—URETA BUCKLEY, Alberto,
Tesis: Naturaleza Jurídica y Efectos del Derecho de Retención. |
| Junio | 21.—COSTA DAVILA, R. Rolando,
Tesis: El Contrato de locación-conducción y el problema del Inquilinato. |
| Junio | 27.—ECHECOPAR REY, Luis,
Tesis: La Herencia del Cónyuge Sobreviviente, en el Derecho Comparado. |
| Julio | 5.—MONSANTE HAGUE, Hernán,
Tesis: Adquisición y Pérdida de las Servidumbres. |
| Julio | 22.—PEÑA MENDOZA, Marcos A.
Tesis: El Derecho Municipal y la Autonomía de los Municipios en el Perú. |
| Agosto | 19.—NEIRA BRAVO, Raúl,
Tesis: La Propiedad Horizontal — Naturaleza Jurídica y Administración. |
| Agosto | 22.—FUENTES VILLARAN, Luis,
Tesis: Derecho Internacional Privado del Trabajo. |
| Setiembre | 12.—NUÑEZ CARVALLO, Javier,
Tesis: Aspectos Tributarios de la Ley de Promoción Industrial. |
| Setiembre | 15.—VELARDE ARENAS, Ernesto,
Tesis: La Ley de Notariado Peruano y sus reformas necesarias. |
| Setiembre | 20.—DENEGRI ULLAURI, Ernesto,
Tesis: Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas. |
| Setiembre | 22.—SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel,
Tesis: La Solidaridad Cambiaria. |

- Setiembre 25.—BUSTAMANTE OLIVARES, Manuel,
Tesis: Las Cláusulas de garantía: La Cláusula de Ore
y sus sucedáneos en el Derecho Privado.
- Octubre 6.—RISCO VALDIVIESO, Ricardo del,
Tesis: Análisis de las Diversas Causales de Conclu-
sión Individual del Contrato de Trabajo del Empleado en
la Legislación y Jurisprudencia Peruana y Comparada.
- Octubre 13.—VEGA ANGOBALDO, Roberto,
Tesis: Estipulaciones en favor de Terceros.
- Octubre 21.—JAWORSKI CARDENAS, Helan,
Tesis: Las Garantías Mobiliarias sin Desposesión.
- Octubre 23.—VALLE COQUIS, Pedro,
Tesis: Consideraciones del Artículo 302 — Delito de
Rebelión — del Código Penal (Dos Tomos).
- Octubre 27.—MARTINEZ HEREDIA, Leoncio B.,
Tesis: La Propiedad Rural en el Perú.
- Octubre 28.—GUTIERREZ CAMPOS, Carlos,
Tesis: La Expropiación en la Doctrina y en la Legisla-
ción Peruana.
- Octubre 31.—FERNANDEZ ESPINOZA, Jorge-Edmundo,
Tesis: El Aborto con Agravante Profesional.
- Noviembre 3.—VILLASIS M., Carlos S.,
Tesis: De la necesidad de reducir los plazos de pres-
cripción en inmuebles.
- Noviembre 8.—RODRIGUEZ MARIATEGUI PROAÑO, Luis,
Tesis: Aspectos Jurídicos de la Economía Dirigida.
- Noviembre 11.—HERAUD SOLARI, Carlos,
Tesis: La Nacionalidad de las Personas en el Derecho
Internacional Privado.
- Noviembre 23.—CANTUARIAS LANDA, María-Teresa,
Tesis: El Problema de la Tipicidad en el Derecho Penal.
- Diciembre 9.—WINKLER LAOS, Laura,
Tesis: Aspectos Legales de la instalación de industrias.
- Diciembre 14.—BENAVENTE CARPIO, Juan,
Tesis: El Delito de Aborto.

Títulos de Abogado

A Ñ O : 1961

Mayo	6.—MOQUILLAZA CARMONA, Hernando.
Mayo	16.—TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de
Mayo	20.—REBAZA FLORES, Alberto.
Mayo	25.—SOLARI TUDELA, Luis.
Junio	7.—LIMAS CRUZ, Mario.
Junio	24.—GOICOCHEA LUNA, José Luis.
Junio	27.—LOAYZA DAVILA, Carlos G.
Julio	8.—PETROZZI MILETICH, Armando Iván.
Julio	15.—ECHECOPAR REY, Luis.
Julio	19.—URETA BUCKLEY, Alberto.
Agosto	29.—FUENTES VILLARAN, Luis.
Setiembre	16.—COSTA DAVILA, R. Rolando.
Setiembre	23.—OLMOS MANGINI, Oscar.
Setiembre	29.—PEÑA MENDOZA, Marcos.
Octubre	9.—NEIRA BRAVO, Raúl V.
Octubre	25.—SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel.
Noviembre	4.—RISCO VALDIVIESO, Ricardo del.
Noviembre	6.—NUÑEZ CARVALLO, Javier.
Noviembre	18.—JAWORSKI CARDENAS, Helan
Noviembre	25.—FERNANDEZ ESPINOZA, Jorge.
Diciembre	2.—MONSANTE HAGUE, Hernán.
Diciembre	7.—VEGA ANGOBALDO, Roberto.
Diciembre	15.—LASTRETO MATURO, Partolomé.
Diciembre	20.—HERAUD SOLARI, Carlos.
Diciembre	21.—CANTUARIAS LANDA, María-Teresa.

Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

1 9 6 1

PRIMER AÑO	Horas Semanales
Moral Cristiana	2
Introducción a las Ciencias Jurídicas	3
Derecho Civil (Título Preliminar y Personas)	2
Derecho Penal (Primer Curso: Parte General)	3
Derecho Romano (Primer Curso)	3
Economía Política	2
SEGUNDO AÑO	
Sociología Católica	2
Derecho Civil (Derechos Reales)	4
Derecho Penal (2º Curso: Parte Especial y Práctica)	3
Derecho Procesal Civil (Primer Curso)	3
Derecho Administrativo	3
Derecho Constitucional General y del Perú	2
Derecho Romano (Segundo Curso)	2
Economía Monetaria y Bancaria	2
TERCER AÑO	
Derecho Civil: Acto Jurídico y Obligaciones	3
Derecho Procesal Civil (Segundo Curso y Práctica)	4
Derecho Procesal Penal	2
Derecho del Trabajo	3
Medicina Legal	2
Historia del Derecho Peruano	2

CUARTO AÑO

Derecho Civil: Contratos	2
Derecho Civil: Familia	5
Derecho Procesal Civil (Tercer Curso y Práctica)	4
Derecho Comercial	3
Derecho Tributario	3
Deontología Forense	2
Práctica Registral	1
Instrucción Pre-Militar	2

QUINTO AÑO

Filosofía del Derecho	2
Derecho Civil: Sucesiones	2
Derecho Internacional Privado	2
Derecho Internacional Público	2
Derecho Marítimo (1er. Semestre)	3
Derecho Minero (2do. Semestre)	3
Derecho Rural	2
Práctica Procesal Penal	2
Contabilidad Mercantil	2
Instrucción Pre-Militar	2

SECCION DOCTORAL

Teoría General del Estado	1
Derecho Civil Especial	1
Derecho Comercial Especial	1
Derecho Internacional Privado Comparado	1
Derecho Aeronáutico	1
Derecho Colectivo del Trabajo	1
Derecho Tributario	1
Doctrina Social de la Iglesia	1
Problemas Económicos del Perú	1



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

AUTORIDADES Y CATEDRATICOS

AÑO: 1961

SEÑORES DOCTORES:

- ALJOVIN SWAYNE, Javier, (As) Economía Política.
Carabaya 940 — Tel. 30721 — Lima.
- ALVAREZ RAMIREZ, Fernando, (A) Derecho del Trabajo.
Camaná 780 — Tel. 76280 — Lima.
- ARCE MURUA, Juan, (As) Derecho Penal-2do. Curso.
Corte Superior del Callao. (As) Práctica Procesal Penal.
- AVENDAÑO HUBNER, Jorge (T) Medicina Legal.
Unión 1042 — Tel. 46761 — Lima.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (As) Derechos Reales.
Azángaro 309 — Tel. 75178 — Lima. (As) Práctica Registral.
- BADANI, Rosendo (T) Derecho Civil: Contratos.
Contumazá 945 — Tel 35601 — Lima.
- BIELICH FLOREZ, Ismael MIEMBRO DEL CONSEJO
DIRECTIVO.
Carabaya 1180 — Tel. 34908 — Lima.
(T) Derechos Reales.
Acto Jurídico y Obligaciones.
- CAMPRUPI ALCAZAR, Carlos (As) Economía Monetaria y Banca-
ria.
Junín 393 — Tel. 74705 — Lima.
- CANALETTI ALVAREZ, César P. (As) Contabilidad Mercantil.
Avda. N. de Piérola 459 — 38340 — Lima.

- CORNEJO CHAVEZ, Héctor (T) Derecho Civil: Familia.
(As) Derecho Civil: Sucesiones.
Moquegua 205—Tel. 79712—Lima.
- ECHECOPAR GARCIA, Luis (T) Derecho Civil: Sucesiones (Con-
licencia).
Apurímac 224—5º piso—Tel. 71856—Lima.
- FERRERO, Raúl DECANO.
(T) Derecho Constitucional.
Derecho Internacional Público..
A. Miró-Quesada 376—Tel. 73332—Lima.
- GARCIA RADA, Domingo MIEMBRO DEL CONSEJO
DIRECTIVO
(T) Derecho Procesal Civil - 1er..
Curso.
Daniel Carrión 164—Tel. 23062—San Isidro.
- GAZZOLO, Luis (As) Derecho Arministrativo.
(As) Derecho Rural.
Carabaya 928—of. 404—Tel. 40564—Lima.
- KIEFER-MARCHAND, Javier SECRETARIO DE LA FACULTAD
Camaná 459 Tel. 79993 — Lima.
- LAPUERTA S. J., Rvdo. P. Angel de Sociología Católica.
Azángaro 468—Tel. 71925—Lima.
- LEON BARANDIARAN, José Derecho Civil.
(Cátedra "Gonzáles Cerdeña")
Avda. N° de Piérola 530—Tel. 32347—Lima.
- LEON MONTALBAN, Andrés MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO
(T) Derecho Comercial.
(T) Derecho Marítimo.
(As) Derecho Minero.
Azángaro 235—of. 404—Tel. 40564—Lima.
- LITUMA, Monseñor Luis (T) Derecho Canónico y Público.
Eclesiástico (Con licencia).
Avda. Bolívar 765—Tel. 46965—Lima.
- LOPEZ S. J., R. P. Ulpiano Moral Cristiana.
(T) Deontología Forense.
Azángaro 468 — Tel. 71925 — Lima.

- MERINO PUENTE, Manuel Sub-Secretario de la Facultad.
Enrique Palacios 356 — Tel. 57157 — Miraflores.
- MONTORI ALFARO, Víctor (A) Derecho Civil: Obligaciones.
Lampa 787 — Tel. 72211 — Lima.
- OLAECHEA ALVAREZ-CALDERON, Daniel
(A) Derecho Civil-1er. Curso.
Azángaro 309 — Tel. 75178 — Lima.
- PERLA VELAOCHAGA, Ernesto (T) Derecho Civil-1er. Curso.
(T) Derecho Procesal Civil-2do.
Curso.
A. Miró-Quesada 309 — of. 509 — Lima.
- PIAGGIO, Hugo MIEMBRO DEL CONSEJO
DIRECTIVO
(T) Derecho Penal-1er. y 2do.
Cursos.
(As) Derecho del Trabajo.
Av. N. de Piérola 632—Tel. 40570—Lima.
- RODRIGUEZ-PASTOR, Carlos (T) Derecho Romano.
1er. y 2do. Cursos.
Puno 271 — Tel. 75239 — Lima.
- RODRIGUEZ-PASTOR MENDOZA, Carlos
(A) Derecho Procesal Civil-1er.
Curso.
Puno 271 — Tel. 75229 — Lima.
- TUBINO, Monseñor Fidel RECTOR DE LA UNIVERSIDAD
(T) Filosofía del Derecho (con
licencia).
- Camaná 459 — Tel. 78987 — Lima.
- VARGAS MATA, Raúl (T) MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO
Derecho Procesal Penal.
(T) Práctica Procesal Penal.
Camaná 851—Of. 1401—Tel. 41767—Lima.
- VEGA GARCIA, Jorge (T) Derecho Internacional Privado.
(Con licencia).
Lampa 946 — Tel. 47660 — Lima.
- VELAOCHAGA MIRANDA, Guillermo.
(As) Introducción a las Ciencias
Jurídicas.
A. Miró-Quesada 309—Of. 502—Tel. 73142—Lima.

- VELASCO GALLO, Francisco (As) Derecho Procesal Civil-3er.
Curso.
Corte Superior del Callao.
-

SECCION DOCTORAL

- ALZAMORA VALDEZ, Mario Teoría General del Estado.
Arequipa 153 — Tel. 79622 — Lima.
- DELGADO BARRETO, César Derecho Internacional Privado.
A. Miró-Quesada 376—Tel. 78393—Lima.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos Derecho Civil Especial.
A. Miró-Quesada 376—Tel. 73037—Lima.
- FERRERO, Rómulo Problemas Económicos del
Perú.
A. Miró-Quesada 376—Tel. 73332—Lima.
- MONTTOYA MANFREDI, Ulises Derecho Comercial Especial.
Av. N° de Piérola 966—Tel. 35870—Lima.
- RODRIGO MAZURE, Carlos Derecho Tributario.
Paseo de la República 111—Tel. 36280—Lima.
- RUSKOWSKY, Andrés Doctrina Social de la Iglesia
Camaná 459 — Tel. 78987 — Lima.
- VILLEGAS CERRO, Julio-César. Derecho Aeronáutico.
Camaná 851 — Tel. 40491 — Lima.
- ZEGARRA GARNICA, Federico Derecho Colectivo del Trabajo.
Pasaje Lambayeque 372—Tel. 41311—Lima.
-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ALFONSO COBIAN Y MACCHIAVELLO



Justicia y Seguridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo

TESIS DE BACHILLER



LIMA — PERU

1961

N O T A

Alfonso Cobián y Macchiavello sustentó, brillantemente, el 3 de Octubre de 1961 la tesis que publicamos a continuación para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Fue aprobado por unanimidad, con la mención de sobresaliente.

Pocos días después, terminados sus estudios en la Facultad, viajó a la Universidad de Lovaina (Bélgica), para seguir estudios especiales de Filosofía. Allí lo sorprendió la muerte. Esta fue unánimemente sentida debido a las condiciones excepcionales del que fuera alumno ejemplar de la Facultad de Derecho y destacado profesor de la Facultad de Letras.

Publicamos la tesis como homenaje a su memoria.

A Mario Alzamora Valdez,
a sus calidades de
filósofo y jurista.

Justicia y Seguridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo

Por: ALFONSO COBLAN Y MACCHIAVELLO

INTRODUCCION

A pesar de los nítidos y acertados desarrollos que en relación al fundamento del derecho ha realizado el jusnaturalismo, el tema de la índole del derecho positivo y de sus dimensiones constitutivas mantiene su alucinante y esencial vigencia. El avance del pensamiento, el descubrimiento de nuevos sectores de la realidad, la elaboración de inéditas categorías antropológicas y culturales, no son fenómenos aislados que impliquen la necesidad de una simple yuxtaposición al haber de la cultura o del saber filosófico. El enciclopedismo y la concepción de un saber puramente extensivo son creencias superadas; no tienen ya vigencia operativa. Los nuevos conocimientos generan efectos llamados **radiales**, repercuten en toda la esfera del ser e invitan a reexaminarla en sus cimientos. Tal sucede en la filosofía del derecho. Esta no puede permanecer ajena al desenvolvimiento de las disciplinas medulares de la filosofía —principalmente de la axiología y de la epistemología— sino que está obligada a revisar sus supuestos *a la luz de los nuevos principios*, debiendo, asimismo, poseer la aptitud de *iluminar y canalizar las nuevas realidades* que aparecen en el campo de lo fáctico. Me anima la convicción de que las disciplinas filosóficas deben operar en estrecha relación e intercambio, sin perder, por ello, las calidades diferenciales que les impone su objeto propio.

Un doble trabajo es exigible a la filosofía del derecho, disciplina que se ejercita en reflexión segunda sobre el hecho cultural que llamamos derecho positivo, pues no comparto la opinión del eminente jurista Hans Kelsen que sostiene que la teoría pura, estrictamente jurídica, "busca excluir del conocimiento del derecho positivo todos los extraños", incluyendo entre éstos la idea de justicia. El buscar el fundamento del derecho al margen de la esfera axiológica, quedándose, como hace Kelsen, en las **estructuras típicas dadas históricamente como jurídicas**, es prescindir de la determinante de toda la problemática filosófica o, lo que es lo mismo, de la razón de ser de lo jurídico. Esto no lo puede ofrecer la fenomenología

histórica ni el análisis puro de las estructuras jurídicas. Para ello es incompetente tanto la lógica apodíctica como el asertótico sociologismo. La razón es muy sencilla: no se puede prescindir de lo axiológico, del deber ser, en la esfera moral, en una disciplina cuya esencia es, precisamente la **normatividad**. Es imposible fundamentar el derecho positivo al margen de la justicia, cuya presencia se adivina ya en el mero análisis de la norma de derecho. Los detractores de la esfera o reino de valor que sustenta al derecho, en nombre ya sea del poder autárquico del estado o de la avasalladora fuerza de las creencias o necesidades colectivas, faltan a la coherencia, pues quieren negar el fundamento del derecho positivo desde un plano totalmente distinto y que, por lo tanto, no puede ser considerado como argumento en contra. Los positivistas de todo tipo basan su filosofía en una abdicación inicial. Toman el derecho como puro *factum* sin comprender que el hecho jurídico es ante todo una **intención de valor**.

La presente tesis quiere destacar, en contra del positivismo, el arraigo esencial que el derecho guarda con el valor justicia. Para ello toma en consideración la moderna teoría de los valores —principalmente en su formulación scheleriana— conectándola con la vieja y rica noción de persona que aporta la tradición filosófica y jurídica del Cristianismo, y que es el valor superior en cuanto desarrollo y lugar natural de encarnación de la esfera del espíritu. No se pretende analizar los distintos contenidos de las doctrinas sobre la justicia. Simplemente ponemos de relieve que el derecho únicamente puede fundamentarse en el orden axiológico y que sólo tal planteamiento le confiere carácter obligatorio. Los valores no son sustituibles ni por las descripciones empíricas, ni por las **formas puras** de la lógica. **Justificar** el derecho implica no sólo comprender la arquitectura normativa. Justificar el derecho supone algo más: explicar la razón de ser de la obediencia a la ley; encontrar un faro que permita juzgar a los órdenes positivos, aceptando ciertas normas y rechazando otras. Para encontrar este cimiento permanente, este criterio de **bien jurídico**, debe investigarse "la idea de la justicia o sea el **deber ser jurídico**, o lo que es lo mismo, el derecho que **debiera ser**. Esta investigación se desarrolla de un modo autónomo y comprende la indagación del ideal y la crítica de la racionalidad y legítima del derecho existente. La filosofía del derecho investiga cabalmente aquello que **debe o debiera ser** en el derecho, frente a aquello que **es**, contraponiendo una **verdad ideal** a una realidad empírica" (1). La primera exigencia intelectual para quien analiza una disciplina axiológica es precisar su validez en dicho orden, es buscar la razón de ser de su fuerza imperativa. Sólo así podemos encontrar el **sentido** del derecho porque, como dice Spranger: "Sentido es siempre la referencia a un valor"; sin este supuesto es imposible lograr la **apreciación crítica** que Munch exige como tarea de las ciencias del espíritu. Estas se mueven —como lo han hecho ver Rickert, Dilthey, Cassirer, Spranger y los filósofos de la cultura— en dos dimensiones: la del hecho y la del valor. Y el derecho (positivo) es "un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor" (2).

(1) Del Vecchio y Recasens Siches. Filosofía del derecho t. I. p. 4 y s.

(2) Radbruch, G. Filosofía del derecho. p. 11.

Luego, su comprensión implica el análisis de la estructura axiológica determinante: la justicia. A la demostración de la necesidad de esta dimensión fundante, dedicamos el primer capítulo de la tesis. En esta sección precisamos el carácter axiológico de la idea de justicia, su configuración teleológica, su índole relacional —cuyo punto de referencia es la persona humana—, y su objetividad. Queremos insistir en la impotencia explicativa no sólo de los positivismos —por refinados que éstos sean— sino también en la debilidad de los relativismos que confunden la justicia ideal con los ideales históricos de justicia. Frente al relativismo y sus derivados, sostenemos que si bien la justicia no se presenta de modo ubicuo y ucrónico sino histórico y circunstanciado y que no descende a la realidad, súbitamente, como un aerolito, esto no implica la inexistencia de la justicia absoluta sino la dificultad —quizás, la imposibilidad— de ser asumida por la materia contingente de la historia. Y es que el derecho positivo es una realidad histórica en que lo ideal se encarna dentro de las posibilidades fácticas de un momento dado. En ello influyen las concepciones de la época y las condiciones de viabilidad que se encuentran en la estructura social. La justicia del derecho tiene que ser una justicia asegurada, de seguro cumplimiento. Por ello dedicamos el tercer capítulo de la tesis al análisis de la seguridad jurídica, condición de posibilidad fundamental del orden positivo. Esta es la dimensión fáctica, el aspecto real del derecho. No se justifica por sí misma, pero sin ella es imposible entender el fenómeno jurídico. Es la seguridad, la razón de ser de la positividad del derecho y del carácter coercible que reviste.

Justicia y seguridad constituyen así las dos dimensiones o supuestos básicos del orden jurídico positivo. Su elucidación obliga, como consecuencia, a sostener que la única posición válida frente al orden positivo es el "idealismo realista". Idealismo, porque el derecho se funda y cobra validez prestada de orden trascendente. Idealismo realista, porque el derecho positivo es determinante de voluntades reales en sus manifestaciones societarias, no puede sino canalizar formas posibles de conducta cuyo agente es la persona, que actúa dentro de circunstancias concretas. Por eso el orden jurídico no puede ser sino un orden de referencias o remisión al futuro personal. El derecho no realiza la justicia, sólo la posibilita.

Dada la vinculación existente entre justicia y bien común, dedicamos el segundo capítulo de este trabajo a la relación entre ambas nociones, precisando que el bien común no es sino el resultado, en el orden empírico, de la realización de la justicia. Ambas categorías constituyen la estructura teleológica del derecho. El bien común se apoya en la justicia, es el resultado social de la misma; posee como condicionante instrumental, la seguridad jurídica.

Esta tesis no es sino el esbozo de un planteamiento que quiere entender el derecho en la integridad de sus constitutivos y quiere decir que carecen de sustento firme aquellas concepciones jurídicas y sociológicas que plantean una irreductible antinomia entre la seguridad y la justicia, la renovación y el orden, el individuo y el bien común, la libertad personal y la coercibilidad de la ley. Sin negar la dialéctica permanente que tipifica a las ordenaciones jurídicas, afirmamos el carácter complementario de

los supuestos del orden positivo cuyo patrón de valoración es la persona humana. Es ella, a nuestro criterio, el punto de inserción y la clave de armonía y trabazón de la complejidad de factores que constituyen el orden jurídico. El orden jurídico no es sino una condición de posibilidad para el desarrollo integral de la persona conforme al valor de la justicia y potenciada por un sistema de seguridad que llamamos orden.

Debo expresar aquí mi reconocimiento al doctor Mario Alzamora Valdez por la ayuda y orientación que siempre me ha prestado.

A Enrique Normand Sparks, quien me sugirió el tema de la tesis, mi más cordial agradecimiento.

CAPITULO I

LA JUSTICIA

A la pregunta: ¿En qué se funda el derecho positivo?, podemos dar respuesta en dos sentidos diversos. Uno se refiere a la justificación del contenido de la norma jurídica. Es el sentido axiológico del derecho. Este sentido se conecta con el reino de los valores a los cuales apunta, en busca del sustento, el orden positivo. El otro aspecto de la pregunta sobre la fundamentación del derecho se atiene más bien a una razón fáctica: a la *necesidad* de que haya derecho y al *modus* mismo de la existencia de lo jurídico. De esta manera nos abocamos al estudio de la teleología y de la realidad del derecho. En el primer sentido nos encontramos con un conjunto de significaciones de estructura finalista que el derecho histórico trata de incorporar. Esta esfera ha sido denominada *derecho ideal*, reino de la justicia, esfera axiológica, etc. Es la meta de la continua dynamisis que es el derecho positivo. Nos dice Renard: "El objeto del derecho positivo es el orden: el orden concebido como una aproximación creciente a la justicia... la aproximación a la justicia es el fin del orden" (1). García Maynez sostiene que la justicia es "el desiderátum de todo derecho histórico" (2) y la tradición jurídica más destacada nos habla de un derecho natural, de una esfera absoluta cuya realización en la historia es la tarea que se encomienda al orden positivo. Está en lo cierto Du Pasquier cuando afirma que el derecho, es cierta manera "es una creación del espíritu que refleja un ideal" (3). Por ello "la pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto... un valor que descansa, por tanto en sí mismo" (4). Analicemos pues la meta jurídica, fundamento del derecho: el valor de la justicia.

El término "*justicia*" ofrece varias acepciones. Podemos hablar de justicia como valor objetivo y absoluto; de justicia en el sentido subjetivo,

(1) Renard. Introducción filosófica al estudio del derecho. t. I. p. 117.

(2) García Maynez. Justicia y Seguridad Jurídica p. 44.

(3) Du Pasquier. op. cit. p. 298.

(4) Radbruch. op. cit. p. 31.

como virtud. En el orden jurídico positivo nos es dado distinguir la justicia de dicho orden (ajuste de la norma legislativa al valor justicia) de la juridicidad (o adecuación de la acción al orden positivo). Y por fin, podemos referirnos a tipos de relación humana en los cuales se dan diversos modos de equivalencia jurídica entre particulares, es de **plena igualdad** (justicia comunicativa), la del orden público, entre el Estado y los particulares se mueve en relación de proporcionalidad (justicia conmutativa). Ambas determinan los derechos de la persona. La justicia legal o social, en cambio, regula los deberes de los individuos para con la sociedad, en cuanto son servidores de ésta (5).

Todas estas acepciones del término "justicia" están referidas a la primera, del mismo modo que los tipos de antes tienen como centro de idea del ser. La médula de la noción de la justicia está en su carácter axiológico. No es lícito plantearse el problema básico de la justicia como una simple experiencia normativa, en el sentido psicologista que le da Petrazycki cuando dice que **"justicia no es otra cosa que la ley intuitiva en nuestro sentido"** (6). Hay que asumir una postura objetiva para aprehender la noción de la justicia en sí misma.

Para entender cabalmente la idea del valor "justicia", hemos de referirnos previamente a la concepción del valor, indicando sumariamente las principales orientaciones y las cualidades que se atribuyen a esta esfera de objetos.

La teoría de los valores, si bien encuentra antecedentes en la especulación platónica y en las concepciones aristotélicas acerca del bien y de la justicia, sólo adquiere carácter sistemático en la filosofía contemporánea. Es aquí donde se cobra conciencia del "reino de los valores", descubriendo una nueva esfera de objetos —la esfera axiológica— fundamento de varias disciplinas del conocimiento, entre las que se encuentra el Derecho. Este planteamiento integral de los valores ha dado universalidad a su estudio y ha permitido aprehender con mayor rigor un nuevo sector de la realidad. Dentro de la línea axiológica merecen citarse Lotze, Meinong, Ehrenfels, Hartmann y sobre todo el fenomenólogo Max Scheler.

El primer problema que suscita el estudio de los valores es el que atañe a su naturaleza: ¿Son los valores objetivos o subjetivos?, ¿Son fruto de la mente y del deseo humano o constituyen una instancia propia? Tal disyuntiva entre objetivismo y subjetivismo de valor, constituyó el eje de la polémica entre las dos tendencias de la filosofía contemporánea. Un examen crítico del problema da la razón al objetivismo axiológico. En efecto, una cosa es valiosa no porque suscite un sentimiento de adhesión en nuestra estimativa sino porque tiene en sí misma la susceptibilidad para ser valorada. Los valores se descubren, no se proyectan. Como dice Ortega y Gasset: "lo emocional tiene normas trascendentales" (7). Esto permite fundar los actos axiológicos en criterios de validez. De lo contrario,

(5) Vid. Radbruch, op. cit. pp. 31-35, y Casares, op. cit. p. 55 y 57.

(6) Petrazycki. *Law and Morality*. p. 241.

(7) Vid. Ortega. *Introducción a una estimativa; Discrepamos radicalmente de Kelsen cuando dice que "el valor es la función de un interés... de una actitud activo-motora"*.

caeríamos en un relativismo subjetivista que no tendría razones para pretenderse normativo. Este relativismo es el que ha inspirado al positivismo sociológico del derecho, que se confiesa inhábil para justificarlo.

Max Scheler ha efectuado interesantes y agudos estudios sobre el carácter esencial de los valores. Distingue este autor los valores de los bienes y de los fines, afirmando el carácter a priori de los primeros. Los valores no se abstraen y, consecuentemente, no se fundan en las cosas. Por eso dice Scheler que "El empirismo yerra... porque el ser de los valores no puede nunca deducirse de forma alguna del ser real —sea esta forma las acciones, los juicios o las vivencias del deber— y porque sus cualidades y conexiones son independientes de ese ser real" (8).

Existe pues un reino de valores, susceptible de ser aprehendido por la intuición emocional, según el autor de la "Ética". Este reino "material" y apriorístico es, por así decirlo, puramente esencial. En el mundo en que vivimos no topamos con los valores mismos sino con acciones o cosas valiosas. A tales objetivos participantes de la idea de valor los llama Scheler los bienes. Pero el valor puede darse sin que "nos estén dados aún los depositarios de ese valor" (9). Así, por ejemplo, podemos captar el valor justicia aunque vivamos en orden jurídico injusto. Los valores se fundan en sí mismos. Las cosas y los bienes son valiosos no en cuanto cosas sino en cuanto a participantes de valor. Los valores son trascendentes; no son afectados por lo que sucede en la vida. Tampoco se fundan en el hecho de ser objetivos o móviles para la acción. La finalidad es distinta del valor y el que algo se persigue de hecho es que muchas veces nos proponemos fines contrarios a los valores que captamos. Comprendemos así que el valor no se capta a base de inducción ni se constituye en función del mecanismo subjetivo de la voluntad. Llegamos a los valores de manera distinta que a las cosas reales y que a los objetos ideales o reino de las significaciones. La aprehensión de los valores se opera de modo inmediato en la intuición emocional (diversa de la sensibilidad) que es de carácter rigurosamente lógico ya que la lógica no se refiere sólo al pensamiento. Nos dice Scheler: "Los axiomas que se refieren a los valores son independientes por completo de los axiomas lógicos y no representan meras "aplicaciones" de estos últimos a los valores. Al lado de la lógica pura hay una teoría pura del valor" (10).

Empero, la intuición emocional no sólo capta la presencia de un valor aislado sino un orden o jerarquía de valores, a través de lo que Scheler llama, en "Esencia y formas de la simpatía", actos de preferencia o repugnancia emocional. Estos actos no revelan la estructura jerárquica de la esfera de valor que no es puesta sino descubierta en el preferir (11). Los criterios establecidos para determinar el lugar de los distintos valores son para Scheler cinco principales: **Persistencia** (los valores inferiores son fuga-

(8) Scheler, M. *Ética*. t. I p. 80.

(9) *Ibidem*. p. 45.

(10) *Ibidem*. p. 102.

(11) El preferir puede darse sólo intuitivamente o acompañado de la reflexión.

En este segundo caso es que se dan los criterios de jerarquía de valor.

ces, los superiores, eternos); Divisibilidad (los valores superiores pueden ser participados por muchos sin fraccionar a sus depositarios); **Fundamentación** (los valores superiores se apoyan en sí mismos y respaldan a los inferiores: la justicia respalda y justifica al orden jurídico); y **Relatividad** (o relación respecto a los valores absolutos, que hace del valor más alto el menos relativo) (12). Ahora bien, los valores se dan en los objetos reales, en las cosas y en las acciones. Pertenecen a un mundo concreto en el que se hallan encarnados. En la relación con los tipos de realidad podemos clasificar los valores. En el nivel más bajo se encuentran los valores sensibles, que oscilan entre "lo agradable" y "lo desagradable". Les anteceden los valores vitales (valores de bienestar) y el reino de los valores espirituales dentro de cuya esfera se insertan: a) los valores estéticos, b) los jurídicos y de orden social, c) los cognoscitivos puros y d) los valores religiosos.

Esta clasificación, que sigue lineamientos de Scheler, nos conduce a analizar un problema fundamental para la Axiología. El referente a la relación entre el valor y el ser. Scheler sostiene la independencia de los valores respecto al reino ontológico, basándose en la idea de que el valor no puede estar sometido a la relatividad de lo empírico ni a las mutaciones de las concepciones del mundo. Si esto sucediera, el valor no sería fundante de la esfera de los bienes sino que sería fruto de la inducción que las diferentes épocas ejercen a base de su **Status quo**. Frente a este razonamiento podemos decir que el carácter absoluto del valor no implica su desvinculación absoluta del orden ontológico. Implica, y en esto Scheler tiene razón, negar el sentido empírico del valor. Pero lo que es innegable es la correlatividad existente entre el valor y el tipo de ser. Podemos decir más: para nosotros **el valor es un momento del ser**: su cumplimiento absoluto. No podemos aceptar cualquier objeto ontológico, como depositario de cualquier valor. Así Dios no puede ser depositario de los valores sensibles ni los objetos físicos pueden resistir a los valores cognoscitivos puros. De otro lado, es difícil mantener la creencia en la objetividad de una esfera axiológica negándole existencia —real o posible— a su depositario. De lo que se colige la íntima trabazón existente entrambos. Como dice Tomás Casares: "La perfección es un adelantamiento en el proceso de asunción de la materia por su forma propia. Es, pues, un **proceso intrínseco al ser** o realidad de cuya perfección se trata. Ser perfecta una determinada realidad es ser plena y acabadamente lo que la constituye en su especie" (13). Más aún, la determinación ejerce la esfera del ser sobre la del valer, pues los valores son dimensión de plenitud de un tipo de realidad, lo que completa una naturaleza, para usar una expresión aristotélica. De aquí que el criterio básico de determinación de los valores sea el de plenitud ontológica. Así, para quien existe Dios, el valor superior es el religioso y la meta que debe alcanzar el hombre es el valor de santidad, perspectiva que no tendría sentido para quien negara la posibilidad del Ser Trascendente. Y en el orden de lo humano, quien conciba al

(12) Vid. Scheler. *Ética*. T. I. p. 129-144.

(13) Casares, Tomás. *op. cit.* p. 17 (El subrayado es mío).

hombre como ser puramente material e instintivo, no puede mantener paralelamente la convicción de que el valor más alto es el cognoscitivo puro o la esfera de lo espiritual. De lo que se infiere que la concepción del valor está supeditada a la concepción del ser, si admite que los valores, aunque no reciben su contenido por ser objetivos de tendencia, son realizables y no meros arquetipos que se agoten al posible acceso que a ellos tengamos en un ocasional momento de lucidez apriótica. Esto no da razón a los partidarios del subjetismo axiológico, ya que es posible descubrir, objetivamente, las dimensiones fundamentales del ser y del ente humano. Podrán variar las concepciones pero esto no significa afirmar que no exista una auténtica índole ontológica, trascendente a las ponderaciones de la *weltanschauung*. El propio Scheler, con su interesante teoría acerca de la **persona**, rubrica implícitamente estas aseveraciones, pues la persona es el valor superior; su esencia determina la naturaleza de su deber, con lo que parece suscribirse la frase de la escolástica: "la operación sigue al ser".

Para juzgar los productos de la cultura, en cuanto éstos pueden ser condicionantes de la acción humana, hemos de remitirnos a la realidad que posibilitan. En el caso del derecho, la pauta determinante es la persona humana. De las exigencias fundamentales de la persona dependerá la inordinación de los valores en una sociedad y la ubicación de ellos en relación a otros valores **sociales**.

La filosofía cristiana afirma el valor de la persona humana como el más alto de los valores creados. Este valor deriva de que la persona es una entidad espiritual por constitución ontológica. Es un espíritu encarnado cuyo centro de vida es su propia intimidad, anterior a su calidad de **miembro** de un Estado o de una comunidad de vida. La persona es el valor superior por ser el centro de actualización de los valores del espíritu. Como dice Hartmann: "para que el deber ser de los valores, dimana de una dimensión ideal, se convierta en factor real actuante y se haga sentir en la esfera, en el mundo del ser real, para que se inserte en el acaecer ciego del mundo, tiene que haber en realidad, un punto de relación por donde puede penetrar el deber ser; tiene que haber un punto de arranque, una palanca de Arquímedes, desde el cual y gracias al cual le sea dado a un poder ideal, mover el mundo de la realidad, convirtiéndose él mismo en factor real; tiene que existir un algo que situado en el mundo real, encajado en éste como uno de sus miembros, dependiente de sus condiciones y participantes de sus cualidades, sea al mismo tiempo soporte y agente de los valores ideales... El hombre es algo real, participante de las leyes de la realidad; pero al mismo tiempo es distinto de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión metafísica con el reino de los valores, está en comunicación con su idealidad" (14). Pero la persona no es valiosa simplemente como receptáculo de otros valores espirituales. Es **en sí** valiosa, en cuanto capacidad e intencionalidad espiritual. El valor de la persona es pues un valor de **subjetividad**, de espíritu subjetivo, de centro espiritual. La persona vale por **sí misma** y no sólo por los bienes de cultura o por los valores morales que realice. De aquí se deriva una conse-

(14) Del Vecchio y Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. t. I. p. 358.

cuencia fundamental: que los valores que ante todo deben ser resguardados son los que atañen al núcleo del ser personal. Este es el punto de referencia para la ponderación de otros valores, muy particularmente el valor de justicia que es un valor **relacional**.

La justicia es un valor meta-jurídico pero es al mismo tiempo el condicionante fundamental de lo jurídico. El derecho puede existir como realidad, como **factum** normativo sin que lo informe la justicia, como puro orden externo e inmanente; pero entonces se frustra el equilibrio de la ecuación entre el hecho y finalidad, se frustra lo que Recasens ha llamado la vocación fundamental de los valores: el ser realizados; la **vigencia** se aparta de la norma y "la realidad sin dejar de ser la realidad que sea parece como no justificada" (15) Por ello el preeminente interés jurídico por precisar la noción del valor justicia.

El valor justicia es un valor **relacional**. Tiene como nota constitutiva la alteridad, la referencia entre dos términos; no es una cualidad subyacente sino vinculatoria. Supone la idea de equilibrio, de ecuación realizada a un fin, cuando se da lo que se debe. De aquí que tiene un término en que se apoya, la idea del fin o teleológica. Este fin, a su vez debe estar respaldado en un valor. Dice Radbruch que "la idea de justicia es una idea formal" (16). Supone, como diría Platón, **adecuación** entre lo uno y lo otro, "trato igual entre los iguales" para lo que se requiere dar a cada cual lo que le es debido. Sostiene el estagirita: "Consistiendo la justicia en lo justo, en lo igual y en un cierto medio, lo justo sólo puede ser lo justo entre ciertos seres, lo igual sólo puede ser lo igual para ciertas cosas y el medio sólo puede ser el medio también entre ciertas cosas" (17). Ahora bien, ¿cuáles son estos seres entre los que debe darse la igualdad? ¿qué debe dárseles? La ecuación generadora de la justicia no es fatal, requiere agentes espirituales; por lo tanto, la justicia sólo se da en las relaciones entre personas. Las realizaciones que exige este valor en el campo de los contactos humanos se orientan a mantener la posibilidad de permanencia y plenitud de la persona humana. Esta es la ecuación de justicia fundamental. Presente tal ecuación en una sociedad o en una relación intersubjetiva, podemos decir que tal sociedad o que tal relación intersubjetiva participan de la justicia. Por ello Du Pasquier habla de la justicia como "respeto a la persona ajena".

Esto no significa negar a la justicia su contenido trascendente respecto a sus realizaciones históricas. La justicia mantiene su entidad de ser ideal y como tal es el criterio de estimativa para sus participaciones reales. Si no existiera una noción ideal de justicia no podríamos decir lo que es justo. Tampoco significaría afirmar que la justicia sólo puede darse en el interior de una estructura de derecho. Es posible fuera de dicho orden, ya que el imperativo de justicia es una obligación moral y puede desarrollarse como cualquier virtud, sin la presión de lo coercible, sin que exista el estado garante e imperativo. Basta la percatación interior y la voluntad

(15) Vid. Recasens Siches. *Vida Humana, sociedad y derecho*. (Vid *infra*).

(16) Radbruch. *Introd.* p. 33.

(17) Aristoteles. *La gran moral*. p. 60.

de realización para que se dé el cumplimiento de la exigencia ideal que es la justicia. Pero la efectuación de los valores puede hacerse por varios caminos. No es el único, aunque sí el básico, la iniciativa libre de la conciencia individual. En una sociedad, organizada jurídicamente, el derecho no puede gobernar el interior de las conciencias ni facturar a las personas que la componen. El ordenamiento jurídico debe, sin embargo, apoyarse en ciertos valores, que al actualizarse como bienes, revisten forma *sui generis*. Entonces cabe el bien justicia dentro del derecho; se le requiere como condición primaria. Dice Recasens Siches: "El derecho a fuer de forma de vida colectiva, no trabaja con las realidades auténticas de los hombres —que son individualidades irreductibles— sino tan sólo con algunas formas genéricas de los mismos (ciudadanos, funcionarios, particulares..., (18). El estado y la normativa jurídica son justos, no si hacen al hombre sino si le permiten hacerse, si logran las condiciones propicias para el bien común de una sociedad. Los valores jurídicos —genéricos— están al servicio de otros superiores: los personales, que constituyen su razón de ser; "no es el agente de la realización de los valores morales, sino la condición para que cada individuo pueda realizarlos libremente por su propia cuenta. Y así el derecho lo que debe hacer es garantizar la libertad de cada individuo para que pueda ser cada cual quien es" (19). De aquí que la primera exigencia de justicia sea la igualdad en los derechos y en los deberes. La justicia se orienta al bien común de las personas humanas que constituye su finalidad, dentro de un orden formal por imposición o determinismo de la realidad social que debe informar (20). Admitir ideales de justicia diversos motivados por las distintas concepciones de la vida —dentro de una concepción personalista espiritual— no implica negar la justicia ideal y la permanencia de sus criterios rectores; supone simplemente aceptar la posibilidad de perspectivas varias en la percepción de un conjunto de valores permanentes. Ahora bien, el valor de la justicia cobra vigencia en los sistemas positivos de derecho. Cuando las normas positivas se adecúan a las exigencias de la justicia ideal y realizan el objeto de la misma, esto es, garantizan los derechos básicos de la comunidad de personas, hablamos de un orden positivo justo. Se trata aquí de la justicia en su acepción positiva. Justicia en *sentido estricto*, la llama Radbruch. Más propio sería calificarla de *justicia existencial*. Se presenta cuando el derecho cumple su fin, cuando garantiza las exigencias intrínsecas de la persona en convivencia.

Admitir un derecho justo supone, *contrario sensu*, que pueda darse derecho injusto. Este problema ha originado polémica en la filosofía jurídica. Hay quienes como Stammler, partiendo de que la justicia es "la inalcanzable estrella polar", asienten en la posibilidad de que un orden jurídico positivo injusto pueda mantener su ser de derecho. Otros —y este es el pensamiento más generalizado— aseveran que el derecho para ser

(18) Recasens Siches. *Vida humana, sociedad y derecho*. p. 527.

(19) *Ibid.*

(20) El problema de las relaciones en justicia, bien común y el relativismo de la idea de finalidad, los analizaremos en capítulo aparte.

tal debe ser justo, que hablar de derecho injusto es una contradictio in adfecto. Partiendo de la premisa de que la justicia es la forma propia del derecho, lo que lo hace ser, no puede concebirse derecho injusto. Como dice Casares: "Si el derecho puede ser tal, es decir, tener esencia de derecho, estar formalmente en su especie sin ser justo, hacerse justo no sería para él progresar o perfeccionarse sino ser otra cosa; pasar a ser una realidad distinta al recibir una formalidad nueva, cual sería la formalidad de la justicia que antes no tenía" (21). Es evidente la fuerza dialéctica del argumento antescitado. Si el derecho es un hecho conectado u orientado a un valor, éste no puede serle totalmente extrínseco y mantenerse ausente, permaneciendo el derecho en un ser. Pero a pesar de su fuerza, no es inconcuso. Como veremos más adelante, el valor de justicia no es, en primer lugar, el único valor al que sirve el derecho, aunque sea el fundamental. En segundo lugar, y consecuentemente, el derecho no sólo resguarda la justicia sino responde a otros objetivos como el orden, la certeza, la seguridad (Vid infra). Pero lo que sí es cierto es que el derecho injusto pierde su ser deontológico para enquistarse en mero hecho normativo. Podría justificarse, en ciertas circunstancias por criterios fácticos, o por evitar males mayores, o por ser lo único realizable; se trata, empero, de un derecho que ha perdido su brújula orientadora, que se mantiene a costa del desquicio de la jerarquía de sus valores fundantes.

El derecho no es la ley. Admitir esto sería negar los fundamentos de razón. La ley es sólo justificable en cuanto se orienta a la justicia y la garantiza, en cuanto se apropia de este valor y rige bajo su inspiración a la sociedad. Lo dice Renard: "La ley no es más que un instrumento al servicio del derecho, subordinado al derecho (natural), lo mismo que el contrato, lo mismo que el fallo judicial, si bien representa el instrumento privilegiado" (22).

Vemos pues que la justicia de un orden positivo dado es reflejada principalmente por el sistema legal. No se trata de que la ley realice la justicia, sino de que la condición de posibilidad primaria: fija los límites al arbitrio judicial, señala las figuras contractuales, configura la misión de las instituciones públicas y privadas, fija los requisitos de la vigencia de las mismas; en una palabra, organiza la sociedad como Estado. La ley es el instrumento regulador de una colectividad histórica con miras a la realización de la justicia. No es sólo la forma ideal sino que reúne, en forma confluyente, el pensamiento y la voluntad" porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio" (23). De aquí que el sistema legal positivo sea el índice más autorizado para expresar la modalidad de realización histórica de los valores jurídicos, ya que, como señalaba Crisipo, es "para aquellos que son llamados por la naturaleza a la vida civil, preceptora de lo que se debe hacer" (24). Su fundamento existencial es el asentimiento de los súbditos de un Estado (ya sea implícito o explícito) pero

(21) Casares. op. cit. p. 17.

(22) Renard. op. cit. t. I. p. 25.

(23) Del Vacchio. Filosofía del Derecho. t. I. p. 251.

(24) Cit. p. Del Vacchio loc. cit.

una vez constituido el sistema legal o normativo, determina un modo de conducta que si es adecuado a la norma positiva da lugar al régimen de **juridicidad**.

Empero, el ordenamiento positivo no es indiferenciado y unidimensional. Posee carácter jerárquico y, por lo tanto un orden de subordinación. Es un todo unitario y conexo. Claro está: el fundamento último de valor de la ley se encuentra —como hemos visto— fuera del derecho en el orden axiológico cuyo punto de referencia es el valor de la persona humana, su derecho a ser respetada en su fuero íntimo y posibilitada en su realización integral. Esta exigencia constitutiva ha sido llamada por los moralistas clásicos, **derecho natural**, que se traduce en la **ley natural**, *sindéresis* de lo jurídico y de la esfera ética. Tiene la ley natural un fundamento ontológico, pues, como sostiene Maritain: existe "en virtud de la propia naturaleza humana un orden, una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto" (25). La ley natural o imperativo de justicia se hace presente en la Historia, a través de normas comunes de civilización, dentro de determinadas condiciones fácticas. Esto es lo que se ha dado en llamar el "*ius gentium*", manifiesto en lo que Ortega y Gasset llamaría las creencias comunes de civilización.

El derecho positivo —estatal— se configura dentro de este marco. Sus lineamientos generales se encuentran en la norma constitucional. Pero la constitución tiene que tener una razón justificante. No podemos decir que la constitución vigente se basa en otra conforme a la cual se ha instituido, sin incurrir en una regresión *ad-infinitum*.

Para salvar este escollo, Kelsen recurre a la tesis de la voluntad del **legislador originario**, como fundamento supremo del Derecho. Dada la importancia y la cohesión lógica de la doctrina kelseniana, se impone analizarla detenidamente y delimitar sus alcances.

Es preciso señalar, en primer lugar, que Hans Kelsen comprende la necesidad que tiene el derecho del "debe ser". Por ello se aparta del positivismo y del sociologismo que prescinden del factor axiológico del derecho, reduciéndolo así a simple *factum*. Sostiene que "el fenómeno del derecho no puede ser adecuadamente descrito sin la categoría del deber ser" (26). Esta afirmación de Kelsen nos advierte sobre su deseo de superar el positivismo que basa la norma jurídica en un acto psicológico de voluntad. Nos dice: "El jurista que quiere establecer la "existencia de una norma jurídica" de ningún modo trata probar la existencia de un fenómeno psicológico" (27) y agrega: "Es por esta razón que la terminología jurídica se refiere a la "existencia" de normas jurídicas con un término que es inaplicable a la existencia del acto que las crea. El jurista expresa que una norma "existe" diciendo que es válida. La "existencia de una norma es

(25) Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. p. 71.

(26) Kelsen, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. p. 248.

(27) *Ibid.* p. 246.

su validez. Es a esa validez a lo que el concepto "debe ser" se refiere" (28). Ni la fuerza de la costumbre (en el derecho consuetudinario) ni la voluntad de los legisladores (en el derecho escrito) legitiman o confieren carácter jurídico a una norma: "Un hecho natural, y en particular un acto de voluntad puede ser considerado como una causa de la existencia de una norma sólo si otra norma (más alta) así lo estipula... Es esta norma la que aparece como fundamento de validez de todas las normas de validez" (29).

• El autor antecitado advierte con lucidez el ser de lo jurídico, su carácter **normativo**, su distancia del mundo natural. En efecto, el derecho no es un *factum* y toda norma es fundamentalmente heterónoma, recibe la validez del depositario superior en que se apoya. De este modo, se logra el **derecho como sistema**, la arquitectura jurídica, la jerarquía normativa, cuya nota esencial es el carácter valioso o no valioso; jurídico o antijurídico que brinda a los actos que se realizan bajo su imperio. Claro está que el **valor jurídico** es distinto del **valor justicia**; no tiene relación con él. Su campo es estrictamente lógico; su punto de referencia es el orden positivo. Una conducta es ilícita, si la contradice. El juicio de valor jurídico se cifra en la **existencia** de la norma. El derecho positivo tiene un patrón de valor muy distante a los que animan al derecho natural, a la **esfera de la justicia**. Este patrón de valor es immanente, dado, verificable objetivamente en el orden positivo. Lo dice explícitamente Kelsen: "la teoría pura del derecho... al despojar al deber ser del derecho positivo de su carácter axiológico-metafísico-absoluto (reduciéndolo a expresión de enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica), ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter ideológico del derecho" (30).

El esquema es fundamentalmente lógico, una reflexión positiva sobre el derecho, ciencia del espíritu que está cerrada en sí misma y a la cual la inquisición por la justicia y su sentido le es totalmente ajena. Y ello porque la justicia, que no es otra cosa que el anhelo de felicidad que tienen los hombres, es imposible de ser determinada racionalmente. La justicia es anhelo absoluto e irracional; sus fórmulas —entre las que incluye la **sindéresis**— son totalmente vacías, extralógicas, inasibles por tanto por el concepto o la categoría científica. "La justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea el querer y el obrar del hombre no es accesible al conocimiento. A éste sólo se le da el derecho positivo, o más correctamente: sólo el derecho positivo se le plantea como problema" (31). La idea de justicia es pues la racionalización (32) de los deseos o impulsos subjetivos. Es fundamentalmente relativa. Depende de la concepción de la vida, de las certidumbres últimas del sujeto, de su escala de valores. Si la justicia es simplemente un mecanismo de defensa, es lógico que no sea lícito fun-

(28) Ibid. p. 246.

(29) Ibid. p. 251.

(30) Kelsen. La teoría pura del derecho. p. 64 y s. Por carácter ideológico del derecho entiende el autor la teoría pura que quiere el sentido immanente del derecho

(31) Ibid. p. 41 y s.

(32) Uso este término en el sentido que le da la psicología profunda.

damentar en ella el derecho: "Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos dos órdenes sea "justo" es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional" (33).

Luego, el único criterio de valorización jurídica es la propia norma, Kelsen establece una jerarquía en cuya cima se encuentra la **norma fundamental**, soporte de todo el ordenamiento positivo. A la pregunta sobre qué funda la unidad de los preceptos jurídicos, el eminente jurista responde, luego de apoyar las diversas escalas de normas en los preceptos inmediatos superiores, hasta llegar a la constitución, recurriendo a la hipótesis: "He aquí, dice, el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico basado en esta constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. "Debe realizarse la coacción bajo todas las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias que en él hace delegación" (34). La norma fundamental, no instituida sino **supuesta**, libra al derecho, según Kelsen, de ser un simple *factum*: "Con la teoría de la norma fundamental la teoría pura del derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones **lógico-trascendentales** del método del conocimiento positivo del derecho que se practica desde tiempo inmemorial" (35). La **ursprugnorm** es la instancia última del derecho que no admite apelación ni reducción al sistema ético. Es un imperativo netamente jurídico, puro, incontaminado.

La teoría de Kelsen, como puede apreciarse, representa una superación de los positivismos; implica el reconocimiento del carácter normativo de lo jurídico. De otro lado, su método es del más depurado sentido lógico. Sus desarrollos positivos constituyen aporte fundamental a la ciencia del derecho. Pero al lado de estos méritos encontramos un innegable vacío en el sistema kelseniano: la imposibilidad de **fundar**, de dar una justificación adecuada al orden jurídico. La laguna de todo positivismo se mantiene, de este modo, en la teoría pura del derecho. Al buscar Kelsen una base al orden positivo, recurre al supuesto o hipótesis del primer legislador o del legislador originario. Hipótesis ésta inverificable, puramente lógica elaborada con el objeto de evitar la regresión *ad-infinitum* en el sistema normativo. No ha reparado el ilustre jurista en la diferencia que media entre el orden de ser y el deber ser. A pesar de su crítica a las doctrinas que intentan deducir lo normativo de lo empírico, él incurre en análogo dislate; pretende derivar el deber ser de una forma lógica pura. Con ello imposibilita a su sistema de constituir una ontología jurídica; se queda en el escueto orden epistemológico, descuidando la intención de valor propia de la norma, su arraigo en la justicia. De este modo, Kelsen no responde a:

(33) Kelsen, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. p. 15.

(34) Kelsen. La teoría pura del derecho. p. 98.

(35) Ibid. p. 99 y s.

la pregunta de nuestra tesis: ¿en qué funda el derecho positivo? La razón que arguye para desconectar la esfera de la justicia y la del derecho es que la disciplina jurídica debe ser **racional**. Y no lo podrá ser si se apoya en objeto puramente afectivo y subjetivo como es la justicia, valor éste que muda con los individuos y que carece de contenido determinable. Tal aserción refleja una mala teoría axiológica y la confusión entre la naturaleza de un objeto y el proceso psicológico para acceder racionalmente a él; dificultad que, por cierto, no negamos.

Convengo con Kelsen sobre la generalidad de la formulación del valor justicia; empero, discrepo de él cuando estima que "contenido general" es sinónimo de "contenido vacío". De otro lado, existe un criterio fundamental para determinar, en el orden humano y social, los contenidos de la justicia. Este criterio es la persona humana, cuyas exigencias son susceptibles de ser descubiertas por la razón. Kelsen ha suprimido de su sistema la noción antropológica de persona humana, reduciéndola a la "expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas" (36). La persona ha perdido aquí su dimensión propia. De esta manera, la realidad derecho queda suplantada por un conjunto de formas puras, de categorías que no conducen a la comprensión de la tensión efectiva y actuante que es el derecho. La separación entre los tipos de valor, la inmanentización de lo jurídico, desligan a la conciencia del hombre de la obligación jurídica, quita al derecho su participación en la justicia y descalifica el aspecto teleológico que, al mismo tiempo que informa el orden positivo, los trasciende. Como dice Delos: "el derecho positivo persigue fines objetivos que le son exteriores y trascendentes... pero, rasgo esencial, esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica. **Inmanencia** o interioridad de una parte, transcendencia de otra parte, he ahí lo que explica que los fines del derecho sean un **elemento** constitutivo de la realidad jurídica sin dejar de ser por ello un punto de dirección, un elemento de cambio y de perpetua **regeneración**" (37). Por ello, y a pesar de los argumentos de Kelsen, la filosofía del derecho sigue teniendo por meta el análisis de la idea de justicia y de sus relaciones con las formas históricas en las cuales se encarna. Como sostienen los hermanos Mazeaud: "el hombre tiene sed de justicia. Si le es difícil comprender la necesidad de poner un freno a su deseo de libertad imponiéndose una regla, al menos quiere que esa regla sea justa. Entiende que la regla de derecho satisface no solamente su necesidad de seguridad sino al mismo tiempo su necesidad de justicia" (38). La licitud del imperativo jurídico arraiga en la conciencia individual; no se trata simplemente de una adecuación procesal sino de algo anterior y condicionante que genera la **obligación**, la religación entre el orden jurídico y la conciencia de los miembros de la sociedad. No cabe pues divorcio entre lo justo y lo jurídico. La justicia es la idea directriz del derecho; éste no es sino un medio orientado a encarnarla en el orden histórico.

(36) Kelsen. *La teoría pura del derecho*. p. 83.

(37) Le Fur. y otros. *Los fines del derecho*. p. 54. y s.

(38) Mazeaud. *Leçons de droit civil*. t. I. p. 15.

Contra la función determinante de la idea de justicia como valor objetivo, se ha esgrimido, a menudo, el aumento de los constantes cambios del ideal de justicia. Las mutaciones en la concepción de la justicia han dado pie a la instauración del relativismo o del historicismo, escépticos integrales en lo que atañe a la verdad de la justicia. Es innegable, en efecto, que las distintas épocas, que las distintas culturas y aún las diversas ideologías exhiben varios ideales de justicia, que muchas veces resultan antinómicos y contradictorios. De tal constatación, empero, no se deriva la idea en que se apoya el relativismo: la imposibilidad de llegar a la verdad de la justicia y, consecuentemente, de jerarquizar las ideologías sobre lo justo. Lo que se constata es la dificultad de aprehensión de los valores superiores, la limitación del sujeto cognoscente. Y de otro lado, estos cambios hacen patente un enriquecimiento progresivo del derecho positivo si concebimos la idea de justicia en relación a la noción de persona. El esfuerzo continuo de lucha por la justicia revela precisamente su existencia aunque manifiesta también la dificultad de apresar integralmente su contenido. Es necesario aclarar, además, que los diversos perfiles del valor justicia van emergiendo a medida que nacen nuevas realidades que piden ser reguladas. Esto determina diversas perspectivas o participaciones históricas del valor absoluto que siempre trasciende a sus encarnaciones en el nivel inmanente de lo humano, al cual pertenece el orden jurídico. Como dice Víctor Andrés Belaúnde: "la justicia es una síntesis viviente de un principio trascendente y eterno que se encarna en la realidad cambiante de la vida humana. Podría decirse que la justicia tiene una forma y una materia: una forma de valor eterno, y una materia variable. La eternidad de la forma no puede llevarnos a la inmutabilidad de su aplicación siendo las circunstancias de esa aplicación mudables. Y es igualmente ilógico pensar que las variaciones en la objetividad social eliminan y descartan absolutamente la luz eterna de los principios que guían la conciencia" (39). El dinamismo de la justicia, la pluralidad de **bienes** (40) y de fines de que este valor se encarna son pruebas elocuentes de la objetividad y de la riqueza de este valor, al cual hay que darle el sentido **analógico** que Aristóteles y los maestros de la Escolástica han conferido al ser.

La concepción que se tenga de la justicia está ligada a la persona humana. Hoy se debaten en el mundo dos tesis acerca de la justicia: la **individualista-liberal** que sólo toma los derechos subjetivos del individuo a los cuales absolutiza; en el polo opuesto tenemos la concepción **socialista** que **únicamente** considera el interés social, llegando a negar los derechos individuales. Ambas concepciones son unilaterales y se desconectan del plano ideológico. El individualismo sólo considera la relación conmutativa; no comprende la necesidad de relacionar el **hecho social** con el valor justicia. El socialismo considera el bien común como un hecho empírico, como un resultado; no posee un planteamiento axiológico previo del cual se desprenda como consecuencia real, la noción del bien común.

Ni el individualismo ni el socialismo refieren el orden social y las

(39) Belaúnde, Víctor Andrés. Palabras de fe. p. 202.

(40) Uso bienes en el sentido de Max Scheler. (vid. supra).

relaciones sobre los hombres a un valor absoluto ni toman en cuenta el término relacional de ese valor: la persona humana, ser social.

La concepción cristiana de la justicia logra el equilibrio por la unión que establece entre justicia y bien común. En función de estos fines se justifica la autoridad, el régimen estatal, la seguridad jurídica.

La idea de **equilibrio** que tipifica a la noción ideal de justicia encuentra su reflejo en el equilibrio que se busca en el orden social; la armonía entre persona y sociedad.

Los análisis efectuados en contorno a la noción de justicia nos revelan nítidamente el carácter de idea **directriz**, de valor fundamental del orden jurídico. Sin ella el derecho pierde su ser. Pues esta esfera ontológica tiene, por así decirlo, un **ser deontológico**; o, en otras palabras, su ser estriba en el valor. Y tales análisis nos han revelado también la profunda concatenación entre justicia y persona. Nos queda preguntar: ¿cuál es el objeto del derecho: la justicia o la persona? La tradición escolástica que plantea la justicia como virtud —y no como valor o relación objetiva— **valiosa**— sostiene que la justicia es simplemente la **adecuación** de la conducta a la ley; que el derecho no puede tener por fin la justicia; admitir eso supone o que la justicia es extrínseca al derecho o que se confunde con él. En el primer caso tendríamos la posibilidad de un derecho injusto, sin fundamento, lo que es imposible. En el segundo caso la identificación elimina el problema y la justicia se limita a ser “la virtud relativa al ejercicio del derecho o conducta jurídica” (41). Opina Casares que derecho y justicia se identifican, ya que la justicia es el principio formal e inmanente al derecho: “la justicia no es la última instancia sino el reconocimiento del derecho. Por eso según la fórmula tradicional el derecho es el **objeto** de la justicia, y no la justicia el objeto del derecho como suele decirse... El objeto del derecho es el bien común mediante el orden, en cuanto es ello requisito de la plenitud personal” (42). Pese al rigor de las razones, no comparto dicha opinión. Más acertada me parece la de Geny, Delos, y Le Fur que sostiene que la justicia es el fin del derecho. Los argumentos de los sustentadores de la primera posición no toman en cuenta a la justicia como valor objetivo; no consideran las nuevas aportaciones de la Axiología. De otro lado, la separación absoluta entre la trascendencia y la inmanencia del derecho sólo la encontramos en el idealismo jurídico. Pero si cabe una **distinción** entre ambos: la justicia no se identifica con el derecho, pues lo absoluto no puede ser absorbido y agotado en el orden relativo. De lo contrario, encontraríamos su plenitud en éste, lo que contradice la experiencia y la posición lógica. En el derecho **dado** hay participaciones, formas de justicia, pero la justicia en sí misma es inagotable. Por otra parte, el afirmar que el fin del derecho es la persona, no quita carácter teleológico al valor de justicia. Sólo significa lo que hemos señalado, que la justicia es un valor **relacional** y que son las exigencias de la persona humana los criterios de ponderación para determinar lo debido. El fin del derecho es la justicia porque consiste en dar lo debido. No en lo debido mismo sino

(41) Casares. La justicia y el derecho. vid. p. 13 y ss.

(42) Ibid. p. 20.

en la ecuación, en la igualdad, en el equilibrio. De este equilibrio nace, como resultado, el bien común. Pero el bien común no puede lograrse a base de la desarmonía de la injusticia. El bien común es el resultado que no puede seguir cualquier camino sino que debe ser proporcionado. Esta proporción es un fin, es "lo que se busca". Y lo que se busca constituye el fin de la acción. Claro está que la justicia humana tiene como determinante los fueros del hombre, las exigencias de la persona.

En conclusión: la justicia es el fin del derecho; el derecho es una aproximación a la justicia en la medida que posibilita la realización integral de las personas. O en otras palabras —y aunque sea difícil salir de un aparente "círculo vicioso"— el orden jurídico, el derecho positivo, aspira a la adecuación de sus preceptos —y de las acciones reales que genera— a las exigencias o a las demandas de la persona. El logro de esta adecuación, la consecución de la misma es la armonía. A esta armonía la llamamos justicia. Luego, es ella el fin, meta y guía del dinamismo jurídico. Se impone pues analizar las relaciones entre la justicia y el bien común, conceptos íntimamente ligados y que constituyen la estructura fundante del orden jurídico; dos intenciones que no se agotan en sí mismas sino que se insertan en el ser personal del hombre en comunidad.

CAPITULO II

RELACION ENTRE JUSTICIA Y BIEN COMUN

El problema del bien común queda planteado allí donde se discuten los fines del derecho. Antes de analizar las relaciones que esta noción guarda con la idea de justicia, es necesario precisar su concepto.

Radbruch (1) distingue varias acepciones —o más bien, diríamos concepciones— del bien común:

- a) Entendido como bien de la mayoría de personas.
- b) Concebido como bien de una totalidad supra-individual.
- c) Planteado como la realización de valores impersonales (de cultura, por ej.).

Estas acepciones del bien común responden a las distintas valorizaciones dadas a la persona humana en el derecho. El propio Radbruch, en su Filosofía del Derecho, califica a tales teorías de personalismo supra-individualismo y transpersonalismo culturalista, respectivamente.

Como hemos anunciado en el capítulo anterior, para nosotros el soporte fundamental del derecho es la persona humana individual, término de referencia del valor de justicia y calificante, por ende, de las relaciones justas. El mismo criterio es válido para el bien común. Si la sociedad tiene como fin la persona, que es trascendente al orden temporal, es la

(1) Vid. Le Fur y otros. op. cit. p. 94.

persona el supremo calificativo del bien común, del bien de la polis. Adoptamos pues la postura personalista. Como dice certeramente Recasens Siches: "Lo importante es que concibamos de modo correcto el sentido de esta expresión "bien común". El bien común no debe ser otra cosa que la suma armónica de los bienes individuales y de aquellas condiciones e instrumentos que hacen posible y facilitan el logro de los bienes individuales. Es monstruoso concebir el bien común como una entidad trascendente, más allá de los bienes humanos concretos —que son siempre bienes individuales o condiciones o medios para bienes individuales—; es monstruoso concebir el bien común como magnitud por encima del conjunto armónico de los individuos, como gloria estatal, como destino biológico, como providencia histórica. Es monstruoso imponer coercitivamente sacrificios a los individuos en nombre de esas magnitudes trascendentes o de cualesquiera otras transpersonales. Pero, en cambio, en nombre del bien común, entendido humanamente, es decir, entendido como la mayor cantidad posible de bienes de todos o del mayor número posible de individuos, es perfectamente lícito imponer los gravámenes necesarios a cada individuo con el fin de que los demás estén en condiciones parejas a él para conseguir los bienes propios a ellos" (2). La obligación de realizar el bien común se apoya, pues, en los fueros de la persona y tiene como resorte fundamental la naturaleza social del hombre en las relaciones inter-individuales y en las que median entre los individuos y el Estado.

Pero el bien común, como se puede desprender del largo juicio transcripto, no es antinómico al bien personal; al contrario, dentro de una concepción humanista, el derecho postula a la persona como su razón de ser y fundamento. No es claro está, la persona entendida como el individuo aislado del liberalismo, sino la persona en la totalidad de sus dimensiones, en el conjunto de sus relaciones. Se podría objetar que esto impone sacrificios al haber y al actuar de la persona. A esta objeción, de la que participa el jurista Radbruch, puede contestarse que el bien común sólo exige ciertas limitaciones *extrínsecas*, en los bienes, en el arbitrio individual del hombre o del conjunto de los hombres. Pero la razón de ello es un principio de solidaridad personal y mantiene como supuesto inquebrantable el respeto a aquello que la persona tiene de más genuino: "Hay un bien de la personalidad la persona misma— que no puede jamás ponerse en la categoría de medio para conseguir aún el máximo beneficio para el bien común. Y la persona está constituida por su interioridad, su razón y su conciencia, su libre albedrío y la ordenación a un bien trascendente que se expande y perfecciona en la vocación sobrenatural. Estos constitutivos de la persona se separan de la acepción común de bienes particulares pues forman la singularidad o individualidad que distingue a cada hombre y lo prolonga más allá del tiempo en el que la sociedad tiene su realización y su límite" (3). El bien común no requiere el sacrificio de la persona, ni su instrumentalización en favor de la colectividad o del Estado. Tal plan-

(2) Del Vecchio y Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. t. I. p. 530.

(3) Mc Gregor, S. J., Felipe. *Persona Comunidad y Bien Común*. Primera Semana Social del Perú, Doc. Nº 2.

teamiento, propio de los **transpersonalismos** de los totalitarismos va en contra de la concepción humanista, de honda base personal, que debe tener el derecho. El bien común es bien para el hombre, así como la justicia es adecuación al fuero individual o del conjunto social de personas.

Ahora bien, es necesario no confundir la noción de bien común, de armonía en distribución de los bienes, con su fortuita consecuencia empírica: el bienestar. No debemos juzgar el concepto jurídico "bien común" en función de una mera constatación fáctica. Pues, puede darse el caso de que exista bienestar en un pueblo pero no armonía en la distribución. En tal caso no existe el bien común. Y a la inversa, podemos tropezar con un Estado pobremente dotado de bienes materiales en el cual exista proporción distributiva, en el que no se den desniveles. En este caso hipotético, en el sentido de que aquello de que se dispone es puesto al servicio de la comunidad; aunque no podríamos, basados en la mera constatación empírica del **modus vivendi**, hablar con propiedad de bienestar.

¿De dónde nace el bien común? ¿Cuál es su fundamento? A nuestro juicio el bien común se deriva de la justicia. El bien común es una **forma** de justicia; está sometido a ella. "Es ella la que quiere el bien común", el de todos y no el de una clase determinada; el bien común está pues sometido a los valores morales" (4). Hemos visto que el término de referencia del valor justicia es la persona —punto último de medición de las acciones justas en el mundo—; se busca dar a la persona lo **debido**, lo que por derecho personal le compete. Ahora bien, la complejidad de las relaciones sociales origina pluralidad de formas de justicia. En todas se busca conseguir un **bien**. El equilibrio no es una ecuación puramente formal sino consecuencia de una armonía en el orden del ser. Y esto es el bien, entendido como aquello que perfecciona al ser y a la acción. El bien común es una forma de bien, nace de la justicia, de la **adaequatio** en las relaciones comunitarias. Es fruto de la justicia social y de la justicia distributiva. Ya lo indicaba Santo Tomás de Aquino en la **Summa**: "Non iudex habet curam boni communis quod est iustitia" (5).

Podemos establecer la siguiente relación: la justicia es el proceso, el acto, el valor orientador. El bien común es el resultado de hecho, el producto de una sociedad organizada según justicia. Los criterios deontológicos, valorativos, y por lo tanto, orientadores de los actos, emanan de la justicia. No podemos pues divorciar ni separar el bien común de la justicia. Es este el criterio del orden: "Cada voluntad se pliega a fin de ver y sentir en sí misma un valor que trasciende el del interés particular —podríamos decir bien— con ocasión del cual surgiera" (6). No son "los fines de utilidad colectiva", como pensaba Duguit, los constitutivos del bien común. Su estructura teleológica es la idea misma de justicia. De aquí que podamos decir que bien común y justicia social son el anverso y el reverso de una misma moneda. La justicia social "exige de los particulares todo lo ne-

(4) Le Fur y otros. op. cit. p. 121.

(5) Tomás de Aquino. Sum. Theol. I 2ac 7. 96.

(6) López de Oñate. La Certeza del Derecho. p. 147.

cesario para constituir una sociedad, un orden concreto y estable" (7). La Justicia distributiva demanda a su vez la gerencia del bien común en beneficio colectivo. El cumplimiento recíproco de las obligaciones de gobernados y gobernantes obtiene como resultado el bien común. Al darse la justicia se generan las condiciones de posibilidad que conforman la noción del bien común. Claro está que el orden jurídico no puede realizar **por sí mismo** el bien común. Hemos señalado con Recasens Siches que "el derecho no es el agente de realización de los valores... sino la condición para que cada individuo pueda realizarlos libremente por su propia cuenta" (8). El bien común es un resultado que depende de la efectividad de la acción que como sujetos de actos realicen el Estado y los particulares. Su actualización nace del acto de voluntad. El derecho sólo puede establecer los cánones, los requisitos generales para enmarcar las acciones dentro de los criterios de justicia. De esta manera, un orden social justo y de posible cumplimiento asegura un **status** de bien común. Esta, si queremos, es una realidad social que se logra sólo por el derecho —condición básica, sin duda, pero no única— sino, fundamentalmente, en "la buena vida humana de la multitud" (9). Extravasa pues el marco de lo jurídico para constituir una noción fundamentalmente ético-sociológica.

Aquí conviene señalar la importancia que el factor sociológico tiene en el derecho. Las ecuaciones previstas por la ley deben ser de posible cumplimiento. La posibilidad se mide acercándose a la realidad actual (10), para lo que se requiere el concurso de la ciencia de lo realizable; la política.

El bien común es un resultado de la justicia. Media con ella, simplemente, una diferencia de planos; la justicia es un valor; el bien común, un logro empírico que se apoya en el valor de justicia. Esta da el principio normativo. La distinción la nota claramente el Profesor Mircia Djuvara: "Comprobamos así en la naturaleza psicológica o social, como simples hechos, lo que se llama el bien común,... Pero es imposible sacar de un hecho un ideal como la justicia. La justicia se realiza, en ocasión de los hechos sociales, en los cuales se incorpora con más o menos perfección, pero es imposible extraer de estos últimos, que simplemente son, lo que

(7) Le Fur y otros. op. cit. p. 76.

(8) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad, Derecho*. p. 527. (El subrayado es mío).

(9) Maritain. *Los Derechos del Hombre*. p. 18.

(10) El aspecto social del derecho —la necesidad de su adaptación a las circunstancias, a las exigencias colectivas de la época— ha sido exagerada irrisoriamente por el sociologismo jurídico. Es indudable que el problema de la experiencia jurídica debe ser considerado por el legislador; es innegable que el derecho debe estar a la altura de los tiempos. Este aspecto lo consideramos incluido en el de la seguridad jurídica (Vid. Cap. III) que implica que todas las relaciones reales, nacidas históricamente, encaucen su actividad de acuerdo a derecho, que sean incorporadas a las normas jurídicas. La dimensión social del derecho cae en el aspecto fáctico del mismo, como una faceta de la seguridad jurídica. Pero lo que es inconcebible es pretender justificar el derecho a base del hecho social (Vid. Hall, Jerome. *Razón y Realidad e en el Derecho*. Cap. III).

Por otro lado, el cálculo de probabilidades o el análisis de los medios para lograr el bien común es asunto que compete a la Política y no a la Filosofía del Derecho.

debe ser" (11). La justicia es el fundamento axiológico del bien común; lo eleva incoado en cuanto exigencia o postulación.

La opinión sustentada acerca de la relación entre justicia y bien común se opone a la relación que entre estos conceptos establece el ilustre jurista alemán Gustav Radbruch. Dice éste: "la justicia es un fin del derecho que debe ser bien diferenciado del bien común, y que se encuentra aun en cierta contradicción con él. La justicia presupone la existencia de un conflicto, mientras que la idea de bien común lo niega... Así la justicia exige que la idea de bien común soporte ser puesta en balanza con los intereses justificados del individuo. contrariamente a la idea de bien común, ella tiene un carácter individualista-liberal" (12). Esta separación entre ambas categorías obedece a la concepción relativista que Radbruch tiene del fin del derecho. Sostiene al respecto: "este problema del fin, no puede responderse equívocamente, sino relativamente por el desarrollo sistemático de las diferentes concepciones del Derecho y del Estado, de las diferentes ideologías políticas" (13). De otro lado, Radbruch profesa la concepción formalista del valor justicia, "categoría vacía que puede llenarse con los más diversos contenidos" (14).

A los argumentos de Radbruch podemos oponer los siguientes reparos:

- a) Que la justicia no se deriva de un hecho negativo como es el conflicto; hablamos de justicia cuando hay **proporción**, equiparación en las situaciones, aunque éstas no se hayan desarticulado nunca.
- b) Que el bien común no excluye la consideración de los legítimos intereses de la persona individual. Esto sólo cabe dentro de una concepción transpersonalista, que nosotros no admitimos. Bien común no es sinónimo de colectivismo.
- c) Que Radbruch identifica impropriamente justicia con individualismo. La justicia es un valor que se manifiesta en diversas formas de relación entre las que figura la relación societaria. El bien común es una consecuencia de la justicia.

No hay pues antinomía entre justicia y bien común. No nos referimos aquí a la justicia del derecho positivo. Puede darse un sistema jurídico que atente contra el bien común y que favorezca el privilegio. Aquí encontramos colisión no entre la justicia y el bien común sino entre el régimen injusto y el bienestar colectivo.

(11) Los fines del Derecho. p. 127.

(12) *Le Fur* y otros op. cit. p. 104.

(13) Radbruch. *Filosofía del Derecho*. p. 96.

(14) *Ibid.* p.

CAPITULO III

LA SEGURIDAD JURIDICA

Con el simple enunciado de que el valor justicia es de naturaleza meta jurídica y que sólo significa la estructura teleológica hacia la cual apunta el derecho positivo en busca de sustento, no explica cabalmente la índole del derecho en cuanto factum, no se justifica su necesidad. Para lograr tal objetivo debemos modificar nuestra perspectiva. O más bien: integrarla con otra de la realidad en la cual el derecho quiere realizar la justicia. Esta realidad es de índole social, contingente. Constituye un hecho y no una simple postulación ideal. Frente a lo social el derecho persigue instaurar un orden, estableciendo una organización que fije cauces a las acciones de los individuos y a las interrelaciones entre los grupos. Para ello no basta que el orden positivo proponga una serie de normas valiosas a la libre decisión de las personas. No es un puro imperativo individual, cuya actualización o cumplimiento quede a merced del arbitrio de los hombres. Si esto fuera, no existiría el derecho; simplemente tendríamos una moral social. Más, el imperativo jurídico a diferencia del moral significa, a *nativitate*, una instancia necesaria. No cabe disyuntiva fuera de la norma jurídica. Su cumplimiento se impone como ineluctable a las personas físicas y jurídicas, a los gobernantes y a los gobernados. El derecho formulado, hecho norma, adquiere una fijeza que no conlleva la justicia en tanto ente ideal. Una sociedad organizada jurídicamente no sufre ante la expectativa ambigua de la decisión individual y espontánea ni tiene como único punto de referencia la débil presión de los usos, costumbres o convenciones. Una sociedad que vive bajo la égida del derecho posee una garantía para el cumplimiento de sus fines, sabe a qué atenerse, tiene conciencia de estar protegida. Esta conciencia de estabilidad, de certeza en la acción, es la *seguridad jurídica*. El derecho tiene pues la misión de asegurar, de constituir una sólida garantía para la acción y la convivencia humanas. Derecho vigente equivale a seguridad jurídica. Tal es la razón *existencial* del orden positivo. Como muy bien dice Recasens Siches: "La motivación radical que impulsa al hombre a establecer reglas de derecho es la urgencia de crear un orden cierto... y de seguro cumplimiento... pues aun cuando el derecho está abocado a la realización de valores de rango superior —a cuya luz debe justificarse— sin embargo, debe, ante todo, y previamente, crear una situación de seguridad" (1).

La seguridad jurídica es la condición de posibilidad, la garante efectiva que permite a la sociedad ser recipiendaria de los valores superiores. Para que pueda haber relación justa entre los hombres es necesario que

(1) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. p. 534.

sea, ante todo, posible y viable la **relación**, la coexistencia ordenada; lo que, en términos proverbiales, se denomina la convivencia.

La conciencia de la importancia jurídica de la seguridad es ya conquista definitiva de nuestro tiempo. "La **salus**, o sea la salvación (seguridad) que el derecho procura la pone de relieve Cicerón... En el pensamiento moderno... desde Hobbes en adelante la exigencia de **securitas** viene a ser motivo central que no se dispersará jamás" (2). Bentham ha afirmado que la seguridad es el signo decisivo de la civilización.

Pero la palabra seguridad adolece de la polisemia propia de todo vocablo. Debe precisarse qué sentido se da a este término al utilizarlo en el lenguaje jurídico.

En su acepción lata, **seguridad**, es un estado psicológico, un sentimiento subjetivo de certidumbres vital. Está seguro quien sabe a qué atenerse, quien no tiene motivos de vacilación. La seguridad supone estabilidad interior, conciencia de la realidad, lucidez, protección frente al peligro real o posible. La motivación causante de este estado subjetivo puede ser diversa y obedecer a razones múltiples.

La seguridad que nos ocupa es la seguridad **dentro** de la comunidad social, deparada por la sociedad a sus miembros. No se trata, entonces, del apoyo de la propia fuerza personal: "La seguridad que el individuo se garantiza por sus propias armas o por su acción individual y "asocial", sería el injurioso testimonio de las deficiencias de la sociedad, un desafío, hecho a ella, una causa de inseguridad general" (3). Tal seguridad no miraría a la sociedad como estructura, al bien común y tendría como única norma la fuerza del mejor dotado para defenderse. No habría **entonces estado de seguridad** ya que tal realidad significaría el choque arbitrario de los individuos al margen de todo supuesto objetivo. La seguridad del hombre, ser social, no puede ser relegada a su iniciativa individual si suponemos que existen interrelaciones entre los hombres. El ente garante de la seguridad es la sociedad. Como bien dice Delos, la seguridad es un sentimiento subjetivo basado "sobre la existencia de un estado social que me protege" (4). Y este estado social ha de ser objetivo, normativo, de derecho. Por ello "está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad Internacional) que tiene la garantía que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencia regulares —conforme a la regla—, legítimos —conforme a la *lex*" (5). La seguridad social es pues la **seguridad jurídica**. Esta implica la certeza de los cánones por donde es posible establecer relaciones jurídicas. No cabe seguridad sin una base intelectual de remisión. Pero la seguridad no se da por el mero hecho de saber lo que se debe hacer. Implica también cierta estabilidad o "seguridad contra las modificaciones" y "la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes" (6).

(2) López de Oñate. *La Certeza del Derecho*. p. 73.

(3) Le Fur y otros. p. cit. p. 69.

(4) *Ibid.* p. 70.

(5) *Ibid.* p. 68.

(6) Radbruch. *Introducción a la Filosofía del derecho*. p. 10.

La certeza es pues un perfil fundamental de la seguridad jurídica. Se dirige a la inteligencia de la colectividad y requiere la existencia de un sistema de normas previamente conocidas. El saber a qué atenerse es precisamente un **saber**. Supone el conocimiento de las posibilidades y de las consecuencias de nuestras acciones. La estructura normativa constituye al decir del Padre Delos "la armadura social objetiva" que orienta las relaciones entre los hombres. El sistema normativo estable es la base fundante de la certeza. Como apunta Treitschle: "Un estado que deje la más pequeña duda acerca de la estabilidad de su querer y de sus leyes destruye el sentimiento del derecho. La ley positiva brinda la certeza del derecho, hace saber a los hombres "lo que deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo" (7). La certeza jurídica sólo es posible entonces en el Estado de Derecho, único que permite la previa determinación objetiva de la conducta del Estado y el reconocimiento de los derechos individuales y sociales (8). Unicamente el *Rechtsstaat* hace posible librarse del arbitrio, de la voluntad incontrolada de quien ejerce el poder. El estado despótico, aquel que actúa trascendiendo los dictados de la objetividad normativa, no puede ser denominado con propiedad, estado jurídico. La fuerza, como hecho físico o psicológico, está en sí misma al margen de lo jurídico; no es aquí posible hablar de garantías, de estructura de derecho. Aquí la certeza no poseería un correlato objetivo y pre-constituído que la respalde. Dice López de Oñate que "Para que el Estado despótico se transforme en Estado jurídico, es necesario que domine como soberana no inasible y constantemente mutable voluntad, sino una constante, consecuente consigo misma, objetivada y objetivamente válida; o sea, la voluntad de la ley" (9). No existe certeza jurídica donde prima la arbitrariedad sino donde la voluntad **reglada**, heterónoma, condicionada por lo objetivo, remitida a una esfera dada y conocida —real o supuestamente— por la colectividad. El trámite, medio o instrumento de la certeza es, pues, la **legalidad**, a través de la cual, al decir de Hegel "se resuelve la contradicción entre subjetividad y objetividad.

Al conquistar la certeza el sujeto del derecho adquiere la seguridad, o mejor diré, la condición primera de la seguridad, pues bajo un derecho incierto nadie vive seguro de los bienes o de la vida; y si no hay derecho cierto no existe estabilidad en la vida del derecho. De esta manera la certeza implica otro elemento de la seguridad; lo que Radbruch ha llamado la **seguridad del mismo derecho**, la estabilidad. El cambio constante en el status jurídico, la oscuridad o ambigüedad de la norma, la falta de procedimientos para los negocios jurídicos, atentan contra la seguridad del mismo derecho positivo, pues no cabe orden fuera de la estabilidad, ni es posible la certeza ante la labilidad de los supuestos que la fundan. Este requerimiento existencial de seguridad, de resguardo del ordenamiento positivo, justifica el que las modernas legislaciones exijan un procedimiento especial, con la participación del pueblo y del Estado, para variar la estruc-

(7) Carnelutti. *Cómo nace el derecho*. p. 66.

(8) Vid. Ferrero, Raúl. *Derecho Constitucional*. cap. XIV p. 171 y 55.

(9) López de Oñate, Flavio. *La certeza del derecho*. p. 163.

tura constitucional También fundamenta el sometimiento de la voluntad del legislador a normas procesales especiales para la dación de las leyes. Y es, así mismo, en función de la seguridad del derecho imperante y de la realidad que confiere a los actos efecuados bajo su vigencia, que se explica la institución de los **derechos adquiridos** y de la **irretroactividad** de la ley. Tales principios jurídicos dan firmeza a los actos, estimulan la confianza en la ley y permiten que podamos denominar a la norma jurídica **generadora** de realidades.

Pero la seguridad es fundamental y primariamente seguridad por el derecho, seguridad **mediante** el derecho. El derecho asegura la tranquilidad y la paz de la sociedad. No es meramente una certeza teórica o una **vigencia** indefinida. Estas condiciones son esenciales pero no se agotan en sí mismas. Reciben su justificación de la realidad social que garantizan. Por ello el derecho debe ser positivo y factible. Positividad y practicabilidad son las dos exigencias fundamentales de la seguridad jurídica, **certemente** formuladas por Gustavo Radbruch. La **positividad** dota al contenido axiológico del carácter de *factum* normativo, permitiendo el cumplimiento de la ley. Ello explica la estructura formal de la norma positiva —**imperativo hipotético**— que incluye un supuesto hecho y una disposición. La norma del derecho prevé en su propia conformación las consecuencias del supuesto de hecho al cumplirse en la realidad que señala. Se establece de esta manera, una relación de causalidad, una consecuencia ineluctable. Citemos un ejemplo extraído de nuestro Código Penal art. 222. Dice así:

"El que impidiera a otro, con violencia o amenaza, hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar o dejar de hacer lo que no quiere, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de 3 a 60 días".

La norma de derecho señala, en nuestro ejemplo, de manera **positiva**, con trazo seguro, el resultado del acto ilícito. La persona es protegida porque es forzada por medio de la ley a respetar la ley. De aquí la **coercibilidad** del derecho, pues sin ella "no sabría llenar su finalidad que consiste en hacer reinar el orden en la sociedad; ella no respondería a la necesidad de seguridad: ¿qué seguridad sería la nuestra si cada uno fuera libre de no respetar la regla trazada?" (10). La posibilidad —y su consecuencia: la coacción— implican la garantía de una voluntad aseguradora: la de la ley, a cuyo servicio está la fuerza pública, el derecho de policía —potestad y deber de quienes administran la justicia. De esta manera, la fuerza autorizada por la ley, deviene en poder, en fuerza jurídica.

Se ve, entonces, que la seguridad nace en virtud de una exigencia trascendente al orden positivo, de la necesidad de paz que reclama la sociedad. Por ello podemos decir que la seguridad fundamenta a la positividad y no a la inversa. Prueba de ello se da "Cuando en interés de la

(10) Mazeaud, Henri, Léon et Jean Leçons de droit civil. (Tomo premier) p. 25.

seguridad jurídica se reconoce fuerza obligatoria a una costumbre derogatoria a un derecho revolucionario... De modo igual a como en interés de la seguridad jurídica ciertos hechos antijurídicos anulan el derecho vigente y crean otro nuevo, hay también derechos subjetivos que en interés de esa misma seguridad nacen y se extinguen por hechos antijurídicos" (11). La positividad se reduce a ser el medio más idóneo y constante de la seguridad. Pero este valor es el que prima. El efecto, el derecho revolucionario que establece al margen de la ley un nuevo orden de cosas un status que contraría las instituciones hasta entonces vigentes, adquiere carta jurídica, se justifica. La causa de esta aceptación puede deberse a que la revolución ha nacido para instaurar la justicia (12). Pero hay caso en que la revolución no entraña, al menos de modo notorio, tal transición, limitándose a un simple cambio de personas. Esto se puede comprobar fácilmente en las constantes revoluciones militares por las que ha atravesado América Latina. ¿Qué justicia en este caso la implantación y el reconocimiento de los actos —contra legem— de los revolucionarios? Simplemente la seguridad, la paz social, el mantenimiento del orden. Y este valor hace que lo antijurídico genere consecuencias jurídicas. La misma situación se presenta ante el hecho de la ocupación de un país por medio de la conquista, la conquista suele ser un hecho de fuerza e implica la intromisión de facto de un grupo foráneo que instaura un nuevo orden y nuevas autoridades quebrando, a menudo, el régimen jurídico de un país o comunidad. La admisión de los fueros del conquistador sólo es explicable en virtud de un *factum* irreductible que no se puede quebrar sin comprometer gravemente la paz social del pueblo que ha admitido, aunque a su pesar, la intromisión y se ha sometido a su status.

Los hechos citados, a manera de ejemplo, aclaran nítidamente la fuerza que el hecho consumado e irremediable tiene en el progreso, en la gestación de muchas instituciones de derecho (13).

De este modo vemos cómo el derecho tiende a la "solución de conflictos", asegura estabilidad y depara algunos criterios para lograrla (14). Y esto no sólo en el orden deontológico sino en el mundo de las realidades.

Ahora bien, ¿quién es el depositario de esta protección? ¿A quién se asegura mediante el derecho?

Para responder estas interrogaciones debemos atenernos de manera fundamental a las situaciones normales en las que la seguridad jurídica tiene como vehículo la voluntad de la ley. Hemos de movernos pues en el ámbito del derecho considerado en su positividad. Dentro de este supuesto, es fácil comprender que la norma tiene un destinatario: la sociedad.

(11) Radbruch. Filosofía del derecho p. 99.

(12) Otro es el problema de la mise en valeur de la justicia como condicionante de lo jurídico y valor superior del derecho ante el cual debe sacrificarse la misma seguridad in extremis.

(13) No quiero decir con esto que la ineluctibilidad sea la fuente prevalente de lo jurídico. Simplemente sostengo que frente a determinadas situaciones que devienen jurídicas la única explicación posible es el principio de la seguridad.

(14) Vid. Le Fur. y otros. op. cit. p. 102.

Merced al derecho positivo es posible un **orden social**; "el derecho funda la paz coordinando las voluntades, de manera que, incluyéndose cada una de ellas en el sistema social, ninguna de ellas es ya voluntad arbitraria" (15). Empero, la sociedad no es un ente abstracto que absorbe a los individuos componentes; la sociedad está compuesta por personas cuyos derechos son anteriores a los del organismo social. Si la seguridad es seguridad sólo para la colectividad tendríamos que en aras de esa colectividad podría sacrificarse cualquier derecho individual. La razón del Estado, su consolidación, justificaría cualquier medida, como sucede en los regímenes marxistas y fascistas. Tal concepción de la seguridad significaría la negación de la misma, la ausencia de certezas objetivas pre-constituídas para la persona.

La sociedad entendida **organicistamente** no es lo asegurado por medio del derecho; el objeto de la seguridad es la sociedad en cuanto **comunidad de personas**. Como ha sostenido de la Pradelle: "En definitiva, el hombre es el **denominador común** de todas las instituciones jurídicas y la razón del Estado" (16). Lo que se asegura es el **conjunto** de personas que integran la sociedad. Ello implica, claro está, condiciones de orden estructural societario y hace que la seguridad de la persona no sea la mera seguridad individual, sino una garantía de equilibrio para el todo social. La razón de dicho equilibrio es la persona, no el equilibrio mismo. Lo ha dicho Le Fur, refiriéndose al fin de todo lo jurídico: "La función del factor jurídico, es decir, el fin del derecho, consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la **seguridad** se crean las condiciones que permitan a los **miembros** del grupo realizar su bien, el bien de todos, el bien común" (17). Esto es perceptible a través de todos los aspectos que encierra el término **seguridad**.

López de Oñate analiza el problema en función de la **certeza jurídica**. Dice: "El problema de la certeza del derecho, planteado en sus verdaderos términos, no puede menos de aparecer como un reflejo o un modo particular de presentarse el problema de la individualidad como fundamento del derecho" (18). Es en defensa del **saber a qué atenerse** del sujeto que existe la seguridad en tanto seguridad teórica y en tanto seguridad práctica, pues el elemento básico de la sociedad es la persona —entendida como "**desarrollo activo**" en el conjunto de vinculaciones posibles del individuo con otros individuos o instituciones, pues es en la relación social donde la persona "se pone como **continua decisión** frente a los demás y, por lo tanto, como **continua individualidad**; pero para que pueda ella realizarse es necesario que la realización se funde y convalide en una estructura permanente y objetiva que permita el variado desarrollo de las individualidades mantenidas precisamente como individualistas. Es necesario, pues, que la iniciativa moral de la acción esté **garantizada** en su desarrollo, es necesario que cada cual sepa una vez concebida la acción... cómo será calificable

(15) López de Oñate. op. cit. p. 147.

(16) En Le Fur y otros. op. cit. p. 30.

(17) Le Fur y otros. op. cit. p. 20. (los subrayados son míos).

(18) López de Oñate, Flavio. op. p. 137.

la acción y cómo se incluirá esa acción en la vida histórica de la sociedad" (19). Por ello es que la garantía de seguridad se encuentra pre-ordenada a la sociedad en cuanto que ésta existe para los individuos. Es cierto que la individualidad en cuanto tal queda limitada por la norma positiva; empero tal límite es una posibilidad para el desarrollo del ser personal, viabiliza una acción y una interacción estructurales.

Frente a esta fundamentación de la seguridad jurídica como garantía personal se puede objetar que tal planteamiento es válido para el derecho positivo, para la seguridad en su funcionamiento normal, canalizada por la ley. Empero, se ha visto que existen hechos extra-jurídicos o *contra-jus* que violan derechos adquiridos y que, sin embargo, se justifican en virtud de la seguridad. En este caso también se asegura a la persona, en cuanto se posibilita su acción, a pesar de la situación anormal y se otorga fuerza a sus actos, permitiendo a pesar de la *situación-límite* que significa, por ejemplo, el derecho revolucionario, el comercio entre los hombres. Es de advertir, además, que no siendo la seguridad valor fundante del orden jurídico, los estados anormales muchas veces se justifican en virtud de principios superiores a la propia seguridad como el de la justicia o el bien común. Se trata siempre de salvaguardar a la persona, aunque para ello sea necesario quebrar un status. Y esto, porque entendemos que el punto de inserción de todo orden jurídico —persona humana— es el criterio fundamental para determinar la prevalencia o el sacrificio de un valor, en los casos reales de colisión de situaciones.

El problema del depositario de la seguridad jurídica nos conduce a interrogarnos sobre si la seguridad es un fin o un simple elemento funcional en el derecho.

Radbruch sostiene, dentro de su relativismo jurídico, que la seguridad es un fin del derecho, como lo son el bien común y la justicia. "El bien común, la justicia y la seguridad ejercen un condominium sobre el derecho, no en una perfecta armonía sino en una antinomía viviente" (20). La seguridad, según este autor, prevalece, inclusive, sobre la justicia y el bien común. Admitir esta suposición supone aceptar que la finalidad del derecho es el orden mismo, el cual tendría validez, por sí mismo.

La tesis de Radbruch es vulnerable en muchos sentidos. En primer lugar, como dice muy bien Julius Moor, "En fin del derecho es trascendente y no inmanente y solo el bien común y la justicia le es inmanente y no puede, en consecuencia, ser considerada como fin del derecho" (21). Lo que es constitutivo no puede ser regulativo, y la meta de una realidad o de un proceso no puede ser algo ya poseído. Y es el caso que la seguridad debe tener existencia para que exista derecho: "no hay seguridad sin orden. La regla del derecho pretende asegurar este orden necesario" (22). Luego el dercho real, el *factum* jurídico es en sí mismo una forma —más o menos perfecta, más o menos imperfecta, si se quiere— de orden, de seguridad.

(19) Ibid. p. 74.

(20) Le Fur y otros. op. cit. p. 117.

(21) Ibid. p. 123.

(22) Mazeaud. op. cit. p. 15.

No sucede lo mismo con los valores teleológicos del derecho. Lo señala Moor: "El bien común y la justicia son líneas directrices que no pueden jamás ser realizadas por el derecho positivo porque le son trascendentes. Por el contrario, la seguridad jurídica es immanente al derecho porque no expresa más que la **validez del derecho**" (23). Si bien Moor exagera en cuanto a la trascendencia absoluta de la justicia y es discutible la distinción que formula entre lo constitutivo y regulativo, la idea de fondo que traen sus opiniones es digna de aceptarse. Si entendemos por fin aquello a que tiende su voluntad, aquello a que se orienta un proceso, es cierto que la seguridad no es un fin; no es deseable por **sí misma**. En términos aristotélicos podríamos calificarla como bien útil, como algo que tiene su razón fuera de sí mismo. Tal es el parecer de tratadistas como Recasens Siches y García Maynez. Nos dice Recasens que "lo jurídico no es un concepto de finalidad sino el concepto de un especial **medio** que puede ser puesto al servicio de varias finalidades" (24). Si se entiende por específicamente jurídico la normatividad positiva, la seguridad, tenemos que ésta no puede ser catalogada en la categoría de los fines sino en las condiciones de posibilidad. El derecho es instrumental en cuanto significa orden impuesto: "La principal motivación que en la vida humana social incita a la creación del derecho es el deseo de establecer para determinadas relaciones sociales, repuntadas de máxima importancia, un orden de relativa certeza y seguridad; el deseo de saber a qué atenerse con alguna certeza con respecto a tales relaciones, y de tener la seguridad de que esas normas ciertas serán cumplidas necesariamente, o, por lo menos, aplicadas de modo forzoso, esto es, con **impositividad inexorable**" (25). Luego la seguridad jurídica es un "valor funcional del derecho, aquel valor que todo derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia" (26); el orden para ser tal no depende pues sólo de la seguridad; es condición suya pero no le da el ser. La seguridad se refiere a lo **asegurado**, a los valores teleológicos del derecho, del reino de los fines. Si aplicamos los criterios que Scheler señala para determinar la jerarquía de un valor, vemos que el valor seguridad, es de la mayor relatividad, por lo tanto depende de otros, está bajo sus condicionantes. Un valor es de mayor grado, como hemos señalado en el primer capítulo de esta tesis, en la medida que menos referido se encuentre.

Se colige de lo dicho que la seguridad no es un fin del derecho. Se orienta a una meta; no es la meta misma. Nos dice García Maynez: "Si la finalidad que el aseguramiento persigue es la eficacia del orden en vigor, colígesse de aquí que tal eficacia no vale por **sí misma**, sino en función de lo asegurado. Pero lo asegurado es el conjunto de normas que integran aquel orden, de lo que deriva que el valor de su positividad deriva del que tengan esas normas" (27). Con lo que se exhibe nítidamente el carácter de

(23) Le Fur y otros op. cit. p. 124.

(24) Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho* p. 214.

(25) Recasens Siches. *Nueva Filosofía para Interpretación del Derecho*. p. 20.

(26) Ibid. p. 271.

(27) García Maynez. *Justicia y Seguridad Jurídica*. p. 48.

alteridad, de dependencia propia de la seguridad jurídica; "El orden es una coordinación; pero esta coordinación implica un designio, un tema, una **idea dominante**; el orden de coordinación es también un orden de subordinación" (28).

El carácter **relacional** de la seguridad jurídica hace necesario analizar las vinculaciones entre la seguridad y lo asegurado; entre la condición del derecho y su propósito esencial; el bien común a través de la realización de la justicia. Algunos autores señalan que justicia y seguridad son valores antinómicos. Otros en cambio, aseveran su fundamental concordancia, precisando que, simplemente, se trata de aspectos **distintos** pero co-esenciales para la realización del derecho. Así Radbruch, que sigue la primera orientación citada, opina que justicia y seguridad viven en **antinomía** irreconciliable, ya que en el principio no se puede establecer un criterio de jerarquización de ambos aspectos. Escribe Radbruch: "la preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma —tal norma no existe— sino únicamente por la decisión responsable de la época" (29). De esta manera, el problema axiológico se resuelve por un criterio fáctico, el criterio de la época. Pero, en principio Radbruch se inclina por el predominio del valor seguridad: "Es más importante, dice, acabar con la pugna de opiniones políticas que esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; más urgente es la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad" (30). Esta solución jurídica es fuertemente criticada por García Maynez, según el cual la tesis de Radbruch desemboca en "la justificación del despotismo, cuando no en la apología del "derecho de fuerza" (31).

La tesis que sustenta el carácter complementario de la justicia y la seguridad cuenta entre sus propulsores a Delos, Le Fur, Renard, Recasens Siches, y en general a los sustentadores de las nuevas tendencias del derecho natural.

Para esta dirección jurídica, justicia y seguridad no son antinómicas. En principio, no pueden serlo, ya que operan en planos diversos. Pero ambas se demandan recíprocamente. No cabe justicia sin seguridad ni es posible afirmar como dominio autónomo el valor de la seguridad. Es cierto que ambos valores son distintos pero no es posible concebirlos separados. La justicia para encarnarse y cobrar vida en una sociedad reclama seguridad; ésta "es un cimiento necesario para que reine un orden justo en términos generales dentro de la sociedad" (32); si es sólo un cimiento constituido con expectativas a la realización de la justicia, no podemos considerar a la seguridad jurídica de manera normal sino como **medio garantizante**; inclusive, como bien señala García Maynez, si tomamos la seguridad aislada de los valores fundantes del derecho, ni siquiera podrá haber un orden jurídico propiamente tal. En efecto, seguridad jurídica

(28) Renard. Introducción filosófica al estudio del Derecho t. I. p. 70.

(29) Le Fur y otros. Op. cit. p. 117.

(30) Radbruch. Filosofía del Derecho. p. 96.

(31) García Maynez. Op. cit. p. 50.

(32) Recasens Siches. Nueva Filosofía. p. 276.

no es sinónimo de orden, ya que este concepto supone una **pauta ordenada**, que es la justicia. Este autor critica a Radbruch por haber identificado **orden con eficacia** del derecho en vigor. (33). El orden jurídico no es la razón del estado, a que nos tiene acostumbrados el maquiavelismo político ni es tampoco el mantenimiento del status social imperante, el miedo a la innovación, actitud ésta característica del pensamiento conservador. La tradición cristiana más respetable sostiene que la seguridad jurídica se funda en la justicia. Carlyle nos dice que ya San Ambrosio sostenía "que la **equidad** conserva el estado y la injusticia lo destruye" (34). Y en otro lugar señala que para los pensadores del Medievo "el fundamento de la seguridad de la vida humana se encuentra en la primacía de la justicia encarnada en leyes positivas, elevándose por encima del rey, del príncipe y del emperador" (35).

Vemos pues que la seguridad es instrumento de la justicia; que ésta le presta sentido y la fundamenta. La justicia, por su parte, también requiere de la seguridad, sin la cual es imposible la justicia integral: "Un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, por que no puede asegurar para el porvenir un trato igual ante hechos iguales" (36). Cuando las certezas se desvanecen, la acción pierde asideros, los fueros son conculcados, la arbitrariedad se instala: "No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden el cual indica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común. La certeza y la seguridad, aunque inferiores en rango a otros valores, como la justicia y el bien común, constituyen también valores. Y aunque esos valores sean de rango inferior, resulta que en algunas medidas condicionan la posibilidad de realización de valores más altos" (37). Creo que es necesario precisar que sólo podemos llamar valor a la seguridad jurídica en cuanto cumple su **misión instrumental** en el derecho. No es pues un valor **en sí mismo** sino un valor heterónomo, por **participación** en la justicia. La seguridad que ampara, que solidifica o que mantiene un orden injusto es un **antivalor**. Pues lejos de ser un canal de la justicia constituye un obtáculo, un impedimento de su actualización en la historia, en el orden jurídico. Esto es lo que no han entendido nunca los positivistas, para los cuales "la regla tiene un valor en sí que consiste en asegurar el orden en la sociedad. El hombre tiene necesidad de seguridad y toda regla se la depara... El fundamento de la regla de derecho es pues la fuerza (filosofía alemana de Hegel y su escuela)" (38). Tal planteamiento abre una brecha entre lo jurídico y lo justo. No considera que la necesidad de seguridad supone remitirse al valor de lo asegurado. Que el orden no es puramente formal sino orden

(33) Vid. García Maynez. Op. cit. pp. 46-47.

(34) Le Fur y otros. Op. cit. p. 135.

(35) Ibid. p. 1555.

(36) Le Fur y otros. Op. cit. p. 108.

(37) Recasens Siches. Nueva Filosofía... p. 285.

(38) Mazeaud Lecons de droit civil t. I. p. 16.

real, que requiere la posesión de bienes de manera equitativa —o lo que da igual: justa—. La coercitividad no deriva del poder volitivo del Estado. Es cierto que tiene un fundamento en la voluntad real que autoriza al Estado a gobernar. Pero esta voluntad real posee un designio que es realizar el bien común. No podemos pues justificar en forma inmanente la seguridad. Tal posición es una negación no sólo de la justicia sino de la seguridad misma. En efecto, hemos visto que el objeto asegurado es una comunidad de personas, aseguradas en sus fueros. Para asegurar los fueros se requiere el equilibrio en las relaciones, vale decir, la justicia. Por ello la sola seguridad es incompleta, no tiene punto de referencia, responde a criterios de interés de un grupo; es, a lo más, la certeza de la injusticia o de la desproporción. No basta saber a qué atenerse si este saber tiene como objeto una norma reñida con los principios morales o dispositivo que consagra el privilegio o que mantiene instituciones lesivas para la persona. En este caso la seguridad es indeseable, pierde su carácter garante, deja de ser seguridad como garantía de ejecución y concreción de la justicia y el bien común; “una seguridad injusta —dice Le Fur— no es tal, es precisamente lo contrario del derecho” (39).

Este carácter de **valor instrumental**, no resta esencialidad a la seguridad jurídica. Simplemente la ubica y le señala que es imposible considerarla como fundamento del derecho. Puede ser razón de ser lo jurídico pero nunca basamento axiológico de dicho orden. Y es elemento, factor o supuesto del derecho por un principio de justicia: “Un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, porque no puede asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales” (40). Y ello por el aspecto fáctico, determinante de comportamientos reales que tiene el derecho, lo que obliga a que su ordenamiento sea eficaz, que tenga la posibilidad de vigencia. Como afirma Recasens: “El derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia” (41). Ya la justicia debe posibilitarse en esta esfera efectiva de la existencia, de la historia. Por eso debe concretarse en preceptos de seguro cumplimiento que al mismo tiempo que implican mayor especificidad de la justicia, aseguran su cumplimiento ineluctable y garantizado. La seguridad hace posible que la justicia se instale en el comercio de los hombres.

No hay pues, en principio, conflicto esencial entre justicia y seguridad. Ambos son supuestos esenciales para la vigencia del derecho. En el plano lógico se advierte en perfecta coincidencia. Sin embargo, hay circunstancias concretas en que se presentan colisiones entre la justicia y la seguridad. Frente a un orden jurídico caduco, no adaptado a las nuevas circunstancias, que no canaliza factores que ha generado la realidad, se presenta la disyuntiva entre mantener ese orden, en aras de la seguridad; o renovarlo **in radice** para cumplir con la justicia. En esta disyuntiva polarizada nos sitúa la posición conservadora, de un lado, y la tesis revolucio-

(39) Le Fur y otros. Op. cit. p. 26.

(40) Ibid. p. 108.

(41) Recasens Siches. Vida humana, sociedad y derecho. p. 55.

naria, del otro. Esta disyuntiva, empero, no es irreconciliable. Obedece a un falso planteamiento. Ya hemos visto que la tesis conservadora se apoya en la autarquía de la seguridad, que para nosotros es sólo un valor instrumental, y confunde la seguridad con el orden. No es sostenible mantener el *status quo* en nombre de la negación de la justicia. La posición revolucionaria, que quiere quebrar con el orden jurídico imperante, no sólo atenta contra la seguridad sino contra la justicia misma, pues en su actitud de fuerza negadora y arrasante, origina un *status quo* que no viabiliza la justicia, que sacrifica a la persona y rompe, por tanto, la armonía social. Sólo el estado de necesidad colectiva puede justificar el acto de fuerza y para afirmar ello nos basaríamos en la tesis suareciana del tiranicidio (42).

Los análisis efectuados en torno a la justicia y la seguridad jurídica nos señalan que el derecho debe tratar de aproximarse constantemente a la justicia pero debe hacerlo dentro de su ser propio de derecho. Esta posición, reconoce el carácter dialéctico, dinámico de la estructura jurídica y la primacía del valor de justicia. Pero no se sale del derecho, no lo destruye en aras de la justicia.

La primacía esencial debe darse a la justicia sobre la seguridad, cuando ambas generen conflictos. Pero tal jerarquización no es absoluta, admite matices. La seguridad debe ser sacrificada en aras de la justicia en los casos en que la estructura jurídica significa una violación a los derechos fundamentales del hombre o cuando la ley que se aplica es evidentemente injusta. Dice Recasens Siches: "Cuando los intereses que se hallan en juego estén directa e inmediatamente relacionados con los supremos valores, tales como la libertad y dignidad de la persona individual... parece que en el caso concreto debe darse primacía a la justicia sobre la certeza y la seguridad formales" (43). Y esto no únicamente en los casos en que la seguridad funciona dentro de la positividad sino en aquellos en los cuales la nueva situación ha nacido de los hechos contra-*legem*.

La antinomia entre la justicia y seguridad no sólo la observamos en el caso de ordenamientos positivos injustos sino que también parece encontrarse en ciertas instituciones aceptadas por el derecho. Son las llamadas instituciones de seguridad jurídica (44) como la prescripción o la cosa juzgada y, en general, las que dan fuerza al hecho consumado (45).

Estas instituciones se basan en el principio de la seguridad; a la sociedad jurídica le interesa solidificar las situaciones; no mantenerse en ambiguos estados expectativos. Y en nombre de esta necesidad de estabilidad, de definición de situaciones, crea la majestad de la *res judica* que

(42) Distingo entre la justificación *a priori* y justificación *a posteriori* del Derecho Revolucionario. Para la segunda (vid *supra*) es aplicable la tesis de la fuerza del hecho consumado que llamaré ley de la gravedad.

(43) Recasens Siches. Nueva filosofía para la interpretación del derecho. p. 286.

(44) No es propósito de este trabajo hacer un análisis de las instituciones ni enumerarlas completamente.

(45) No me refiero a la irretroactividad de la ley que sólo rige en el Derecho Civil, pero no de manera absoluta en el fuero general donde existe el principio de la retroactividad benigna.

impide la revisión de las sentencias, aunque se produzcan nuevos hechos o nazcan nuevas pruebas. Esta medida parece exhibir una indudable prelación de la seguridad sobre la justicia. Más aún: sacrifica la posibilidad de la justicia estricta en nombre del valor instrumental, formal, útil de la seguridad. Este principio procesal aparente es un obstáculo para la justicia del proceso. Empero, si ponemos esta institución en su contexto, vemos que no se sacrifica la justicia, que se le antepone, de modo fundamental, a la seguridad. En efecto, la cosa juzgada supone un proceso con todas las condiciones de posibilidad requeridas y necesarias como para que el proceso conduzca a la verdad y pueda aplicarse la justicia al caso particular. Si la ley procesal permite esto, una vez terminados los actos, en principio requerido para lograrlo, es lógico también que se dé fuerza al veredicto del juez y para ello nace la cosa juzgada: para asegurar el veredicto de la justicia. Claro está que puede darse el caso en que por razones fortuitas o por un proceso mal llevado no se aclare la verdad o no se falle con equidad, y la sentencia consagre una injusticia. Pero esto no es imputable al derecho sino a las contingencias que son imprevisibles. Es preciso advertir "que no hay nada absoluto de la vida humana, y que, por consiguiente, no tendría sentido que al derecho le pidiéramos una certeza y seguridad absolutas" (46). Es que la realidad no es geométrica; ofrece todas las grietas propias de lo contingente. El derecho no puede subsumir las realidades que regula.

Ello no significa, empero, que la cosa, juzgada o la fuerza del hecho consumado cercenen el valor de justicia o bien común. Simplemente lo hacen viable, permitiendo una vuelta, luego del proceso o de la realidad admitida, a la normalidad o a la seguridad en la situación. Lo mismo puede decirse de la prescripción, en virtud de la cual quien en un determinado lapso de tiempo no ejercita la acción de reclamar lo suyo, pierde el derecho a la acción (prescripción extintiva); o quien detenta ininterrumpidamente un bien, logra la propiedad sobre éste. La prescripción obedece también a una necesidad de seguridad; pero esta seguridad no es antinómica de la justicia, sino el mayor respaldo a ella. Más aún: demuestra que la vinculación del hombre a las cosas no es absoluta y que la sociedad puede disponer de ella, ante la pasividad o ausencia de intención reivindicativa en el acreedor o el propietario —según sea el caso.

Las instituciones de seguridad hacen patente que ésta no es una garantía empírica, al margen del derecho, sino que interviene como factor decisivo en la institución de situaciones jurídicas. Hay pues identidad de objeto entre justicia y seguridad.

No podemos aislar la seguridad del orden jurídico por lo que estamos en desacuerdo con la distinción que en este sentido hace Delos; dice: "entre seguridad y justicia hay diferencia de objeto. El de la justicia es el derecho, el de la seguridad es la posesión del bien. No le corresponde legitimar la diferencia de objetos sino que afirmamos que al darse la seguridad en el derecho, ésta debe ser justificada.

(46) Recasens Siches. *Nueva filosofía de Interpretación del Derecho*, p. 21.

(47) Le Fur y otros. *Op. cit.* p. 72.

La conclusión a que nos llevan los análisis precedentes es que si bien no existe antinomia entre justicia y seguridad, es indudable que existe sí, una constante tensión entre ambas. Y es que el derecho supone una intencionalidad fáctica que exige que la justicia sea viable, que sus participaciones en lo real puedan cumplirse con seguridad. Esta bipolaridad entre el ideal y el hecho marca la distancia entre el orden absoluto de los ideales y los sistemas jurídicos positivos que sólo son aproximaciones vacilantes e imperfectas. Y es que el derecho positivo es una tensión constante hacia la justicia que quiere realizar enfrentando la opaca y obstaculizante densidad de los hechos y de las deficiencias de la voluntad ejecutora.

CONCLUSIONES

1ª—El derecho positivo recibe su fundamento axiológico del valor **justicia**.

2ª—La justicia es un valor objetivo, absoluto y trascendente a sus realizaciones históricas, aunque susceptible de actualizarse en el tiempo.

3ª—La justicia es el valor más alto del orden jurídico; a ella tienen que condicionarse los otros valores del derecho que son por esencia más relativos.

4ª—La justicia es un valor **relacional**, cuyo centro de referencia es la persona humana, agente de su realización en el mundo.

5ª—La justicia es el fin del derecho pues el orden positivo tiene como meta la armonía social, el equilibrio y la reciprocidad en las relaciones entre los hombres.

6ª—Sin la consideración de su supuesto axiológico, no se puede comprender ni justificar el orden jurídico. Las tesis positivistas no permiten tratar el derecho como ciencia de la cultura ni dan razón de la obligatoriedad de la norma. Para el positivismo el derecho es un simple hecho impuesto.

7ª—La concepción de Hans Kelsen sobre los supuestos del derecho indica una superación del positivismo, sin lograr, por ello, fundamentar el derecho. El sistema kelseniano se apoya en una ilícita transposición de los criterios lógicos al campo axiológico. Con ello no **justifica** la obligación jurídica, logrando únicamente una epistemología del derecho de base hipotética. La norma fundamental es sólo un criterio lógico para detener la regresión ad-infinitum a que podía conducirle la jerarquización normativa.

8ª—La elucidación que hace Kelsen del valor **justicia** en el orden jurídico, obedece a una mala concepción axiológica fundamental.

9ª—Las tesis de Kelsen respecto a la **normatividad** del derecho constituyen, a su pesar, una prueba más de la referencia obligada que el orden positivo debe a la justicia.

10ª—El relativismo jurídico se apoya en una inadmisible nivelación de las teorías sobre el derecho, confundiendo la **justicia** con sus manifestaciones históricas.

11ª—La justicia es el criterio rector para determinar el bien común, ya que éste supone no sólo el bienestar sino la armonía en la distribución de los bienes. El bien común sólo es posible dentro de una concepción personalista de la sociedad cuyo centro es la persona humana como sujeto espiritual.

12ª—La separación entre justicia y bien común origina la confusión entre esta idea, y la noción empírica de bienestar.

13ª—El orden jurídico no se explica sólo desde una perspectiva teleológica sino que debe complementarse con otro factor garante de la vigencia y del cumplimiento de la norma. Este factor es la **seguridad jurídica**.

14ª—La seguridad jurídica implica certeza en la acción y estabilidad del sistema. Ella es la razón de la positividad del derecho. En virtud de la seguridad jurídica el arbitrio individual queda supeditado a la voluntad objetiva de la ley. Por ello sólo cabe seguridad jurídica dentro del **Estado de Derecho**.

15ª—La seguridad jurídica es un valor funcional, no un fin del derecho. Por ello, no existe, en principio, colisión entre justicia y seguridad. El análisis de las llamadas instituciones de **seguridad jurídica** así lo prueba.

16ª—En el orden real pueden presentarse antinomias entre la justicia y la seguridad. El criterio de prelación está dado por el valor más alto en tanto es realizable *hic et nunc*.

17ª—No cabe orden jurídico sin la confluencia de la justicia y de la seguridad. La presencia de ambos valores no es absoluta ya que el derecho es sólo una condición de posibilidad para la acción humana.

18ª—El orden positivo es una tensión constante entre los valores que busca actualizar y las contingencias de la circunstancia histórica.

B I B L I O G R A F I A

- ANGELONI, Renato y otros. *Diritto naturale vigente*. Quadesmi de Iustitia. Ed. Studium. Roma, 1951.
- ARISTOTELES. *Moral*. La Gran Moral. Moral a Eudemeno. Ed. Espasa Calpe. Argentina. Colección Austral. Bs. As., 1938.
- ARISTOTELES. *Moral a Nicómaco*. Ed. Espasa Calpe. Argentina. Colección Austral. Bs. As., 1952.
- BELAUNDE, Víctor Andrés. *La concepción cristiana de la justicia*. (En *Palabras de fe*. Lima, 1953).
- CASARES, Tomás D. *La justicia y el Derecho*. Cursos de Cultura Católica. Bs. As., 1945.
- CARNELUTTI: *Cómo nace el Derecho*.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *La Justicia*. Madrid, 1925.
- DEL VECCHIO y RECASENS SICHES. *Filosofía del Derecho y estudios de Filosofía del Derecho*. 2 tms. Ed. Utheca, México, 1945.

- DU PASQUIER, Claude. *Introducción a la Teoría general del Derecho y la filosofía jurídica*. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1944.
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los fines del Derecho*. Universidad Autónoma de México. Imprenta Universitaria. México, 1958.
- FERRERO, RAUL. *Derecho Constitucional. Teoría del Estado de Derecho*, Ed. Lib. Studium. Lima, 1956.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Justicia y Seguridad Jurídica*. En la revista *Filosofía y Letras*. N° 29 México. (Enero-Marzo) 1948).
- HALL, Jerome. *Razón y Realidad en el Derecho*. Roque Depalma, editor. Buenos Aires, 1959.
- KELSEN, Hans: *La teoría pura del Derecho*. Ed. Losada Bs. As. 1941.
- KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Ed. Losada. Bs. As., 1946.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria. México, 1950.
- LOPEZ de OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Ed. Jurídicas Europa América. Bs. As., 1956.
- MAC GREGOR, Felipe. *Persona, Comunidad y Bien Común*. Primera Semana Social del Perú. Doc. N° 2 (texto mimeografiado). Lima, 1959.
- MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Biblioteca Nueva. Bs. As., 1956.
- MARITAIN, Jacques. *El humanismo integral*.
- MAZEAUD, Henri, León et Jean. *Lecons de Droit Civil*. (2 tomos) Editions Montchrestien. París, 1955.
- MEYER, Max Ernest. *Filosofía del Derecho*. Ed. Labor. Barcelona s/f.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Introducción a una estimativa*. Obras Completas. t. VI. Tercera Edición, Revista de Occidente. Madrid, 1953.
- PETRAZYKI, Leon. *Law and morality*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1955.
- RADBRUCH, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. Ed Revista de Derecho Privado. Madrid, 1952.
- RADBRUCH, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Breviarios Fondo Cultura Económica. México, 1955.
- RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1956.
- RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1945.
- RENARD, Georges. *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. 3 tms. Ed. Desclée de Brouwer. Buenos Aires, 1947.
- SCHELER, Max. *Esencia y formas de la simpatía*. Ed. Losada. Bs. As., 1957.
- SCHELER, Max. *Ética. Nuevo Ensayo de fundamentación de una persona*. 2 tms. Ed. Revista de Occidente. Argentina. Bs. As., 1948.
-

INDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCION	5
CAPITULO I. LA JUSTICIA	
Planteamiento axiológico del Derecho. La justicia. Acep- ciones. La justicia como valor. Tesis axiológica. Valor y persona. La Persona, condicionante del orden jurídico. Justicia y derecho. Ley y juridicidad. Los positivismos y la negación de la Justicia. Crítica a Kelsen. Sentido te- leológico de la justicia. ¿Es la justicia el fin del derecho?	8
CAPITULO II. RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y BIEN COMUN	
Noción de bien común. Bien común y personalismo. Bien común, resultante de la justicia	22
CAPITULO III. LA SEGURIDAD JURIDICA	
La razón existencial del derecho. Importancia de la se- guridad. Acepciones. Seguridad y norma. Aspectos de la seguridad: certeza, estabilidad, defensa de la persona. Depositario de la seguridad. Carácter instrumental de la seguridad. Relaciones entre justicia y seguridad: el or- den jurídico. La perpetua dialéctica del derecho.	27
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFIA	41

PUBLICACIONES DE LA REVISTA "DERECHO"

(1944 — 1960)

ALLEN, Sir Carleton

"El Profano y la ley en Inglaterra"

ALVAREZ RAMIREZ, Fernando

"Consideraciones Jurídicas sobre la Compensación por tiempo de servicio en el Derecho del Trabajo"

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge

"Apuntes de Derecho Registral"

BACHICH DE RECINA, Vily

"Algunas consideraciones sobre el Derecho Marítimo del Perú"

BARRIOS DE ORBEGOSO, Raúl

"La Relación Jurídico-Tributaria"

BELAUNDE GUINASSI, Manuel

"Prontuario de Legislación Financiera del Perú"

BOULTON, William

"El Foro Inglés"

ECHECOPAR GARCIA, Luis

"El Control de las Sociedades Anónimas"

"Régimen Legal de Bienes en el Matrimonio"

FERRERO, Raúl

"Derecho Internacional Público y Sociedad Internacional"

GARCIA RADA, Domingo

"Notas sobre el Proceso Penal"

ILONA, Alvaro — GUBBINS, Guillermo — OSTERLING, Felipe

"Estudios de Derecho Anglo-Americano"

NIETO VELEZ, Armando

"El Derecho a la Educación y la Legislación Peruana en el Siglo XIX"

PAREJA PAZ-SOLDAN, José

"Las Naciones Unidas"

PEPIN, Eugéne

"La Enseñanza del Derecho Aéreo en el Mundo"

PERLA VELAOCHAGA, Ernesto

"El Derecho a la Propia Imagen"

"Temas de Legislación Procesal" (2 fascículos)

PINILLA S. C., Antonio

"Las personalidades psicopáticas y su significación frente a la Ciencia Penal"

RODRIGUEZ-PASTOR MENDOZA, Carlos

"El Aprovechamiento de las Aguas del Lago Titicaca y los Problemas Jurídicos que plantea"

TUBINO, Fidel

"Vitoria y la Expansión de la Iglesia"

VARGAS UGARTE, S. J., Rubén

"Ordenanzas para Corregidores de Indios del Virrey don Francisco de Toledo"

"Pareceres Jurídicos en Asuntos de Indias"

"Situación Jurídica de la Compañía de Jesús en el Perú"

WICHT ROSELL, José-Luis

"El Derecho a la Propia Imagen"



Sebastián Barranca 237
Tel. 38494