

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO



XXIII

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

LIMA - 1964

P. U. C. P.

F. D.

DERECHO

XXIII

1964

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CONSEJO DIRECTIVO

1964

DECANO

Señor Doctor Jorge AVENDAÑO V.

MIEMBROS DEL CONSEJO

Señores Doctores: Carlos RODRIGUEZ PASTOR

Francisco VELASCO GALLO

Héctor CORNEJO CHAVEZ

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Señor Dr. Javier KIEFER-MARCHAND

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO



XXIII

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

LIMA - 1964

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 XXI

Lima, Enero-Diciembre 1964

Nº 23

SUMARIO

Pág.

Rdo. Padre MAC GREGOR, S.J.	
—Las Universidades y el mantenimiento de la Paz	1
Dr. José Luis BUSTAMANTE Y RIVERO	
—La Corte Internacional de Justicia	5
DERECHO CANONICO	
Excmo. Monseñor José DAMMERT BELLIDO	
—Aplicación del Derecho Canónico en América Latina ...	21
DERECHO CIVIL	
Dr. Jorge AVENDAÑO VALDEZ	
—La Prenda	32
DERECHO PENAL	
Dr. Julio ALTMANN SMYTHE	
—Responsabilidad Penal de los Médicos	57
DERECHO PROCESAL CIVIL	
Dr. Ernesto PERLA VELAOCHAGA	
—Temas de Derecho Procesal Civil (Nº 5)	76
DERECHO PROCESAL PENAL	
Dr. Domingo GARCIA RADA	
—Comentarios al Código de Procedimientos Penales	112
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS	
—Conclusiones del Informe de la Comisión sobre el Asunto entre los Estados Unidos y Panamá	158
DOCUMENTOS	
—Ponencia presentada por el Dr. Adolfo Bidart Gelsi a la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Procesal (San Juan de Puerto Rico)	166

(a la vuelta)

NOTAS Y COMENTARIOS

- Desarrollo y Derecho, por Luis Pásara 176
- Sobre la creación de una Sociedad de Historia Judicial, por el Dr. C. Laplatte 182
- Algo nuevo sobre la regla "nadie puede ignorar la ley", por el Dr. C. Laplatte, y Comentario de I.B.F. 184

BIBLIOGRAFIA

- Nota sobre "Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles" por el Dr. del Pino (Dr. Arce Murúa) 184
- Nota sobre la obra del Dr. M. Belaúnde: Cuestiones tributarias (N. de la R.) 187

CRONICA DEL CLAUSTRO

- Consejo Superior — Consejo Directivo — Nuevo Decano — Catedráticos fallecidos — Nuevos profesores — Centro Federado de Derecho — Alumnos matriculados — Conferencias — Centenario del Primer Congreso Americano de Lima (1864) — Discurso del Dr. Avendaño, al asumir el Decanato — Homenajes al ex-Decano, Dr. Raúl Ferrero — El Doctor Luis Echeopar García — Fernando Arias Schreiber (nota de J.K.M.) 189
- Relación de graduados en 1964:
 - Bachilleres 201
 - Abogados 205
- Nómina del Personal Docente 208
- Plan de Estudios 208

La Paz que la Universidad debe ayudar a encontrar*

Por el Reverendísimo Padre FELIPE E. MAC GREGOR, S. J.
Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Para señalar la misión y la dirección del esfuerzo de la Universidad en la búsqueda de la paz, hay que distinguir los varios contenidos intelectuales, históricos, socio-culturales con que la idea o la realidad social de la paz se ha enriquecido.

Es obvio que "paz" se ha interpretado y ha significado para muchos en la historia la antítesis de guerra.

Es también cierto como en el curso de los siglos cristianos y en los que los precedieron y de los que tenemos manera de conocer su pensamiento, la paz se refiere también a la actitud del hombre frente al hombre. El pacífico de que habla la bienaventuranza, el amador de la paz, ha sido descrito en estas líneas:

"Al ser los hombres por naturaleza sociales, deben convivir unos con otros y procurar cada uno el bien de los demás. Por esto, una convivencia humana rectante ordenada exige que se reconozcan y se respeten mutuamente los derechos y los deberes. De aquí se sigue también el que cada uno deba aportar su colaboración generosa para procurar una convivencia civil en la que se respeten los derechos y los deberes con diligencia y eficacia crecientes.

No basta, por ejemplo, reconocer al hombre el derecho a las cosas necesarias para la vida si no se procura, en la medida posible, que el hombre posea con suficiente abundancia cuanto toca a su sustento".

En torno de estos dos polos: la paz en la acción de las sociedades y la paz en la acción de los hombres, se han agrupado los principales calificativos que la paz tiene:

(*) Trabajo presentado a la Conferencia de la Asociación de las Universidades en busca de la Paz, reunida en Lima.

paz interior
paz religiosa
paz internacional
paz social.

La Universidad tiene relación muy clara y expresa a cada uno de los diversos aspectos de esta incompleta enumeración de los apelativos de la paz.

Deseo subrayar dos de ellos no solo porque dicen relación más directa a nuestro quehacer de universitarios, sino porque la tolerancia religiosa se observa respetuosamente, por lo menos en la comunidad occidental de nuestro mundo, y de la paz internacional se ocupa la gran creación del deseo y la conciencia pacífica del hombre moderno: la Organización de las Naciones Unidas.

Son las dos acepciones que vamos a considerar: la paz interior y la paz social; es la búsqueda de la segunda la que ocupará más nuestra reflexión sin dejar, sin embargo, de mencionar, al pasar y sin detenernos casi, la importancia de la primera.

La misión de la Universidad es la búsqueda y la comunicación del saber; la relación de ese saber a la integridad del hombre es el pre-requisito y la condición de su paz. Cuando se expresa dinámicamente la visión del mundo y cuando la luz de la inteligencia domina las fuerzas interiores y mide lo medible de su dominio de las fuerzas exteriores, el hombre tiene paz.

Hay que subrayar la importancia de la luz intelectual para la entereza moral, como para la visión de la armonía con el mundo que constituye la paz.

La reflexión sobre estos temas es rica e inspira consideraciones en torno de los problemas concretos que serán debatidos en estos días acerca, por ejemplo, del contenido de los programas de estudios, la orientación de los cursos, etc., no puede siquiera concebirse que sea la paz social el objeto de la formación universitaria, sino que en el orden de primacía tiene un puesto sumamente elevado la reflexión sobre la paz interior.

Por voluntad de los auspiciadores de nuestra Institución el cometido principal de nuestra búsqueda es la paz social: la paz considerada como la solución de las tensiones sociales que agobian a los hombres.

La tensión social, la revolución y la evolución social

La tensión social no es el justo y natural afán de los grupos que en su conciencia y esfuerzo de progresar encuentran la resistencia de los otros y se esfuerza por superarla: esa tensión es la fuente natural del progreso.

Heráclito condena a Homero porque, a pesar de ser el más sabio de los griegos, se dejó engañar por las apariencias y no comprendió que la tensión es esencial, y llegó a formular una plegaria para que desapareciera del mundo.

- Lo que está en oposición tiene concordia y de las cosas que difieren procede la más hermosa armonía, (Heráclito, Fragmento 8).
- No entiendes como lo que es diferente consigo mismo está acordado: la armonía consiste en tensiones opuestas como las del arco y la lira. (Fragmento 51).
- Uno debe saber que la guerra es universal y que la jurisdicción del todo es la tensión: lo que acontece sucede por tensión y necesidad. (Fragmento 80).

La existencia pues depende de la tensión de las cosas opuestas y en la proporción de tensiones consiste lo "recto" y el ímpetu que promueve las tensiones es inmanente a todas las cosas; la guerra es el padre de todo y el rey de todo.

Pero no son estas tensiones que producen lo recto y engendran la armonía las que causan el desequilibrio social.

Las tensiones a que nos referimos son las que envuelven una parte del todo social en si misma y enconan el esfuerzo por el equilibrio tornándolo en resentimiento, frustración, angustia o sopor que casi coincide con el embrutecimiento —o convirtiendo el esfuerzo de otra parte en abuso de poder, desprecio dominador, inmensa ligereza.

Identificar algunas de sus causas no es difícil, lo que es, moralmente hablando, imposible es repartir con justicia las cargas del esfuerzo para ver qué parte es mayor.

La primera de estas tensiones se expresa en una aguda conciencia de clase o grupo que abulta con exceso los derechos propios y las obligaciones de los otros, falta la visión de lo recto en la proporción de los esfuerzos.

Formada la clase y aislada del todo social afirma, por ejemplo, la desigual retribución del resultado del trabajo para continuar en unos los derechos de los amos o para considerarse los otros como los siempre oprimidos.

Las clases encuentran dificultad en la comunicación por la enorme diferencia cultural y esa dificultad acrecienta la tensión entre los grupos.

Los rápidos procesos de transformación del mundo son también una fuente de siempre renovadas tensiones, porque el cambio cultural o social no es suficientemente rápido ni tiene la profundidad y dimensión que se necesita: existe simple y llanamente la voluntad de no cambiar, existe ese sopor que antes mencionamos o la abusiva protección de situaciones no siempre justamente adquiridas, o existe en las comunidades el alegre y renovado esfuerzo de luchar por la armonía.

Tensión por la conciencia de clase, tensión por la ineptitud para cambiar, existe además otra fuente más —la más abundante y la más notoria— aunque no la más profunda entre todas las que generan tensiones sociales: la posesión de los bienes materiales que aseguran el dominio y el gozo por el hombre del mundo; estos bienes son ordenados o medidos por la ciencia que se llama Economía. Son los que llamamos bienes materiales que se compran y miden con dinero.

Se expresan estas tensiones, por ejemplo, en la estructura de los sa-

larios, o en la desarmonía entre la Agricultura y la Industria, o en la función atribuída por unos u otros grupos al Estado y a los dineros del Estado.

Enumerar las tensiones no es aliviarlas; ni decir las fuerzas que pujan para establecer la armonía es el medio de señalar cuál es esa armonía o el camino para ella.

Para el hombre de hoy se presenta una gran alternativa en el camino de la paz: se ha de obtener por la evolución ordenada o es la revolución la que debe establecerla?

No hay en este planteo ningún alineamiento político; hay la presentación de dos posiciones culturales y sociales que tratan de resolver un problema.

No es su discusión lo que se me ha pedido; debo, sin embargo, decir que tengo una opción hecha. Pienso, con respeto a las opiniones de los otros y con el temblor interno que estas cuestiones vitales sentidas con hondura producen, que el camino de la paz es el de la evolución integral del hombre.

Esa evolución comporta "desarrollo"; como fases del proceso evolutivo, va poniendo el énfasis en cada uno de sus momentos sobre la múltiple exigencia que el "desarrollo" tiene.

Nuestro quehacer ahora es ver cuál es en la situación actual del mundo la suma de las tareas concretas que la Universidad tiene frente al desarrollo.

La Universidad y el desarrollo

Si los problemas del desarrollo se van a resolver de una manera imaginativa e inteligente, no podrá hacerse sin las Universidades que son las fuentes indispensables de los hombres educados, el depósito de las aptitudes técnicas y de la habilidad intelectual requerida para encontrar y trasladar a la realidad las mejores soluciones.

La participación de la Universidad en el desarrollo asegura un respeto para la totalidad de los problemas y la integridad de las soluciones. Esto no se consigue sin embargo sin un compromiso total de la Universidad de tal manera que todas sus facultades, toda su perspectiva intelectual, toda su sabiduría, se refleje en el problema.

Reflexionemos como cada una de las partes de la Universidad puede contribuir al desarrollo, especialmente en sus aspectos educativos y culturales, tomados estos conceptos en su más rico y comprensivo significado.

Hablemos primero de la Tecnología, no porque es más importante sino porque su aplicación es más inmediata y más extensa en las diversas dimensiones que el desarrollo tiene.

En su "Discusión sobre la Técnica", Friedrich Dessauer ha expuesto con inmensa claridad este papel sin igual de la técnica en su esfera de realizaciones y sin igual también en su significado como vehículo comprensivo de la cultura.

Para expresar la visión de la técnica como tarea ética y cultural resume las posiciones en las siguientes ideas.

- Esté donde esté el individuo, todos nosotros estamos profundamente penetrados de la idea de que la técnica jamás puede ser más

que una tarea ética y cultural de cuyo cumplimiento es responsable en especial cada persona.

- La responsabilidad moral y humanitaria de todo hombre es el valor superior que debe abarcar todo lo técnico y encontrar eco en la técnica, en cuanto creadora y portadora de la cultura.
- Dada esta concepción, en el futuro no se podrá ya elevar el reproche de que la técnica, en cuanto tal, debe ser hecha responsable de la destrucción de valores externos e internos.
- La técnica encuentra su ethos en el respeto al orden de los valores. La técnica no es ni el único ni el supremo valor. La técnica es servidora de los valores superiores. Por encima de los valores vitales del hombre están los valores espirituales de lo verdadero, bueno y bello, los valores sagrados de lo religioso y por encima de todos, la última meta y fin de todas las cosas: Dios...
- La técnica sirve inmediatamente a los valores vitales del hombre y, en primer lugar, a su existencia corporal. Crea nuevas posibilidades de vida para miles de millones de hombres y a la vez libera al hombre de la opresora servidumbre del trabajo. Hace posible una alimentación cada vez mejor y aumenta la libertad del hombre gracias a una evidente abundancia de bienes de consumo. Vence de modo apenas imaginable el espacio y el tiempo. Incluso el peor enemigo de la técnica tiene que reconocer que puede servir admirablemente al hombre...
- Es el apartarse del orden moral lo que convierte a la técnica en enemiga del hombre. Toda técnica es obra humana. Cuando hablamos, pues, del carácter demoníaco de la técnica nos referimos propiamente a lo demoníaco del corazón humano cuando abusa de ella. Más terrible que el pelear con las fuerzas de la materia es la lucha del hombre con su propia alma...

Es comprensible el entusiasmo por lo técnico cuando se piensa cuanto ha contribuido y debe contribuir aún para liberar a los hombres de la servidumbre de la ignorancia, de la enfermedad, del hambre, la desnudez o falta de habitación.

Una segunda y muy importante Facultad de la Universidad, con gran significación para el desarrollo, es la de Economía.

El desarrollo no es exclusivamente un asunto de economía pero no hay desarrollo sin una sólida base económica; el recargo de instituciones ancestrales que perpetúan el estancamiento económico es muchas veces uno de los problemas básicos de los países.

Entre las cosas desequilibradas por las modernas tensiones sociales están: la desigualdad de ingresos, ineptitud de salario para satisfacer las necesidades vitales, distancias culturales y sociales provocadas por el retraso cultural, falta de iniciativa y espíritu de empresa que traslada al Estado todo el cuidado de la persona, etc.; fácil es ver como un serio progreso económico resuelve muchas de estas causas de tensión social.

La aplicación de las leyes económicas al manejo de las organizaciones dentro de lo que en el concepto moderno se llama la administración y organización de empresas, es también otro de los grandes objetivos de las Facultades de Economía..

De modo especial la cooperación internacional y su significación para el aligeramiento de las tensiones sociales por medio de la cooperación económica internacional, debe ser uno de los objetos de investigación y trabajo de las Facultades de Economía.

La tensión social tiene naturalmente un campo referido por su misma definición a la Facultad de Sociología. Pienso, por ejemplo, en todas las leyes de la dinámica social y en la urgencia de investigarlas en países en los que es necesario incrementar la movilidad social para vencer la inercia de estamentos convertidos en estratos.

De las diversas leyes que conforman el conocimiento sociológico, hemos mencionado las de la dinámica, pero hay otras también como las del cambio social, la formación y conciencia de grupo y las aplicaciones de estas leyes a asuntos como la demografía, la transculturación, la aculturación, etc.

En muchos países la primacía del Derecho es aún mantenida no sólo como mero atavismo cultural, sino como expresión de auténticos valores culturales y morales. Es innegable que el Derecho debe expandir el campo de su acción a ese complemento y enriquecimiento de la persona que es su dimensión social, acrecida e iluminada por las múltiples luces de los estudios contemporáneos.

La Literatura, la Historia, como las Humanidades en general, tienen también un papel inmenso en este esfuerzo de esclarecer, aliviar y preparar las soluciones que la Universidad puede aportar a las tensiones sociales; reservo sin embargo las reflexiones últimas para tres Facultades que en orden de importancia reflejan lo más alto, lo más noble, y lo más comprensivo del esfuerzo humano por el bienestar social.

Son estas tres Facultades: la de Educación, la de Filosofía y la de Teología.

Si la Universidad tiene sentido, si nuestras reflexiones han podido encontrar un campo diverso de la mera dialéctica intelectual y distinto también de la mera constatación de hechos sin encontrarles causa o sentido, es porque creemos en la misión y el poder de la educación.

La loa, la urgencia y la extrema importancia de la educación han sido repetidas en todos los niveles y lo que es inmensamente más significativo ha sido comprendida en todos los niveles, aún los menos educados de la sociedad. Guardo como recuerdo imborrable de mi vida el de una fría tarde cuzqueña cuando visitaba los "Baños del Inca"; un joven, o un niño de 13 a 14 años, indio puro con los profundos ojos de su raza llenos de vida, se acercó a nosotros, conversé con él: me preguntó si volvíamos al Cuzco, adelantó su deseo con gracia y viveza: ¿podríamos llevarlo? En el viaje nos contó que era pastor durante el día y al caer la tarde, cuando guardaba el rebaño, caminaba por los atajos de sus Andes más de hora y media hasta el Cuzco, asistía a una escuela vespertina de 8 a 10 y vuelta recorría su camino cuando era claro y de lucientes estrellas como aquel día pero también cuando era frío, lluvioso y azotado por la tormenta.

Para mí ese niño es un símbolo que veo realizarse en los adultos que asisten a clases en la Escuela vespertina del Colegio donde vivo: uno de mis amigos en ella es un chofer de 53 años, padre de 6 hijos.

La educación es como el pan, los hombres hoy la buscan con afán tanto más acrecido cuanto es mayor la necesidad que tienen de ella.

Leo con inmenso interés en la declaración de principios que agrupan a las Universidades en su búsqueda de la paz: "La Universidad ha de reconocer como parte importante de su formación educacional la de atender a los niveles educacionales primario y secundario, únicos en que se mueve la mayoría de los que llegan a tener alguna educación. Cumple esta función educacional al contribuir al currículum de esos niveles, incrementando así la comprensión mundial".

¡No fué siempre así!

Preocupada la Universidad de la alteza del saber no ha buscado con empeño la vinculación con lo real que brota precisamente de las zonas vitales del contacto tales como la educación de las masas.

Hay más: una arbitraria clasificación de funciones ha dado, en muchas partes, a la rama ejecutiva del poder la función no sólo de **ejecutar** las cosas que se refieren a la educación pública, sino la de estudiarla, mejorarla, fijar sus contenidos, etc., etc.; y para esta labor, repito por desinterés de la Universidad y también por excesivo celo del poder, no ha habido la colaboración que es vitalmente necesaria.

La educación recibe hoy un nuevo trato, para usar del lenguaje cortésano, y vemos como los economistas se acercan a ella y la tratan con los términos de mercado, capital o producción: y aún después de la fuerte vacuna de 4 semanas pasadas en París en un Seminario sobre Economía y Educación, frases como las de este párrafo son tan desarmoniosas para mí como un grito en un concierto: "La formación de capital se ha considerado como un problema de expandir el almacenazgo de capital físico como por ejemplo, instrumentos, máquinas, materiales de producción, conexiones y servicios".

"Esto es lo más extraordinario porque la educación es y tiene una parte en el concepto más clásico de formación de capital. Las inversiones que se dedican a la educación producirán su rendimiento económico sólo después de un largo plazo en el futuro y deben ser distraídas de la producción de bienes inmediatos de consumo. El período de producción del capital humano es más largo que el de la mayoría de los componentes de una fábrica o de un equipo cualquiera y sugieren la necesidad de más cuidadoso planteamiento a largo plazo de inversiones en hombres que inversiones en cosas físicas".

No puede la Universidad moderna desconocer estas tendencias y estos análisis del moderno lenguaje y del esfuerzo de muchos hombres que hoy tienen inmensa significación en la vida de las naciones. Debe la Universidad incorporar éste a los otros esfuerzos que la universalidad de su nombre reclama para llegar a la totalidad de que es también símbolo y expresión su nombre.

Lo que nos lleva más cerca de nuestra reflexión final: lo específico, lo propio de la Universidad no es la Economía o la Educación, sino la Economía y su referencia a la totalidad de los problemas de la cultura o de la vida del hombre.

Cómo salvar esta totalidad? Cómo asegurar esa integridad? Las ciencias que tienen esa misión se llaman Teología y Filosofía. Hay que

reiterar consistentemente su misión pero hay también que hacerla cumplir.

Cada cultura tiene un centro creador; desde ese centro brota la acción auténtica del hombre sobre el hombre, y estar en ese centro, trabajar desde él, conlleva responsabilidades inmensas.

Hay un centro creador en cada cultura: en él están los artistas como los pensadores que no se alejan de la realidad sino que están listos siempre a enfrentarla, la realidad es algo del presente: nunca están contentos con descripciones del pasado o con ideas recibidas. Ellos batallan con la realidad de su grandeza que impresiona y en su inesperada novedad, en sus problemas no resueltos como en su misterio no sondeado. Su batalla es creadora. Permiten que preguntas que no les dan descanso surjan unas después de otras, y enfrenten con valentía cualquier reto o cualquier empresa que llega casi a hacerles la vida imposible.

A ese centro pertenece la Filosofía tanto como la Teología: forman las pruebas intelectuales de este aserto, la historia misma del pensamiento de los hombres: con algún detenimiento he querido citar a Heráclito para enhebrar los hilos del razonamiento de esta tarde; y de los documentos sobre la paz que han conmovido recientemente al mundo puedo citar el estudio teológico del Papa Juan XXIII: "La paz en la tierra".

Desde ese centro brota la acción auténtica sobre el hombre, la acción política es externa como lo es la economía o la guerrera; la acción de las ideas y en las ideas traslada a los sentimientos el querer y el hacer su fuerza, que es la de la persona misma.

Estar en ese centro conlleva responsabilidades, no puedo extenderme, pero deseo subrayarlo, pensar, crear, avanzar en la búsqueda, no se hace sin esfuerzo y sin riesgo. La universidad debe estar en ese centro o no muy alejada de él. Los que crean en filosofía, los que entienden y transmiten la palabra de Dios al mundo, deben estar en ese centro y deben estar en la Universidad.

El eco insistente del pasado que resuena en el pensar filosófico o teológico puede ser una de las causas de su alejamiento del centro de influencia, pero es también cierto que la distancia de la Universidad es ese mismo centro es porque no ha dado en su sede, relieve e importancia a la Filosofía y a la Teología.

La paz es la aspiración profunda de los hombres de hoy, la paz será obra de la influencia cultural y humana de quienes piensan; si la Universidad no está cerca de ellos, no los tiene en su seno, no ayuda, como es su misión, a buscar de nuevo y empezar otra vez a buscar la paz.

Bienvenida esta oportunidad de recordar a todos nuestra misión.

La Corte Internacional de Justicia(*)

Por el Señor Doctor JOSE LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO (1)

Señor Presidente del Consorcio de Abogados Católicos,

Señor Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional,

Señores Magistrados de la Corte Suprema,

Señores y colegas.

Tratándose de un auditorio como el que me escucha, constituido principalmente por magistrados y abogados distinguidísimos, nada o muy poco de lo que en esta charla voy a exponer será materia desconocida para ellos. Se trata de cuestiones familiares a los estudiosos del Derecho Internacional, de normas contenidas en instrumentos públicos vigentes como la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte de Justicia. He de limitarme a exponer, a modo de divulgación, una institución legal ya conocida; los detalles vivientes y objetivos con arreglo a los cuales esa institución ha nacido y la manera como actúa y funciona en la realidad. La insinuación que para cumplir esta tarea me ha hecho el Consorcio de Abogados Católicos merece mi más cordial acogida y mi profundo reconocimiento.

En la vida contemporánea hay un fenómeno de sumo interés que palpamos todos los días: cierta disparidad de concepciones, cierta extraña discrepancia entre lo social y lo político. Lo social se diría una cosa universal, permanente, unánime; lo político es, en cambio, algo que varía según los países, algo en que se marcan divergencias, algo que suscita luchas y enconos. Como fondo común a lo social y lo político alienta un anhelo universal: el anhelo de paz. Pero mientras en el fenómeno social todos los pueblos unánimemente persiguen el mejoramiento de la vida hu-

(1). Ex-Presidente de la República del Perú. Juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

(*) Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica el 7 de agosto de 1963, bajo los auspicios del Consorcio de Abogados Católicos.

mana en sus atributos superiores, en el campo político la manera como los Gobiernos de los Estados entienden la posibilidad de ese mejoramiento es diferente en cada caso; y esto suscita discrepancias de Estado a Estado. Tales divergencias políticas acerca de los procedimientos para alcanzar el mejoramiento social, traen los conflictos y las guerras. Y entonces surge el anhelo de obtener una política uniforme que logre pacíficamente el mejoramiento social. En este anhelo de paz se ha cifrado la esperanza de los pueblos en todas las épocas y a este anhelo de paz han servido diferentes recursos o medios ideados por los hombres, por los tratadistas y por los políticos para lograr la unificación de pareceres y la eliminación de dificultades entre los diversos Estados a fin de orillar los conflictos bélicos. Esos recursos han sido gradualmente ensayados a través de una sucesión de épocas; en un principio se pensó simplemente en los arreglos bilaterales, y así surgieron los tratados. Más tarde, cuando surgió la idea de una organización internacional que presidiera los destinos del mundo organizado e introdujera en él normas obligatorias para todos, surgieron otros medios pacificadores además de los tratados y vino el ensayo de la conciliación bajo los auspicios de otros Estados; y vino el ensayo de las mediaciones y vino el ensayo del arbitraje, primer asomo internacional de la administración de justicia entre Naciones.

No es objeto de esta charla establecer la historia del arbitraje ni tampoco enunciar sus ventajas y sus inconvenientes. Lo que puedo decirles sintéticamente es que la justicia arbitral, flexible desde ciertos puntos de vista, tenía también inconvenientes graves. Digo que la justicia arbitral era flexible porque había arbitrajes de jure y arbitrajes de simple buena fe; no siempre se exigía que el juez-árbitro resolviera el caso que se le sometía con arreglo a las normas del derecho, era posible que lo resolviera con arreglo a las normas de la simple equidad, dentro de un criterio de buena fe; pero en la justicia arbitral la designación de los árbitros tenía sus inconvenientes, no siempre se escogía árbitros adecuados y cuando el carácter de árbitro recaía en un Estado, no siempre se tenía suficiente confianza en la imparcialidad de ese Estado que podía tener vinculaciones más o menos cercanas con una de las partes en litigio y no con la otra. Entonces se fue perfeccionando la idea de una justicia internacional que evitara conflictos, pero dentro de un concepto ya más vasto, cuando una institución de carácter internacional dentro de la cual la dispensación de la justicia se hiciera por elementos ajenos a toda influencia política y a toda influencia estatal, por elementos que centraran su empeño sólo en el concepto de justicia, con prescindencia de los intereses locales o particulares que se ventilaran en cada caso. Y así nació la idea de la actual justicia internacional que no es una justicia arbitral porque en ella la designación de juez no se hace para cada caso, sino que está preestablecida y es una designación que emana de un acuerdo electivo que podría decirse mundial porque la elección depende de la organización mundial oficial, que en nuestros días se llama la Organización de las Naciones Unidas. Este podía ser el esquema del origen de la Corte de Justicia Internacional.

Como he dicho al principio de mi charla, casi parece ocioso reiterar algunos detalles que están escritos en la Carta de las Naciones Unidas y

en los Estatutos de la Corte y que explican perfectamente la estructura y el funcionamiento de este Tribunal. Todos los señores Abogados aquí presentes conocen esos instrumentos internacionales y sería inútil entrar en detalle sobre su letra; pero tiene cierto interés divulgar los detalles de esta clase de instituciones para ver cómo viven, cómo se traduce en la práctica viviente la aplicación de la letra de los instrumentos internacionales creadores de la Institución. Esto es lo que yo me propongo hacer en esta charla, explicando a mis oyentes, primero cómo se ha estructurado la Corte Internacional y luego cómo funciona y con arreglo a que principios se dictan sus decisiones.

La Corte Internacional de Justicia tiene en el mundo actual un antecedente. Puede decirse que la concepción de una justicia internacional vino a plasmarse ya en forma obligatoria, contractual y perfecta, a raíz de la Primera Guerra Mundial. Cuando entre los años 1918 y 1919 se organizaba la Sociedad de Naciones, y como un aditamento necesario del Pacto de la Liga de Naciones o Pacto de Versalles, se consigné la existencia de un Tribunal permanente que dispensara justicia entre los Estados miembros de esa Sociedad de Naciones. Y así nació la Corte Permanente de Justicia Internacional. Desgraciadamente esa Corte tuvo una vida corta. Hacia el año 1939 surgió la Segunda Guerra Mundial; hubo un obligado receso de la Corte Permanente por causa de esta guerra y ya desde antes de su estallido el funcionamiento de la Corte había sufrido grandemente en su normalidad por diferencias surgidas entre los Estados que abandonaban el camino de la justicia distribuida desde un Tribunal para enredarse en disputas directas y políticas. Sobrevenida la Segunda Guerra, la paralización de la justicia internacional duró tanto como aquella. Terminada la contienda hacia el año 45, se celebró la Conferencia de San Francisco, en la cual se redactaron las bases de la que había de ser luego la Carta de las Naciones Unidas y dentro de esa Carta se reiteró el mismo principio, la misma estipulación que ya contenía el Pacto de Versalles: fue establecida una Corte Internacional de Justicia que distribuyera la justicia entre los Estados Miembros de la nueva entidad, a la que se dió el nombre de Organización de las Naciones Unidas.

Vamos a examinar cuales son las características de esta nueva Corte que por lo demás se asemeja en mucho a la primitiva Corte Permanente, sin otras modificaciones que las exigidas por la nueva etapa recorrida por la comunidad internacional, por los nuevos adelantos que en materia de Derecho se había señalado y por las nuevas necesidades derivadas de la nueva forma de relaciones internacionales.

La estructura de la Corte Internacional de Justicia puede sintetizarse de este modo: se trata de un Tribunal constituido por 15 miembros, que naturalmente salen de los países que integran la Organización de las Naciones Unidas. Pero son 15 miembros respecto de los cuales la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte que es Ley Internacional no quiere que sean representantes de los países de donde emanan; hay cierto sentido de anacionalidad en el concepto de miembro de la Corte; los jueces de la Corte Internacional tienen que olvidarse en el acto de juzgar de su origen nacional y tienen que pensar simplemente en que son ciudadanos

del mundo e instrumentos de la justicia. Este concepto, perfectamente señalado en la letra de la Carta y del Estatuto, es de suma importancia porque tiende a marcar de una manera enérgica la obligación del magistrado internacional de no acoger intereses particulares en la expedición de sus fallos y recordar que en ese momento es sólo instrumento de la comunidad de naciones deseosas de administrar una justicia esencial, sin la influencia de intereses nacionales determinados. La forma como se nombra a los Jueces de la Corte Internacional no hace sino reiterar este concepto de imparcialidad absoluta de que acabo de hablar. Los jueces de la Corte Internacional son elegidos por dos organismos de Naciones Unidas: por un lado, el Consejo de Seguridad y por otro, la Asamblea General. Son elegidos a propuesta de terceros organismos que aumentan todavía el carácter de imparcialidad en la designación de las candidaturas. Esos terceros organismos son los que llamamos Grupos Nacionales de Juristas, lo cual exige una ligera digresión. Uds. saben perfectamente que desde antes de la organización de los tribunales permanentes de justicia internacional existía la Corte Internacional de Arbitraje, en la época del auge del sistema arbitral. Esa Corte se constituía por magistrados eventuales, entresacados de miembros del foro de diferentes países, seleccionados de la manera más severa. Los miembros del foro de cada Estado que podían ser en cada caso llamados a arbitrar en una causa, una vez designados conforme a normas que no es del caso citar ahora, constituían lo que se llama el Grupo Nacional. Estos miembros del grupo nacional de arbitraje de cada Estado son los que cuando se produce una vacante en la Corte Internacional están llamados a proponer a Naciones Unidas los nombres de un cierto número de juristas que estiman ellos dignos de figurar como candidatos para la Corte Internacional. El Grupo Nacional de juristas que propone estas candidaturas puede escoger miembros del foro o de la magistratura nacional, pero también puede escogerlos de entre los más destacados juristas extranjeros. Estas propuestas de los grupos nacionales de arbitraje de cada Estado son llevadas a la Secretaría General de Naciones Unidas y entonces la Secretaría General las pone en conocimiento simultáneamente del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. De estas propuestas eligen la Asamblea General y el Consejo de Seguridad los nombres de los que han de ser definitivamente nombrados jueces de la Corte Internacional. De este modo se obtiene una depuración máxima en la designación de jueces, porque los proponentes son también juristas de todo el mundo prácticamente y la proposición pasa bajo el tamiz de dos órganos de Naciones Unidas que recogen previamente informaciones sobre los antecedentes de los propuestos. Hay algo más, la elección de jueces se hace, no por países sino por grupos geográficos de Estados pertenecientes a diversos sistemas jurídicos. Para los efectos de la elección de miembros de la Corte Internacional, el mundo se divide en regiones geográficas, diríamos por ejemplo la América del Norte o Anglosajona, la América Latina del Sur, la Europa Occidental, la Europa Oriental, el África, el Asia, la Oceanía; y entonces de cada una de estas regiones geográficas se entresaca uno, o dos, o más juristas para que formen un conjunto hasta de quince juristas. Estos son los quince miembros que constituyen la Corte

Internacional de Justicia, con sede en la ciudad de La Haya.

El período por el cual son elegidos los jueces es de nueve años; pero la renovación de la Corte se hace por tercios, es decir que cada tres años la Organización de Naciones Unidas elige cinco jueces. Esos cinco jueces nuevos vienen a inyectar conceptos nuevos, ideas nuevas, jurisprudencia nueva tal vez, en el seno de una Corte que conserva diez jueces ya experimentados, ya avezados a la administración de justicia internacional por una práctica anterior. De ese modo se trata de conciliar la fuerza, el poder y el valor de la tradición jurídica con la introducción de elementos que traigan las nuevas auras del Derecho recogidas de los foros nacionales o del examen objetivo de la vida internacional.

El quorum para las reuniones de Sala Plena del Tribunal Internacional es de 9 miembros. En ciertos casos se exige un número de once. Pueden también formarse salas de tres miembros para asuntos de menor importancia.

Quiénes pueden acudir al juzgamiento de este Tribunal Internacional? Desde luego todos los Estados Miembros de Naciones Unidas tienen derecho de llevar sus litigios o controversias a la Corte Internacional; pero también los Estados no miembros pueden hacerlo, aunque en este caso hay un procedimiento previo, una especie de tamiz que exige la Carta y que consiste en la proposición del Estado no miembro al Consejo de Seguridad para invocar jurisdicción de la Corte en un problema surgido con un tercer Estado. El Consejo de Seguridad, en la estructura de Naciones Unidas, viene a representar el poder moral y de influencia de las grandes potencias; el organismo de control en cuyas manos está en muchas ocasiones la decisión de la guerra o la paz, es decir, los más altos intereses del mundo. La Carta ha querido que sea este Organismo el que decida si un juicio en el que es parte un Estado no miembro puede ser sometido a la jurisdicción de la Corte Internacional.

Cuáles son las materias que pueden ser llevadas a la Corte Internacional?, Sobre qué han de versar los litigios que pueden ser ventilados ante ese Tribunal? El Estatuto de la Corte que, repito, es una Ley Internacional aprobada por las Naciones Unidas a la vez que la Carta, establece concretamente cuáles son los casos o los puntos sobre los cuales deben versar los litigios que se lleven a la Corte. Se puede ventilar en la Corte cualquier duda sobre un punto de Derecho Internacional; y también, y eso de una manera primordial, la interpretación de los tratados internacionales y sus infracciones.

Qué es lo que generalmente genera las controversias? Por lo regular las controversias internacionales se suscitan por razón de la interpretación de tratados. En estos casos se acude al juez para que interprete cual es el verdadero sentido del tratado. Pero, además, la Corte Internacional puede juzgar sobre hechos ocurridos en la vida de relación de dos Estados, hechos que en concepto de uno de esos dos Estados impliquen infracción de un tratado o de un derecho. Y, por último, se puede también llevar a la Corte Internacional ciertos casos en los cuales, establecida la violación de un Tratado, exija un Estado de otro el pago de indemnización de los perjuicios ocasionados por la infracción del Tratado. Esos son los casos

que según la Carta de Naciones Unidas y según el Estatuto de la Corte dan lugar a competencia de la Corte para dirimir los diferendos entre Estados.

Hay dos cuestiones interesantes que aclarar a este respecto. En primer lugar, son sólo los Estados los que pueden acudir a la Corte Internacional? Así es, en efecto, pero hay ocasiones en que, a raíz de controversias sobre intereses privados o de particulares, el Derecho Internacional abre la posibilidad de que la Corte Internacional asuma jurisdicción. Este caso se produce cuando un Estado asume la protección de sus nacionales que son víctimas de infracciones legales, abusos o discriminaciones en país extranjero. Entonces el Estado hace suya la causa de sus nacionales, y, sea por la vía diplomática, sea mediante el recurso a la Corte Internacional, demanda al Estado responsable el restablecimiento del derecho. Tenemos precisamente en este momento en la Corte Internacional una causa de este género, que originalmente es de Derecho Privado, pero que se ha convertido en una causa de Derecho Público sometido a la Corte. Se trata del caso de la Barcelona Traction, Light and Power Ltd., compañía de electricidad en Cataluña, España. En esta compañía que originalmente es canadiense existen intereses de accionistas belgas, que objetaron como ilegales ciertos procedimientos del Directorio, y entonces formularon reclamaciones primero administrativas ante la misma compañía, y luego reclamaciones ante el Poder Judicial; pero llegó un momento en que por diversas circunstancias que no es del caso mencionar los accionistas belgas acudieron a su Gobierno aduciendo que se habían producido irregularidades en los trámites judiciales que afectaban gravemente sus intereses y pidieron el patrocinio del Gobierno Belga para que ejercitara su defensa en la vía internacional. El Gobierno Belga acogió esta petición y formuló representaciones ante el Gobierno Español pidiéndole que orillara estas dificultades. No habiéndose llegado a un acuerdo, el Estado Belga ha demandado a España ante la Corte de La Haya.

El otro punto primordial acerca del cual quiero llamar la atención del auditorio es el relativo a la calidad de la jurisdicción ejercida por la Corte Internacional. La Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción obligatoria para los miembros de Naciones Unidas. Esa jurisdicción es voluntaria. En el Estatuto de la Corte Internacional, que forma parte de la Carta de Naciones Unidas, existe artículo expreso que establece la voluntariedad por parte de cada Estado miembro para asociarse o no al conjunto de Estados que reconocen la jurisdicción de la Corte Internacional. Este es el que se llama el artículo opcional o cláusula facultativa del Estatuto de la Corte. Desde luego, desde el punto de vista de los principios, lo deseable sería que la jurisdicción de la Corte fuere obligatoria, porque de ese modo la textura de la organización internacional sería casi perfecta, en el sentido de que casi no habría posibilidad de que surgieran conflictos, porque surgido un conflicto no susceptible de ser orillado mediante los recursos normales de la conciliación, de la mediación, o del arbitraje, la organización internacional podría imponer a los Estados litigantes el sometimiento de ese conflicto a la Corte, y por consiguiente no habría posibilidad de un conflicto armado. Pero, desgraciadamente, en el

camino de la perfección de las instituciones internacionales, no hemos llegado a ese grado porque se cruza un concepto que aunque bastante recordado ya, tiene todavía mucha fuerza en el mundo internacional: el concepto de la soberanía nacional. Al estructurar la Carta de Naciones Unidas se estimó que no se podía imponer obligatoriamente a todos los Estados la aceptación de la jurisdicción de la Corte, teniendo en cuenta en que hay ciertos litigios en que la materia litigiosa es tan sustancial, tan delicada, tan fundamental, que el Estado que tiene el litigio no puede someter a la decisión de un tercero materias o cosas que estima del resorte de su propia soberanía y nada más que de ella, y entonces existe el temor de parte de los Estados de que pudiera entregarse a la decisión de un tercero, de un tribunal, un asunto en el que vive y palpita el interés fundamental del propio país. Entonces se ha llegado a una transacción en la Carta de Naciones Unidas y en el Estatuto, y la transacción es esta: se crea el organismo: el Tribunal Internacional, se le otorgan los máximos atributos de respeto y de suficiencia, pero se deja a los Estados miembros la libertad de aceptar o no la jurisdicción de la Corte. Esa libertad se traduce de este modo: un Estado en cualquier momento puede presentar al Secretario General de Naciones Unidas una solicitud expresando que se adhiere a la cláusula facultativa y por consiguiente reconoce como capaz de juzgar sus propios litigios a la Corte Internacional. Desde ese momento ese Estado está en la obligación, en primer lugar, de aceptar la jurisdicción y la intervención de la Corte si es demandado por otro Estado, y, en segundo lugar, está en la obligación de acatar el fallo que la Corte expida en ese asunto. Resulta, pues, que una de las características de la actual Corte Internacional es la voluntariedad de la jurisdicción. Naturalmente este factor disminuye la amplitud del radio de acción de la Corte en la vida práctica, porque sólo son llevados a la decisión judicial de la Corte aquellos asuntos en los que ha habido acuerdo previo de las partes para someter el asunto a esa competencia.

Establecida así la estructura de la Corte Internacional de Justicia, cabe hacer ahora una ligera reseña de cuál es el procedimiento, es decir como funciona la Corte Internacional. Lo primero que he de advertir es que, en general, la Corte funciona en Sala Plena en todos los asuntos graves, es decir con sus quince miembros, siendo el quorum mínimo de once. Sin embargo el Estatuto permite que, en ciertos asuntos de menos interés, de menor importancia, o de mayor facilidad, pueden formarse Salas de tres miembros, en los cuales el Tribunal delega sus facultades, de manera que la resolución o el fallo que emitiera en un caso dado una Sala de tres miembros tiene la misma fuerza y los mismos atributos que si la hubiera emitido un Tribunal en pleno. No sólo en asuntos ligeros puede intervenir una Sala de tres. Por acuerdo de las partes puede también darse el caso que los litigantes acepten constituir una Sala de tres o una Sala de cinco miembros y entonces, por acuerdo de partes, la Corte en pleno delega en esa Sala la función del juzgamiento.

El procedimiento se inicia por escrito. Hay dos etapas en el procedimiento de la Corte: la etapa escrita y luego la etapa oral. La etapa escrita comienza por lo que llamamos la "requête", es decir la síntesis de

la demanda. El Estado litigante presenta en un principio sólo una síntesis de la que va a ser su demanda y este documento se hace conocer a la otra parte, al otro Estado, para el efecto de que éste tome conocimiento de la acción instaurada. Cumplido este trámite previo, el Presidente pide a la parte demandante que presente la demanda en forma, o "memoria". La "memoria" es un documento extenso, en que está formulada la demanda con toda amplitud, y en donde el Estado demandante está obligado a expresar con toda claridad cuál es la materia de la demanda, cuál es el diferendo o punto litigioso cuya definición se pide a la Corte y también cuáles son las pruebas que el Estado demandante ofrece a fin de acreditarlo. De este documento que, por lo general, está ya desde el principio acompañado de anexos escritos porque la prueba instrumental se presenta generalmente con la memoria, se corre traslado al Estado demandado, y entonces puede suceder una de dos cosas: o dicho Estado formula excepciones dilatorias para impedir que se juzgue sobre el fondo del asunto, o el Estado demandado acepta la jurisdicción llanamente y contesta la demanda rebatiendo los argumentos sustanciales del demandante. Cuando se presentan excepciones, la más frecuente es la de incompetencia, esto es, aquella por la cual se alega que la Corte no está capacitada para asumir jurisdicción en el asunto, sea porque el Estado demandado no se adhirió a la cláusula facultativa o porque en los tratados que invoca el Estado demandante no está claro el sometimiento a la Corte, o ha sobrevenido caducidad. Alegada una excepción dilatoria, se corre traslado al demandante, quien expone sus razones en favor de la jurisdicción y entonces la Corte se reúne para resolver, no sobre el fondo del litigio, sino sólo sobre excepciones planteadas.

En el caso de que no haya excepciones sino que el demandado proceda ya a contradecir la memoria en cuanto al fondo del asunto, el demandado presenta lo que se llama la "contra-memoria" en la cual se incluye también las pruebas documentales que quiera ofrecer el demandado o puede insertarse el ofrecimiento de pruebas testificales o de pruebas periciales que habrán de actuarse en la audiencia pública. En esta materia hay una perfecta analogía entre la naturaleza de las pruebas que pueden presentarse en el orden internacional y las que de ordinario se actúan en los foros nacionales: prueba de testigos, prueba de peritos, prueba instrumental, etc.

Manteniendo una costumbre del procedimiento nacional antiguo, todavía tenemos nosotros en la Corte Internacional los trámites de réplica y dúplica. Después de presentada la "memoria" y "contra-memoria", se corre traslado respectivamente a cada parte. El demandante formula su réplica combatiendo lo que haya dicho la parte en la "contra-memoria" y el demandado formula su dúplica refutando lo que se ha dicho en la réplica. De este modo se forma un proceso escrito, por lo regular voluminoso, y así termina el procedimiento escrito. Entonces comienza la etapa oral.

El Presidente de la Corte señala fecha para las audiencias públicas y éstas se realizan de una manera semejante a las audiencias de los tribunales correccionales en el orden penal. Se reúne el Tribunal en pleno (a menos que haya habido acuerdo para admitir Sala de tres o de cinco)

y entonces acuden los agentes o apoderados de los Estados litigantes, acompañados de los Abogados defensores de los respectivos Estados. Naturalmente dentro de la tradición de la Corte Internacional los Estados suelen escoger como abogados en sus causas a juristas notables, por lo regular profesores de Universidades o Procuradores nacionales de los diferentes Estados. El número de Abogados es libre; pueden por cada parte actuar uno, dos, tres, o más, porque hay ocasiones en que así lo requiere la complejidad del asunto. Hay causas en que se ventilan cuestiones de Derecho Político, de Derecho Internacional Público, de Derecho Internacional Privado, de Derecho Comercial o Administrativo, y es frecuente entonces que las partes lleven abogados especializados en cada rama.

Una vez terminadas las exposiciones breves que presentan los dos Agentes, personeros o representantes de los Estados, comienzan las exposiciones de los Abogados y la actuación de las pruebas. No es frecuente la actuación de pruebas de peritos o de testigos, pero se dan casos. Hay casos también en que se ofrece la prueba de inspección ocular y entonces la Corte designa una Comisión de miembros suyos para que vayan al lugar de la inspección a fin de comprobar los hechos de visu, sentando, por supuesto, las actas correspondientes. Las exposiciones o alegatos de los abogados de cada una de las partes no tienen límites de tiempo y por cierto suelen ser piezas magistrales de oratoria forense en cuanto a solidez, argumentación y doctrina; de tal manera que por lo regular concurren a las audiencias estudiantes de Derecho.

Terminadas las audiencias, se cierra la etapa pública del juicio y comienza la etapa interna, lo que se llama en la jerga de la Corte la "cámara secreta". Se abren las deliberaciones reservadas de los jueces en mesa redonda, y allí se agota exhaustivamente cada materia tratada.

Lo primero que se hace es cambiar ideas, muy brevemente, sobre los sucesos culminantes de la audiencia que puedan tener alguna influencia fundamental en el fallo final. Luego se pasa a la presentación de notas escritas por cada uno de los jueces, no todavía con su opinión definitiva, sino con sus impresiones provisionales sobre los resultados de la audiencia y con la orientación, provisional también, que según él debe darse al fallo. ¿Por qué esta provisoriedad? Porque puede darse el caso de que un Juez, a pesar de haberse formado una impresión inicial en determinado sentido, a raíz de las audiencias, cambie esta impresión al escuchar las opiniones fundadas de alguno o algunos de sus colegas. Así, pues, la opinión emitida en un sentido por un Juez en su nota provisional, no lo obliga ni lo compromete a mantener ese punto de vista en el momento de votar el fallo. Cada nota provisional de cada magistrado es debatida en mesa redonda y puede ser objetada por los jueces restantes; se establece, así, un debate en el cual se expurga cada opinión. Ya Uds. pueden colegir cómo es de exhaustivo este procedimiento.

Terminado ese cambio de pareceres, el Presidente de la Corte suspende las deliberaciones privadas y redacta un cuestionario en el cual resume la orientación general de las quince notas y de los resultados de las discusiones que han tenido lugar por razón de la presentación de cada nota. En el cuestionario se puntualizan las cuestiones de hecho sobre las

cuales hay, más o menos, acuerdo unánime y también las cuestiones de derecho, esto es la orientación jurídica que ha de darse al fallo, según la opinión predominante de los magistrados. Este cuestionario se somete de nuevo entonces a la "cámara secreta". Allí es discutida, cuestión por cuestión, y, naturalmente, reformado o ampliado hasta llegar a redactarse el cuestionario final que contiene las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho definitivas. En este momento las opiniones de cada Juez deben quedar fijadas y la votación que se hace del cuestionario compromete la opinión de cada Juez. A partir de ese momento ya se puede decir que hay un comienzo de fallo.

Votado el cuestionario, el Presidente nombra una Comisión de redacción formada por tres miembros de los cuales uno es obligatoriamente el Presidente, y esta Comisión es la encargada de redactar el fallo sobre la base del cuestionario aprobado. Entonces se realiza una nueva reunión de la "cámara secreta" para someterle el proyecto de fallo redactado por la Comisión y en esa nueva discusión de mesa redonda se perfecciona la redacción, o se incluye puntos omitidos por los miembros de la Comisión Redactora, o se añade nuevos argumentos o nuevos puntos que se estima de interés para perfeccionar y mejorar el fallo. Naturalmente, es frecuente que no se obtengan decisiones unánimes; hay casi siempre votos discrepantes. Lo que el Estatuto exige es un fallo de mayoría, de manera que si son quince los jueces que intervienen en un caso, basta la mayoría de ocho contra siete.

Votado el fallo se lee en audiencia pública, previa convocatoria de las partes. El fallo es inapelable: la sentencia de la Corte Internacional causa ejecutoria y allí surge una nueva deficiencia del sistema jurídico internacional, parecida a la ya señalada sobre la voluntariedad de la jurisdicción. Esta deficiencia consiste en que sólo hay una fuerza moral que obligue a la parte vencida al cumplimiento de los fallos; la Corte no tiene medios de coacción para imponer ese cumplimiento.

Entonces, cuál es el recurso indirecto al cual se ha llegado para hacer respetar los fallos de la Corte Internacional? Cuando hay algún indicio de que la parte que ha perdido el litigio no se somete al fallo o lo desconoce, la Corte Internacional trasmite este hecho al Consejo de Seguridad y este órgano político de Naciones Unidas, por propia autoridad o dando cuenta a la Asamblea, puede establecer sanciones, porque ya entonces entran en juego los resortes políticos y administrativos de la Carta que no posee la Corte, pero sí tiene la Asamblea y, sobre todo, el Consejo de Seguridad. Cuando un Estado se niega a cumplir un fallo que favorece a otro, surge entre ambos un conflicto y, como es función del Consejo de Seguridad evitar los conflictos y proveer las medidas políticas necesarias para prevenir su agravación, el Consejo hace uso de esas facultades y exige al Estado perdedor que acepte la decisión de la Corte Internacional, mediante los recursos previstos en la Carta.

Esta exposición habrá dado a mis ayentes una idea aproximada de cual es la forma práctica como funciona, en la realidad viva, esa Corte Internacional que teóricamente está esquematizada en la Carta de Naciones Unidas y en el Estatuto de la Corte Internacional.

No quisiera terminar, —y me permito consultar al Señor Presidente, si dada la hora puedo extender unos diez minutos más mi disertación. (El Presidente asiente). No quisiera, digo, terminar esta exposición sin exponer dos puntos que estimo sustanciales.

Los fallos de la Corte Internacional en que se fundan? Conviene recordar que en la jurisprudencia interna o nacional, los Magistrados del mundo occidental aplican las leyes de cada país vertidas en los Códigos, según la inspiración sistemática del Derecho Romano, conforme al cual el derecho es pre-establecido en Códigos. En el mundo anglo-sajón, donde se aplica el common-law es el precedente judicial, es la jurisprudencia práctica, que se sucede de época en época, lo que sirve de horma a los jueces para seguir aplicando en los nuevos casos la tradición jurídica del Estado. Pero en el mundo internacional no existe esto, no existen leyes internacionales de carácter general y pre-establecidas que puedan normar y resolver las controversias.

Cómo se arregla la Corte para aplicar el Derecho?, qué Derecho aplica?. He aquí un problema interesante. El Estatuto de la Corte Internacional establece criterios generales que guían a los jueces para aplicar un Derecho que traduzca la justicia.

Cómo nos ayuda a los jueces el Estatuto de la Corte para orientar nuestros fallos?. He aquí sus reglas: Los fallos de la Corte Internacional deben inspirarse, primero en el acatamiento de los tratados y convenciones internacionales. La primera norma de Derecho, clara, obligatoria para los jueces es, aplicar los tratados. Cuando hay tratados pertinentes entre los Estados litigantes, hay que buscar en la interpretación de esos tratados la solución del conflicto.

Si no hay tratado, o si las indicaciones del tratado son oscuras, qué actitud asumen los jueces?. Viene entonces un segundo criterio a prestarles ayuda, según el Estatuto de la Corte: la costumbre internacional. Cuando existe sobre una materia una reiteración de actos que a lo largo del tiempo permiten afirmar que ya se ha introducido una norma habitual de Derecho entre los países civilizados, entonces esa norma repetida y observada muchas veces hasta crear una verdadera costumbre internacional, debe ser aplicada por los jueces, ya que tal reiteración implica un consenso general de los países civilizados en el sentido de que esa norma constituye una norma de derecho. Pero puede darse un caso en que acerca del tema litigioso no exista costumbre internacional y entonces el Estatuto señala una tercera norma: los principios generales del Derecho. Los jueces debemos aplicar a cada caso, a falta de las otras normas anteriores, los principios generales del Derecho, es decir aquellos dictados de orden general, muchos de ellos de sentido moral nada más, que en el consenso unánime de los pueblos civilizados y en la conciencia de la opinión pública son reputados como principios de Derecho, valga decir por ejemplo el respeto de la persona humana, el reconocimiento de la libertad individual, el concepto de autoridad, el deber de convivencia pacífica de los pueblos, etc.

Todavía viene en apoyo de los jueces un cuarto criterio que da el Estatuto. Dice éste: "se aplicará en los fallos la jurisprudencia judicial, es

decir los precedentes judiciales, las ejecutorias. Así como el juez en la magistratura interna aplica en muchos casos el Derecho tomando en cuenta las ejecutorias de la Corte Suprema en casos análogos, de la misma manera el Juez Internacional aplica al caso que se ventila los precedentes judiciales tanto de la propia Corte Internacional como de la Corte Permanente de Justicia, busca casos similares, que los hay con frecuencia y entonces aplica esos precedentes judiciales, ese "derecho vivo" que es la jurisprudencia práctica.

Todavía hay un quinto medio por el cual los Jueces de la Corte Internacional podemos guiarnos para tratar de acertar en esta búsqueda de la justicia. Cuál es ese quinto medio?. La opinión de los tratadistas reconocidos como guías del Derecho en el mundo. Entonces, cuando no sirven de criterio suficiente ni los tratados internacionales, ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho, ni los precedentes judiciales, entonces se acude a los libros, a las obras de Derecho de los tratadistas para buscar las fuentes del Derecho, porque indudablemente muchos de estos principios generales del Derecho que hoy son normas universales han nacido de la idea de un jurista, de la concepción de un experto. De esta manera ha querido el Estatuto crear una especie de armazón jurídico-teórica que le sirva al Juez de pauta y de norma para dictar sus fallos y para tratar de acertar en la búsqueda de la justicia.

Nótese el siguiente aspecto importante: entre esas fuentes del Derecho que los jueces debemos buscar y en las que debemos inspirarnos, hay unas que llamaríamos "pasatistas"; o recogidas del pasado, y hay fuentes "futuristas" o fuentes de evolución. Por ejemplo, la costumbre internacional es una fuente que consagra el estacionatismo, porque se refiere al pasado o mantiene la tradición. La costumbre internacional se forja y vive del pasado, lo prolonga en el tiempo. Esto en muchos casos está muy bien, porque realmente el pasado es experiencia, es consagración de valores comprobados; pero la vida actual es una vida de vértigo, que evoluciona tan rápidamente que implica tantas transformaciones, y que crea tantas nuevas modalidades de costumbres, que da lugar también a nuevas, profundas y a veces revolucionarias formas de Derecho. Entonces el criterio "pasatista" puede no ser el acertado o no ser suficiente; y será fuerza inspirarse en fuentes nuevas que interpreten mejor la época y el momento actuales. Todos sabemos que el Derecho es dinámico, no estático; el Derecho es el fruto de la transformación de la sociedad en gracia a los adelantos de la cultura, de la civilización, de la organización mundial, de los nuevos conceptos sociales que distan mucho de ser los mismos que había antes. Por consiguiente, al mismo tiempo que el juez se inspira en conceptos caducos que el pasado suministre, debe también considerar y aplicar la función dinámica del Derecho y amoldar sus fallos a las exigencias de la vida de hoy. Esto se obtiene mediante la atención de los consejos de los tratadistas, y siguiendo la evolución de los principios generales del Derecho. Valga como ejemplo la declaración de los derechos que hoy es una cosa indiscutida. Los postulados que esa declaración ha elevado a la categoría de derechos reconocidos en una ley internacional, no eran

antes sino meras aspiraciones recortadas con frecuencia por los abusos de individuos y de Gobiernos. Las dos Declaraciones representan los "derechos del hombre", a saber, atributos inherentes a la persona humana; atributos de orden moral y social que hoy se han convertido en Derecho, exigibles desde el momento que se ha promulgado la Carta de los Derechos del Hombre. Los principios generales del Derecho van evolucionando y desarrollándose, pues, a medida que evoluciona la mentalidad de la humanidad moderna; de donde se infiere que el Derecho es un concepto dinámico, volcado hacia el futuro. Cuando los jueces internacionales aplican en un fallo la noción de los derechos del hombre, del hombre no como ciudadano de una nación, no como elemento básico de la Organización de Naciones Unidas, sino porque es hombre, por su calidad de persona, están llevando el aura del nuevo Derecho a la esfera internacional. Así, los criterios jurídicos vitalistas o evolutivos vienen a equilibrar en la jurisprudencia el influjo de los criterios estáticos de la costumbre y las ejecutorias judiciales. En este sentido, por ejemplo, me parece que los países latinos tienen un margen de ventaja sobre los países sajones, porque en éstos predomina el criterio de la observancia o continuidad de la jurisprudencia anterior, de la jurisprudencia práctica establecida.

Y, para terminar, señores, yo quisiera citar dos casos que ha resuelto la Corte en los últimos años y en los cuales se ha creado doctrinas. Cito estos casos para que Uds. vean como la función de la Corte Internacional no es simplemente juzgadora para los fines de administrar justicia en cada caso particular, sino también una función creadora, en el sentido de que la aplicación del Derecho a un caso particular va dando lugar al surgimiento de doctrinas nuevas, que significan un aporte de perfeccionamiento jurídico en beneficio de la humanidad, porque se van estableciendo nuevos principios que no eran antes aplicados o conocidos.

Uno de los asuntos recientemente fallados por la Corte es el surgido entre los reinos asiáticos de Tailandia y Camboya sobre la posesión y propiedad del templo brahmanico de Preah-Vihear, construido en el siglo IX, que está enclavado muy cerca de la frontera de los dos países. Camboya fue un Protectorado confiado a Francia desde muchos años atrás, y Tailandia es el antiguo Reino de Siam, estado independiente. Según un Tratado del año 1904 entre Francia, como representante de Camboya, y el Reino de Siam, hoy Tailandia, se fijó como frontera una cordillera que termina en un acantilado a pico, más allá del cual se extiende una llanura baja perteneciente a Camboya. Al lado opuesto del acantilado, sobre la meseta alta de la Cordillera, se desarrolla el país de Tailandia. Pues bien, en el Tratado de 1904 se determinaron los límites de estos dos países en el sentido de que la línea del *divortium aquarum* no pasaba exactamente por el borde del acantilado, sino por las altas cumbres, y, por eso, había una faja de tierras altas que pertenecía a Camboya, correspondiendo la otra vertiente a Tailandia. La demarcación de la frontera acordada se encomendó a una Comisión Mixta de militares franceses residentes en el Protectorado de Camboya y de militares siameses. Esta Comisión terminó su encargo después de tres o cuatro años de labor y presentó su informe y croquis en que quedó fijado el lindero del *divortium aquarum*, dejando el

área del templo brahamánico para Camboya. Este Reino lo poseyó durante muchos años.

En 1907, tres años después del primitivo Tratado de límites, se hizo un Tratado adicional y allí se fijaron bases más detalladas para la delimitación misma de la frontera, y la Comisión, delimitadora tomó en cuenta esas bases. Anduvo el tiempo y, el año 1930, se firmó entre los dos Estados un Tratado de comercio en el que había una cláusula que ratificaba el Tratado de 1904. El año 1937 el Reino de Siam, ya convertido en Reino de Tailandia, más progresista y con mejores medios, tiene un ejército maduro con servicio aéreo-fotográfico y entonces empieza a hacer sus propios planos aero-fotométricos y encuentra una falla, un defecto en la demarcación del año 1904. Según ese defecto, el Templo de Preah-Vihear debería estar en territorio tailandés y no en territorio camboyano, porque la Comisión Mixta no habría seguido exactamente la línea del *divortium aquarum*. Sin embargo, el Reino de Tailandia no presenta en ese entonces reclamación u observación alguna al Gobierno de Francia como Protector de Camboya, para rectificar esa frontera.

Pasan los años, viene la Guerra de 1939 y el Reino de Tailandia se alía al Japón que era enemigo de Francia; y entonces, al producirse la ocupación de Francia, el Gobierno Tailandés exige a Francia la rectificación de la frontera con Camboya y la entrega de la parte del territorio en que está comprendido el Templo de Preah-Vihear. Así, en 1941 se llega a un Tratado en que es aceptada la variación de la frontera, pero dos años después cambia el curso de la guerra, se produce la victoria francesa y a su turno Francia exige a Tailandia que se restablezcan las cosas a su primitivo estado y Tailandia firma un Tratado anulando el del año 1941 y restableciendo los límites de 1904. Después de este convenio y a pedido de Tailandia, se nombre en Washington una Comisión de conciliación para resolver equitativamente algunas alegaciones de aquel país sobre regularización de ciertas zonas limítrofes de los dos países. De esta Comisión de carácter internacional formó parte nuestro connacional el Doctor Víctor-Andrés Belaúnde. Reunida la Comisión de conciliación, Tailandia formula un pliego con diversas reclamaciones entre las cuales no incluía ninguna sobre la zona del templo. Las rectificaciones demandadas versaban sobre otros territorios fronterizos y cauces de ríos, pero no sobre reivindicación del templo. Dos años después, Tailandia ocupa militarmente el templo; y entonces Camboya, erigido ya en país independiente, con extinción del protectorado francés, formula una reclamación al respecto ante Naciones Unidas y, en vista de la ausencia de resultados, se presenta a la Corte Internacional y demanda a Tailandia por la ocupación militar del templo. Es entonces solamente cuando Tailandia alega, entre otras cosas, que hubo error material en la delimitación de 1904 a 1907 y que en virtud de ese error el templo debió serle adjudicado. Así, Tailandia no habría hecho otra cosa que recuperar lo suyo al ocupar militarmente el templo.

El fallo de la Corte ha favorecido a Camboya y declarado que el templo debe considerarse situado en territorio camboyano por cuanto es instrumento inamovible el Tratado del año 1904, y los procedimientos derivados de él de delimitación de la frontera, constituyen ya instrumentos y

situaciones inamovibles. Los argumentos de hecho que apoyan esta decisión son, entre otros, que cuando se hizo el mapa de las fronteras por la Comisión mixta formada por Camboya y Tailandia, circularon los mapas en los dos países en 1908, y ellos tuvieron oportunidad de estudiar esos mapas, sus Estados Mayores los revisaron y nadie alegó error. Las aludidas cartas fueron impresas en París, en una conocida casa editora, y el Gobierno Francés entregó solemnemente 150 ejemplares de los mapas al Ministro Plenipotenciario de Siam en París y éste lo remitió a su Cancillería en Bangkok. Esos mapas no sólo no fueron objetados por la Cancillería de Siam (Tailandia), sino que fueron distribuidos como pauta, como norma fronteriza entre los funcionarios del Estado Siamés. El argumento capital del fallo de la Corte, es que un Estado no puede objetar ni desconocer un régimen convencional o un estado de cosas que él ha aceptado reiteradamente como bueno y legal a lo largo de una serie de años. El silencio en materia internacional actúa en perjuicio de quien lo guarde. Si hay un conflicto o discrepancia grave en la relación de dos Estados, sea por infracción de un Tratado o por errores que hayan podido cometerse, todo eso debe alegarse oportunamente. Si en vez de hacerlo así, el Estado perjudicado se mantiene en silencio y acata la posesión contraria, este acatamiento implica la renuncia del ejercicio del Derecho. La estabilidad en la vida internacional es un elemento indispensable, que no debe ser alterado por obra de la voluntad tardía o extemporánea de un Estado. La buena fe se presume en favor del poseedor a quien no se le objeta su posesión; de manera que si hay silencio, si hay aceptación de ese estado de cosas por otro Estado que tiene un interés opuesto, se presume la conformidad del Estado presuntamente perjudicado.

Este es el principio que se llama de "responsabilidad por los actos propios". Cada hombre en la vida privada es responsable de sus actos; en la vida internacional cada Estado lo es también por los suyos. Si la continuidad en el tiempo revela que un Estado mantiene una política, una actitud, una conducta que hacen suponer de buena fe que acepta un estado de cosas determinado en relación con otro Estado; si el primer Estado no reclamó contra esa situación cuando pudo y debió reclamar entonces se presume que ha renunciado a cualquier posible derecho que hubiera podido invocar.

En el año 1946 en que la discusión de límites entre Tailandia y Camboya tuvo su última manifestación dentro de la Comisión de Conciliación, Tailandia pudo formular reclamación sobre el templo, y no lo hizo. Algo más, hubo un Príncipe tailandés que visitó el treintitantos la región del templo. Ese Príncipe, aparte de ser un experto en arqueología, iba investido con el cargo oficial de Ministro del Gobierno de Tailandia. Ese alto funcionario fue recibido en su visita por el Residente Francés que ejercía autoridad en el distrito al cual pertenecía el templo. Este Residente recibió al Príncipe como huésped, lo que estaba mostrando que la posesión estaba ejercida por Camboya, y que el Príncipe tailandés reconocía esa posesión puesto que aceptó las atenciones que como anfitrión le prodigó el Residente de Francia.

En resumen, la doctrina establecida en el fallo puede enunciarse

así: El Estado cuya conducta importa una aceptación implícita y reiterada de la actitud de otro Estado sobre determinada materia, aunque esa actitud pueda ser perjudicial al primero, debe aceptar las consecuencias de su propio silencio, de su propio acatamiento a la situación de hecho creada por el otro Estado.

Otro fallo reciente de la Corte es el relacionado con el litigio promovido por Liberia y Etiopía contra la Unión Sud-Africana en cuanto Estado que ejerce la tutela del territorio del Sud-Oeste Africano, antigua colonia alemana.

El interés de este fallo estriba en que ha dejado consagrada la tesis de que los Estados por virtud de la solidaridad interestatal derivada de la comunidad de naciones, cuya expresión es la Organización de Naciones Unidas, pueden, aún sin interés personal o directo en el asunto, demandar ante la Justicia Internacional a un Estado infractor, cuando éste es inculgado de atentar contra los derechos humanos en otro Estado o Territorio. En ese caso, Etiopía y Liberia, dos países africanos, miembros de Naciones Unidas, sin tener un interés directo en el asunto, han demandado a la Unión Sud-Africana, antiguo miembro de la Sociedad de Naciones y, después, de Naciones Unidas, porque, en opinión de esos dos Estados, la Unión está incumpliendo las normas del Mandato que le fue conferido por la Sociedad de Naciones, para que administrara el Territorio contiguo del Sud-Oeste Africano. Los demandantes acusan a Sud-Africa de haber establecido el "apartheid" o tratamiento discriminatorio contra los habitantes del pueblo tutelado, excluyéndolos del desempeño de puestos públicos, impidiendo la difusión de la educación, restringiendo la libertad de residencia y de trabajo, etc. Liberia y Etiopía, los países alejados, se presentan velando por los fueros del país sujeto a la tutela de un tercero alegando que el Estado "tutor" no está cumpliendo sus obligaciones como tal. La respuesta del África del Sur ha sido en el sentido de no estar obligada a aceptar la jurisdicción de la Corte, porque Liberia y Etiopía carecen de personería para reclamar por actos que no las perjudican; y porque el Mandato instituido por la antigua Sociedad de Naciones a favor del Sud-Oeste Africano caducó al disolverse esa Entidad mundial, no existiendo un nuevo acuerdo de tutela entre Naciones Unidas y la Unión Sud-Africana. La tesis del fallo que ha dado la Corte, al resolver las excepciones previas, es que existe personería en los demandantes, porque la institución del Mandato, que se creó en el Pacto de Versalles, en 1919, bajo el patrocinio del Presidente Wilson, dentro de la famosa teoría de las nacionalidades, tiende a favorecer a los pueblos débiles o mal desarrollados y a prepararlos para la vida independiente. El Organismo representativo de la comunidad internacional, llámese Sociedad de Naciones o Naciones Unidas, crea un vínculo de solidaridad mundial, que permite la denuncia de las violaciones de los derechos humanos a todos los Estados miembros, aunque no tengan un interés directo en el problema, si defienden un interés humano reconocido por la ley internacional.

Este es un caso más en que puede apreciarse como la doctrina jurídica va enriqueciendo con precedentes apreciables el acervo de la jurisprudencia internacional.

Aplicación de la Legislación Canónica en la América Latina

Por el Excmo. Monseñor Dr. JOSE DAMMERT BELLIDO

Hace años, quizá desde el Seminario al estudiar las normas canónicas y vislumbrar la dura realidad de las parroquias andinas, presentía que muchas de ellas en diversas ocasiones, no eran aplicables en nuestros países.

Más tarde al conversar con párrocos de alejados pueblos, y en la actividad de vicario general de la arquidiócesis de Lima, percibí con mayor nitidez algunos de los agudos problemas que angustiaban la conciencia de los sacerdotes en la sierra —en especial de los últimamente ordenados—, y escuché la observación de un experimentado misionero redentorista que "arriba de los dos mil metros no rige el Derecho canónico".

La toma de posesión de una apartada diócesis y el contacto directo con todos los sacerdotes de ella nos ha hecho palpar la realidad. El primer impacto recibido fue al promulgar el indulto de la S. C. de Ritos a los Ordinarios del Perú que concede diversas facultades, ya otorgadas por "Propaganda Fide" a los territorios de misión: no se trataba de nuevas concesiones en muchos casos, sino de regularizar legalmente prácticas habituales hacía mucho tiempo, pues por la situación extraordinaria en que se desarrolla el ministerio pastoral en estas regiones, obligaba a aplicarlas de hecho. Lo mismo al poner en conocimiento el último indulto de la misma S. Congregación a los Ordinarios del C.E.L.A.M. sobre administración del bautismo a cinco párvulos o más simultáneamente, un celoso párroco me advirtió sonriendo "acabo de aplicarlo en la celebración de la fiesta de un pueblo, porque los bautizos se hacen por decenas".

Es lástima que las prescripciones de los antiguos y sabios "Concilios limenses" del siglo XVI cayeran en desuso por el deseo de uniformarse a las disposiciones generales de la Iglesia latina. Así en el "Concilio Plenario latinoamericano" de 1899 se dejaron de lado sagaces costumbres adaptadas a la mentalidad de estos pueblos; algunas se conservaron mediante las "trentenales" de León XIII, renovadas por las "decenales" para América latina y muy pocas. El Código pianobenedictino imprimió mayor uniformidad en el nombre y en la apariencia, pero diversas normas son impracticables; ni siquiera en las grandes arquidiócesis de este continente pueden aplicarse estrictamente las normas canónicas.

Paso a exponer algunos de los ejemplos de mayor relieve.

PARROQUIAS.—Los extensos y poblados territorios que actualmente se denominan parroquias no responden a la noción canónica. Preferible es darles su antiguo nombre "doctrinas". Cada cura estaba encargado de catequizar a los indígenas y por eso recibían el nombre de "doctrineros o curas de la doctrina"; la denominación de párrocos estaba reservada en las ciudades a la cura de almas de los españoles.

Al uniformar la legislación han recibido el nombre de parroquias. En la carta que la Secretaría de Estado dirigió a la semana social canadiense de 1953 se dice que "la parroquia es hogar de vida religiosa y de expansión misionera", "célula verdaderamente viviente y activa del Cuerpo de Cristo", "comunidad en torno a la fe, la oración y la caridad" y "es la primera comunidad de vida cristiana en la Iglesia de Jesucristo"¹. Todos estos hermosos conceptos no se encuentran en nuestras "parroquias", que en realidad se reducen a centros de administración del sacramento del bautismo, y en menor escala del matrimonio, confesión y eucaristía; a la expedición de partidas de los registros parroquiales —debido a la manifiesta insuficiencia de los registros civiles—; a la celebración de misas, cantadas y vigiladas, de difuntos; y a la celebración de las fiestas de los santos en pueblos y caseríos, con las consabidas procesiones y escasa o nula catequización. Cada una de estas parroquias tiene un promedio de 20,000 habitantes —varias muchos más— diseminados en las escabrosas y dilatadas serranías de los Andes; "pero también será un obstáculo para el buen gobierno pastoral la excesiva concentración demográfica o la amplitud de la extensión parroquial. No hay pastoral parroquial verdadera si la parroquia no es de talla humana (4,000 a 5,000 habitantes señalan los sociólogos)"².

¿Es posible aplicar en esas parroquias las prescripciones del Código de Derecho canónico?

a) **Ley de residencia.**—El Código la impone con severas sanciones, lo cual es justo; sin embargo, ¿puede ser estrictamente exigida a los párrocos de las campiñas latinoamericanas?

En su última pastoral de cuaresma, el primer cardenal peruano, Arzobispo Guevara, describe con términos precisos la situación: "Ya podéis suponer cuál será la tragedia de orden espiritual en la que se debaten los infelices feligreses de esas parroquias abandonadas, no por incuria de la autoridad eclesiástica por cierto, sino por la conocida escasez de sacerdotes que aflige a todas las diócesis del Perú.

"Pensar que para el remedio de esta necesidad urgente, bastaría enviar uno que otro sacerdote, es provocar un nuevo conflicto, sobre el cual, amados hijos, os llamamos seriamente la atención.

"El problema a que hacemos referencia lo constituye el hecho evi-

¹ Citada por C. FLORISTAN: *La parroquia, comunidad eucarística* (Madrid, 1961), página 99. Al leer este hermoso ensayo en la diócesis de Cajamarca se vislumbra un ideal que se alcanzará en estas tierras sólo después de varios siglos.

² FLORISTAN: *Ob. Cit.* p. 117.

dente de que un solo sacerdote, humanamente hablando, no puede atender a esas parroquias compuestas por muchos pueblos anexos, separados unos de otros por largas distancias, que se comunican por caminos escabrosos que ofrecen muchos peligros para la misma vida.

"Además es pecaminoso, por cuanto el párroco aislado, en un centro social deprimente, carece de los medios ordinarios de santificación y se encuentra rodeado de ocasiones próximas necesarias de pecado, sin estímulo natural de ninguna especie.

"Lo calificamos asimismo de contrario a las luces de la razón porque ésta prohíbe adoptar medios que ciertamente no conducen al fin propuesto como lo demuestra la experiencia. Por último es contrario a las luces de la fe, pues ésta nos enseña que la asistencia o intervención extraordinaria de que Dios suele valerse para bien y enseñanza de los hombres, no debe suponerse como base de gobierno y administración, sobre todo, si se omiten otros medios extraordinarios factibles y señalados por el mismo Dios.

"Fácilmente se comprende que un sacerdote rodeado de circunstancias tan poco favorables para su conservación espiritual y moral, caerá en el abismo del vicio. Para evitar estos escollos tan graves es necesario ser un héroe y los héroes no se improvisan, no se engendran a cada paso. La heroicidad es un hecho esporádico que va más allá, que supera a lo común y ordinario"³.

En tales circunstancias es imposible exigir a nuestros párrocos en forma severa la residencia canónica, y en cuanto a los sacerdotes jóvenes no enviarlos solos de ninguna manera, sino tender —dentro de las posibilidades numéricas de clero— a constituir las llamadas parroquias comunitarias.

Debe permitirse a los párrocos que con la mayor frecuencia viajen a las ciudades para atender sus necesidades espirituales y aun materiales.

b) **Instrucción catequística.**—El canon 1329 prescribe que es deber propio y gravísimo de los pastores de almas. En cambio en América latina los párrocos cumplen al pie de la letra las instrucciones dadas por San Vicente de Paúl a uno de los primeros misioneros de Madagascar: "Cuando haváis llegado a la isla, os tendréis que arreglar como podáis"⁴.

En la sede parroquial se procura con la ayuda de los maestros, en particular de las maestras, y de algunas mujeres piadosas organizar los catecismos, como buenamente se puede. De hecho, a pesar de las instancias de los Dicasterios Romanos, de las Asambleas Episcopales y aun de los Sínodos diocesanos, en muy pocas diócesis existe la Congregación de la Doctrina Cristiana, no por falta de buena voluntad, sino de tiempo. Generalmente el párroco tiene a su cargo treinta o más anexos, sean aldeas, caseríos o haciendas, y a pedido de sus habitantes los visita una vez al año para celebrar la fiesta del Patrón, permaneciendo breves días. En ese corto lapso prepara a los niños para la primera comunión, confiesa a los alumnos de las escuelas y a las personas devotas, bautiza a los niños na-

³ En "El Amigo del Clero", órgano oficial del Arzobispado de Lima, vol. 63 (1954), páginas 61-62.

⁴ Citado por J. CALVET: *San Vicente de Paul* (Buenos Aires, 1950), p. 202.

cidos durante el año (hace pocos días en un pueblo hubo en dos o tres días más de 170 bautizos). ¿En qué momento se organiza la catequesis?

Urge el restablecimiento de escuelas permanentes para catequistas, pero —aparte de los problemas económicos de sostenimiento— se encuentra uno con la falta de sacerdotes para dirigirlas y luego para vigilar la labor de los catequistas.

Además como 400 años de cristianismo no pasan en vano, el sacerdote debe forzosamente atender una serie de prácticas religiosas (procesiones, bendiciones, novenas, triduos, etc.) que exige el pueblo cristiano, y que es casi lo único que alimenta su fe. No se trata de misiones entre infieles, en las que se puede comenzar según el juicio de cada misionero, sino que existe una tradición o costumbres tradicionales que no pueden cortarse de golpe.

c) **Matrimonio.**—En estas circunstancias la celebración de matrimonios debe hacerse "more missionum", con dispensa de proclamas y muchas veces de presentación de partidas bautismales, pues los contrayentes pertenecen a pueblos lejanos y de difícil acceso o porque, debido a la abundancia de bautizos no se les inscribió. Por lo general se trata de legalizar uniones de varios años; los campesinos comienzan las relaciones conyugales a los dieciséis o diecisiete años los varones y catorce o quince las mujeres, sin bendición sacramental ni aprobación civil.

Un grave perjuicio causa a estas uniones puramente naturales —y en su gran mayoría monógamas— el servicio militar que arranca al hombre de su hogar, dejando mujer y dos o tres hijos; al ser licenciados del ejército o no regresa, porque las condiciones de vida y de trabajo son mejores en la costa que en las superpobladas regiones andinas, o regresa con una instrucción sexual mal impartida en el ejército. La primitiva unión se destruye, creciendo los niños faltos de vigilancia paterna.

La promiscuidad no es tan grave como en ciertas poblaciones amazónicas⁵, pero todavía está vigente la admonición del más ilustre obispo del Perú en el siglo XVIII, don Baltasar Jaime Martínez de Compañón, a un cura de su extensa diócesis de Trujillo, que lamentaba los incestos frecuentes en un pueblo: "primero provean el señor Cura y las autoridades civiles a la construcción de casas adecuadas con tres habitaciones para los esposos, hijos varones e hijas mujeres, y luego se les instruya para posteriormente aplicar las penas canónicas".

Ante estas dificultades familiares se comprende la escasez de vocaciones eclesiásticas por la carencia de vida sacramental, de una auténtica vida familiar, y el gran número de hijos naturales.

d) **Cumplimiento del precepto dominical.**—Dado que los párrocos deben cumplir su ministerio en diferentes pueblos, con frecuencia sucede que en los domingos y días de precepto no está en la cabecera de parroquia y los fieles se quedan sin escuchar misa. De otra parte en los caseríos y haciendas —como se ha señalado— el sacerdote llega una vez al

⁵ Ver J. M. VAZQUEZ, O. P., PUCALLPA: Estudio socio-religioso de una ciudad del Perú (Madrid, 1962), p. 185 y sgs.

año y los pobladores trabajan en esos días pues no tienen costumbre de celebrarlos y cuando se trasladan a vivir a las ciudades es casi imposible que comprendan la obligación de cumplir con el precepto dominical.

Respecto a la asistencia a misa el mismo obispo Martínez de Compañón ante la denuncia que los moradores de un caserío no concurrían a la misa en la sede parroquial, dispuso que el señor Cura construyera, a sus expensas, un puente sobre un riachuelo para que pudieran pasar con comodidad y sin peligro.

Para facilitar este cumplimiento debe estudiarse la posibilidad que se satisfaga escuchando misa a partir de las vísperas del sábado o de las primeras vísperas de la fiesta, dado que el oficio dominical o festivo comienza con esas vísperas ("Novus Codex Rubricarum" núm. 5 y 13). Por la escasez de sacerdotes sería posible con una misa vespertina atender a pueblos, que no pueden contar con la misa dominical ni con el indulto de trinación.

e) **Cumplimiento del precepto pascual.**—Se ha de aconsejar a los fieles que satisfagan a este precepto cada uno en su parroquia (cn. 859 par. 3). Gracias a Dios por indulto apostólico en el Perú puede cumplirse desde Septuagésima hasta el 10 de noviembre, con lo que se favorece a los pobladores de aldeas que sólo ven al sacerdote una vez al año, pero sería preferible poder extender ese beneficio a todo el año, porque los pueblos que tienen como patrono a la Inmaculada Concepción, al Niño Jesús, a los Magos o San Sebastián, sólo podrán hacerlo en esas festividades.

f) **Recitación del oficio divino.**—El exceso de trabajo ministerial en América latina en los días domingo de precepto y en las solemnidades de los Patronos por las confesiones, bautismos, celebración de dos o tres misas con homilía o panegírico, y por los viajes —a pie o a caballo— de una población a otra, imposibilitan la recitación del oficio divino o, por lo menos, en forma atenta y devota, debido a la consiguiente fatiga natural.

Es indispensable una reducción para aquellos sacerdotes que por atención a las almas están en las condiciones expuestas, al menos de las horas menores, y de las Vísperas que serían conmutadas por la Misa vespertina.

También se podría proponer que los obligados al oficio divino satisfagan su obligación para Maitines con la recitación solemne del nocturno del oficio votivo de difuntos en las exequias, a semejanza de la conmutación del oficio en la vigilia de la dedicación de una iglesia (Novus Codex Rubricarum, Variatiores n. 60).

g) **Ajeno al estado clerical es el ejercicio de la medicina.**— En estas regiones debe formarse la conciencia que estamos en tierra de misiones. En los pueblos no hay médicos, y muchas veces ni enfermeros o sanitarios. El párroco comienza por regalar algunas medicinas, poner inyecciones, curar heridas leves, y termina en atender casos más graves, pues la guardia civil lleva a los heridos al cura para que los atienda o en los hospitales urbanos se recomienda al enfermo, una vez operado, que lo siga viendo el "Padrecito" de su pueblo para que no tenga que viajar tanto; también algún Prelado nullius personalmente ha debido en la visita pastoral atender a los enfermos.

DIOCESIS. a) **Relaciones quinquenales.**—Los formularios de las relaciones quinquenales que se remiten a las Sagradas Congregaciones Romanas sobre catequesis, educación, seminarios, procesos matrimoniales, y aun la misma relación que se une a la visita "ad limina" no reflejan la realidad de las diócesis latinoamericanas. Se trata de formularios o encuestas redactadas para Europa y aquí se contestan a la buena, procurando adaptarse con respuestas vagas o con decisiones que quedan en el papel. Un santo Nuncio, el recordado monseñor Arrigoni, me decía que los cuadros de la Acción Católica diocesana eran designados únicamente para darle gusto al Representante del Papa.

Con frecuencia las llamadas comisiones o juntas diocesanas son nombradas con ocasión de la relación quinquenal, pero nunca se reúnen. Otras veces ni siquiera existen por la carencia de personal. Sin embargo, el prurito de redactar reglamentos totalmente conforme a la legislación general es tan grande, que acaban de aprobarse unos estatutos para la "Unión misional del Clero en el Perú", tan distantes de nuestra realidad, que no tendrán aplicación en ninguna circunscripción eclesiástica de la nación.

b) **Ceremonial de Obispos.**—Aparte de su urgente y necesaria revisión para suprimir exterioridades supérfluas acordes con el Renacimiento o con Versalles, en América latina se exige—por razones de índole pastoral— que las ceremonias pontificiales sean simplificadas. En primer lugar el rito de la Confirmación debe ser modificado pues en las visitas pastorales fácilmente se pasa el millar de confirmados en cada pueblo. Luego reducir al mínimo la presencia de ministros sagrados, principalmente en las grandes celebraciones del Triduo Sacro y del Corpus Christi, aunque parezca que el Obispo debe estar rodeado de su presbiterio. En nuestros países la devoción de los fieles hacia estos días sagrados es muy grande, y aprovechan de confesar y comulgar; en algunos pueblos han sido suprimidas las fiestas patronales por imposición de autoridades poco cristianas, pero por presión popular la celebración de la Semana Santa ha persistido. Los fundamentos del catolicismo en América latina son el culto eucarístico, la devoción mariana y la compenetración con la Pasión del Señor. Entonces es preferible que los sacerdotes atiendan las numerosas confesiones y celebren la Semana Santa en aquellos pueblos que ordinariamente carecen de párroco a que asistan al Obispo para dar mayor realce a los ritos pontificales.

c) **Curias diocesanas.**—La labor administrativa es muy reducida por el número de sacerdotes: lo triste es atender a las delegaciones de pueblos que hace treinta años están privados de la asistencia permanente del sacerdote, y no se les puede complacer.

La labor más fuerte en las curias peruanas se refiere a la inscripción o rectificación de partidas bautismales. Como los registros civiles no funcionan eficientemente, para obtener documentos de identidad (v. g., para matrícula en las escuelas, inscripción en los registros militar y electoral o aun para sacar pasaporte) los fieles piden su partida de bautismo. Debido a la administración de los bautizos en forma masiva, como se ha indicado anteriormente, al abandono de los archivos parroquiales por falta de párroco, muchas veces no aparecen inscritos o con datos erróneos. Por la

frecuencia de estos casos el VIII Concilio Provincial limense de 1928, tuvo que dar normas específicas para el asentamiento judicial de partidas y su rectificación.

LITURGIA. a) **Cambio de estaciones.**—Para las naciones del hemisferio meridional debe tenerse presente el cambio de estaciones respecto al año litúrgico. Es necesario dejar al criterio del Ordinario o de la Conferencia Episcopal la posibilidad de trasladar las prácticas penitenciales de Cuaresma —tal vez al Adviento— porque el tiempo cuaresmal coincide con el verano, las vacaciones escolares, etc., a semejanza de la facultad otorgada para las Rogaciones (*Novus Codex Rubricarum, Variationes n. 27*).

Por el mismo motivo debe concederse a los Ordinarios la facultad para autorizar la celebración de la Misa de medianoche en la Navidad del Señor en cualquier iglesia u oratorio público y semi-público, pues el clima templado o cálido invita a todos los feligreses a salir de sus hogares y concurrir a los templos. Lo mismo se expresa para la costumbre —introducida en los últimos años y muy bien acogida por los fieles— de celebrar el Santo Sacrificio en la medianoche del 31 de diciembre.

Al acentuar la liturgia el carácter primaveral de las Pascuas de Resurrección ("Florida") y de Pentecostés ("de las Rosas"), no se aviene con el otoño en que se celebran en estas naciones.

b) **Altar.**—La exigencia que el altar o piedra de ara encierre reliquias de mártires ocasionaba serias dificultades para la celebración de la Misa, porque en los pueblos o caseríos apartados se encontraban profanados, debido a cierta modalidad supersticiosa que para curar enfermedades era necesario beber líquidos que contuvieran reliquias. Los caminos escabrosos en otras oportunidades destruían las piedras de ara que llevaba el sacerdote. Gracias a la benignidad del Santo Padre Juan XXIII, en la renovación de las "Facultades decenales", se ha concedido el uso de "corporales con reliquias", y en la novísima edición de la II parte del Pontifical romano se ha agregado la "Benedictio antimensium". Así ha sido resuelta una grave dificultad que parecía insalvable.

c) **Música.**—En conformidad a las disposiciones pontificias que renovaron la música sagrada a partir de San Pío X en los seminarios, se enseña el canto gregoriano y polifónico. La belleza de las modulaciones gregorianas para quien ha aprendido desde su infancia a amar y admirar la vida benedictina, es sentida fuertemente y eleva nuestros espíritus, lo mismo que las hermosas composiciones polifónicas. Pero al salir del seminario y dispersarse por las inmensas soledades de nuestras parroquias desparece hasta el eco de tan bellas melodías, pues ni se vuelven a escuchar ni se puede practicar lo aprendido.

Se trató de establecer las visperas dominicales y enseñar a los fieles la misa "de angelis", sin lograr penetrar en la masa. Ahora se insiste mucho en las denominadas "misas comunitarias" y en los salmos de Gelineau, que lentamente penetran en los colegios de las ciudades.

En cambio, los campesinos de habla castellana tienen viejos cánticos al Santísimo y a la Virgen, lo mismo que para acompañar los entierros, que persisten al margen del clero.

La gran población indígena —quechua y aimará— de los Andes del

Ecuador, Perú y Bolivia, posee hermosos cánticos en su lengua con melodías propias, que inciden vivamente en las profundidades religiosas del alma indígena, insensible a la música occidental.

Un testigo, no católico, observa: "Afirmamos que el conjunto de himnos, oraciones y parábolas quechuas católicos pertenecen a la literatura quechua con tanta propiedad como los cantos y mitos folklóricos. Hace apenas veinte días que escuché en el templo de La Soledad, de Huaraz, un coro de quinientos indios entonando un antiquísimo himno católico quechua. Guiaban el coro dos cantores indígenas clásicos; uno de ellos leía el himno en un voluminoso y viejísimo cuaderno... Los dos cantores entonaban el himno y la multitud repetía la estrofa. Algunas de las mujeres que estaban arrodilladas cerca de los cantores se inclinaban, y permanecían llorando mientras los cantores entonaban las estrofas; cuando el coro empezaba, ellas se erguían levantando los brazos y cantaban con voz entrecortada...

"Muchos himnos y oraciones son traducciones del castellano. Pero quisiéramos hacer resaltar el ejemplar acierto, el sorprendente criterio estético que inspiró a sus traductores. Se trata de verdaderas conversiones de poesías religiosas castellanas en otras quechuas no sólo equivalentes sino, en todos los casos posibles, más intensas e influyentes. Esta superación es posible, porque el quechua es, por su propia naturaleza, un medio de expresión más íntimo, más cargado de símbolo y de aliento, para la traducción de algunos sentimientos humanos que son predominantes y característicos de los pueblos agrícolas; tal la ternura; himnos al Niño Jesús, a la Virgen, al Cristo crucificado y sangrante; himnos de gratitud o de imploración; oración del amanecer, cantos para aplacar la ira de los elementos...

"Las traducciones y los himnos y oraciones originales quechuas fueron creadas con una legitimidad tan absoluta como la literatura folklórica. La mayor prueba de tal originalidad está en su actual vigencia. Es posible, que los himnos y oraciones hayan sufrido readaptación y cambios en el lenguaje y en el contenido, pues su folklorización ha sido y es progresiva; pero entre ellos existen muchos de estilo arcaico, en los cuales el quechua antiguo, el que podemos llamar clásico, resplandece.

"La conservación de los himnos ha sido posible, además, gracias a otro de los fundamentales aciertos de la catequización primitiva. El método de los misioneros... estuvo asombrosamente inspirado en el conocimiento de la psicología indígena; la audacia de la obra misional se explica únicamente por este dominio de la cultura nativa. Parece evidente que los misioneros compusieron los himnos católicos adaptándolos a los géneros más adecuados de la propia música indígena... Será necesario realizar una investigación musicológica de ellos, pero podemos afirmar que la mayor parte... es de música india antigua. Los coros que hemos oído en los pueblos andinos y el que hace poco escuchamos en Huaraz, es de música indígena. Nuestra afirmación es subjetiva, pero tiene el fundamento de que conocemos la cultura india por haber nacido en ella.

"La música del coro que escuchamos en Huaraz era una especie de yarahui funerario... Cada estrofa era cantada con la misma melodía. El coro contestaba a los guías o solistas repitiendo cada estrofa. Sin em-

bargo, la monótona repetición del lento y angustioso yarahui creaba en el templo un contagioso ambiente de lacerante imploración, de lamento. Lloraban las mujeres, unas como ya descrito, con muchos aspavientos, teatralmente; otras, cubriéndose con sus negras mantas. ¿No era éste el efecto que deseaba provocar el autor del himno? Allí, en el templo, bajo la influencia liberadora de la música y de la poesía, en un público lugar, podían descargar los desventurados indios todo el peso de su dolor, quejarse y llorar a mares; para luego salir consolados a trabajar y a vivir, siempre metidos en su hondo círculo, vueltos sobre sí mismos, culturalmente diferenciados, rodando hasta la hora en que este dualismo con que se enfrentaban a la otra cultura, tendría que ser resuelto"⁶.

También debe tenerse en cuenta la influencia africana en el Brasil, Centroamérica, las Antillas y las costas de Venezuela, Colombia y Perú, y en particular en los "negro spirituals" del sur de los Estados Unidos, con innegable fondo y sentido religioso.

SEMINARIOS.—a) **Edad.**—En el "Index rerum" del "Enchiridion Clericorum" (Roma, 1938), bajo la voz "aetas", se encuentran los testimonios de la tradición eclesiástica que se resumen en el cn. 972 par. 1 "curandum ut ad sacros aspirantes inde a teneris annis in Seminario recipiantur", lo que ha influido, a veces en forma casi exclusiva, a que el ingreso en los seminarios o postulados religiosos se reserve a los niños entre 12 y 16 años y la formación que se imparta en ellos sea adecuada a dicha edad.

Entre los campesinos de esta diócesis, por las dificultades provenientes de la distancia del hogar a la escuela, la urgencia de ayudar a los padres en las faenas pastoriles o agrícolas, es bastante común que los muchachos concluyan la instrucción primaria a los 16 o 17 años, edad en que en las ciudades se está por terminar la educación secundaria.

Esto determina que en los Seminarios destinados a las diócesis, con prevalencia de población rural, se requiera un fuerte sentido de adaptación de las normas e instrucciones que rigen en los seminarios, ya que no se trata de formar a niños, sino a adolescentes que conocen los duros trabajos del campo y cuyos coetáneos inician la vida conyugal son su joven compañera. Los métodos pedagógicos deben forzosamente variar para obtener la sólida formación de estos aspirantes al sacerdocio; debe advertirse que muchos abnegados y celosos sacerdotes han ingresado en tales condiciones al seminario.

b) **Latín.**—Punto crucial en estos momentos. Reconozco sinceramente las ventajas que señala para su uso como lengua oficial de la Iglesia y como medio insustituible de formación e investigación Mons. Dino Staffá⁷, pues he estudiado varios años en Europa y por muchos más me he dedicado a la enseñanza del Derecho romano. Por eso coincido con el

⁶ J. M. ARGUEDAS: La literatura quechua en el Perú, en la revista "Mar del Sur", volumen I (Lima), págs. 47—49.

⁷ La unidad de la fe y la unificación de los pueblos en el magisterio del Sumo Pontífice Juan XXIII (Roma, 1961), págs. 30—32.

ilustre Prelado en que "no deje nunca de ser posesión de sus sacerdotes, los cuales, mediante la lengua, que es suya, su gloria, llave de la tradición y de la ciencia sagrada, puedan llegar directamente a las fuentes de la doctrina católica, habituarse al uso necesario de una terminología exacta, común, inmutable", pero frente a las severas y rígidas "Ordinationes ad Constitutionem Veterum sapientia rite exsequendam", de 22 de abril de 1962 (A. A. S., vol. 44, p. 339 y sgs.), temo seriamente por el futuro vocacional en América latina.

En nuestros países hace muchos años que el latín ha sido excluido de las escuelas, tanto estatales como particulares, y se ha formado —por decir así— un serio complejo frente a su aprendizaje, que popularmente se traduce en la expresión "es un latín" cuando se tropieza con algo incomprendible. Los profesores de nuestros seminarios luchan denodadamente para concluir con esta dificultad y obtienen en muchas ocasiones buenos resultados; mas en la mayoría tienen que satisfacerse con que entiendan sin atreverse a profundizar más.

Además, no sólo entre los seminaristas provenientes del habla quechua o aimará, es muy deficiente el conocimiento del castellano, sino, en general, entre todos los estudiantes; esto se debe a la deficiente preparación recibida en la escuela primaria por la penuria de buenos maestros y el exceso de alumnado. Antes de insistir en el latín debe afianzarse el estudio de la lengua castellana: se alargan los estudios por este motivo, se prolongan más para obtener conocimiento perfecto del latín y mientras tanto nuestros campesinos permanecen sumidos en la ignorancia religiosa y abandonados a su propia suerte porque las disertaciones académicas deben ser dichas en latín ciceroniano.

He señalado más arriba que muchos jóvenes ingresan al seminario menor a los 17 años porque acaban de terminar su instrucción primaria; lo mismo las llamadas vocaciones "maduras o adultas y tardías", ante una exigencia tan severa en la enseñanza del latín y el alargarse de los estudios, se echarán atrás al temer no aprenderlo en forma perfecta. En cambio palpamos el celo apostólico que despliegan y al mismo tiempo el abandono espiritual de las muchedumbres.

Para los Obispos se presenta un dilema angustioso y agobiante: o cumplimos exactamente las mencionadas "ordinationes" en pleno acatamiento y obediencia a la Sede Apostólica y vemos disminuir nuestras escasas vocaciones y alargarse innecesariamente el período de estudios con el alarmante abandono de nuestros feligreses, que por falta de atención sacerdotal son fácil presa del comunismo (ahora más influyente a través de la versión latinoamericana que es el castrismo) y del protestantismo, o pedimos que se nos declare territorio de misión sujeto a la Sagrada Congregación de Propaganda.

Para un estudioso del Derecho —dedicado durante más de veinte años al Derecho romano, con incursiones en el canónico— y al mismo tiempo Pastor, por disposición de la Santa Sede, de un amplio territorio de alrededor de 15,000 kms² con una población de 419,000 habitantes y sólo 37 sacerdotes, o peor aún —pues deducimos los residentes en las ciudades—

para 337,000 campesinos sólo cuenta con 15 sacerdotes (3 de ellos mayores de 60 años), la angustia es grande y humanamente no encuentra solución.

* * *

Para darse cuenta de la realidad de este contingente no es suficiente leer fríos informes y estadísticas aparentes, reclusos en sus gabinetes de trabajo, o asistir a congresos y asambleas que no producen frutos o visitar "oficialmente" las capitales diocesanas, sino lanzarse por los polvorientos, largos, sinuosos y peligrosos caminos de los Andes, conversar con los abandonados curas y escuchar las lastimeras solicitudes de los pueblos que reclaman al sacerdote que no ven hace años y a pesar de ello conservan su fe tradicionalmente o de las almas piadosas que sollozan porque hace más de cuatro meses —en un pueblo importante— no reciben a Jesús en la Eucaristía porque no hay sacerdote que celebre la Santa Misa.

Las líneas anteriores han sido redactadas para encontrar teólogos y canonistas que, como los primeros misioneros discípulos de los insignes maestros dominicos de Salamanca: Soto, Vitoria, Cano, etc. o de los sabios jesuitas del Concilio de Trento, con fina sensibilidad de la situación compleja del catolicismo en este continente, estructuren una legislación adecuada para estos pueblos, desechando lo accidental y permaneciendo fieles a los grandes principios de la Iglesia.

† JOSE DAMMERT BELLIDO
Obispo de Cajamarca

NOTA DE LA REDACCION.—Reproducimos este artículo con especial autorización de su autor.—Fue publicado anteriormente en la Revista Española de Derecho Canónico (Vol. XVII - N^o 50).

El Excmo. y Revdmo. Monseñor José Dammert Bellido es Doctor en Derecho. Fué Catedrático Titular de Derecho Romano y Catedrático de Derecho Canónico en nuestra Facultad. Ejerció durante muchos años el cargo de Secretario General de la Universidad Católica cuyo Vice-Rectorado desempeñaba al ser designado Obispo auxiliar y Vicario General de la Arquidiócesis de Lima. Es actualmente Obispo de Cajamarca.

La Prenda

Por el Doctor JORGE AVENDAÑO V. (*)

LAS GARANTIAS

En toda obligación con efectos jurídicos, el acreedor tiene, respecto de los bienes que integran el patrimonio de su deudor, el derecho de realizarlos y hacerse pago con su importe, en caso de incumplimiento.

A esta afectación genérica de todos los bienes del deudor, existentes al momento de la ejecución, se ha dado en llamarla "prenda general". Con esta denominación imperfecta se pretende destacar que dichos bienes del patrimonio del deudor, están implícitamente afectados al cumplimiento de sus obligaciones de tipo patrimonial o mixto. Al decir "implícitamente" hago referencia a la circunstancia de que no se precisa afectación expresa; es decir, no es menester la declaración del deudor de que grava los bienes de su patrimonio en garantía de las obligaciones contraídas; ese gravamen existe por mandato del derecho.

El grado en que está garantizado el acreedor, es decir las posibilidades con que cuenta de hacer efectivo su crédito, resulta así en razón directa de la riqueza del patrimonio de su deudor. Si al momento de producirse la ejecución por incumplimiento, el deudor es titular de bienes que exceden de sus obligaciones, lo más probable es que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito. Si, por el contrario, el deudor carece de bienes, ya sea porque nunca existieron o porque ha dispuesto de ellos, o si a pesar de haber bienes existen también deudas que alcanzan o superan el activo, es casi seguro que el acreedor no podrá hacer efectivo su crédito.

Con el fin de obviar este riesgo, desde antaño existen las garantías específicas, que son seguridades concretas que el deudor otorga en favor de su acreedor, de modo que éste pueda hacer efectivo su crédito con cargo a ellas, sin estar sujeto a la eventualidad de la insolvencia de su deudor. Estas garantías han adoptado, principalmente, las formas siguientes:

- a) garantías **personales**; y
- b) garantías **reales**.

(*) Catedrático Titular de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

a) Sin perjuicio del gravamen genérico de los bienes de su patrimonio, el deudor puede afectar otro u otros patrimonios en garantía de la obligación contraída. Esto significa que además del deudor directo, están obligadas otras personas, cuyos patrimonios resultan así también comprometidos (1). Estos otros obligados no son deudores directos del acreedor en cuanto que la causa de su obligación no es la misma que ha dado lugar al crédito principal. Resultan más bien originariamente ligados con el deudor, quien solicita su concurso para que se "asocien" a él y lo garanticen frente al acreedor. Este cuenta entonces, a efecto de lograr la prestación, no solamente con el patrimonio de su deudor directo, sino además con el del otro u otros obligados, los cuales tienen la calidad de fiadores.

El vínculo que liga a los fiadores con el acreedor es de tipo contractual, y es aquel "en virtud del cual un tercero llamado fiador promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta su obligación" (2).

El fiador puede estar obligado frente al acreedor de modo **simple** o de modo **solidario**. En el primero de esos casos el fiador queda obligado a satisfacer la obligación solamente **en defecto** del deudor, o sea si éste incumple; lo cual supone, necesariamente, que la ejecución se dirija en primer término contra el deudor directo. Si ella resulta infructuosa, el acreedor puede dirigirla contra el fiador.

En la segunda clase de fianza, esto es la solidaria, el fiador queda obligado conjuntamente con el deudor. Este efecto no es propio de la fianza, la cual supone excusión previa de los bienes del deudor, sino de la solidaridad pasiva, que es un carácter de que pueden estar investidas las obligaciones en general y que consiste en la concurrencia de varios deudores, cada uno obligado a cumplir toda la deuda (3). De modo que el acreedor puede exigir indistintamente al deudor directo o a los fiadores el cumplimiento íntegro de la obligación, lo cual significa pluralidad de obligados, en el mismo grado y cada uno por el íntegro de la prestación.

La fianza solidaria es ciertamente una mayor garantía para el acreedor que la fianza simple, ya que está eximido de accionar necesariamente en primer término contra su deudor directo.

Son varias las ventajas y desventajas de esta garantía personal denominada fianza. Entre las primeras podemos consignar que el acreedor cuenta no solamente con el patrimonio de su deudor (como ocurriría en caso de que la obligación no estuviera garantizada), sino que puede hacer efectivo su crédito también contra los bienes de los fiadores. Existe, pues, pluralidad también de patrimonios genéricamente afectados. El riesgo de la

(1) Si se acepta la teoría personalista, sustentada por Aubry y Rau, no es el patrimonio la garantía genérica del acreedor sino los bienes que lo integran. Resultaría así imperfecto referirse a la afectación del patrimonio; debe decirse que están afectos los bienes del patrimonio del deudor. Sin embargo, hecha esta aclaración y para simplificar, en adelante hablaremos de la afectación del patrimonio.

(2) Colin y Capitant: "Curso elemental de derecho civil". Tomo V, Garantías personales y reales. Editorial Reus S.A., Madrid, 1925.

(3) Castañeda, Jorge Eugenio: "Instituciones de Derecho Civil". Lima, 1957.

insolvencia está diluido porque en todo caso existen otros patrimonios comprometidos. Pero no ha desaparecido del todo porque esa misma insolvencia puede llegar a afectar a los fiadores. Es ésta, precisamente, la desventaja más saltante de la garantía personal. La seguridad no es total porque no se puede descartar, así existan numerosos obligados, la posibilidad de que todos ellos devenguen insolventes. Es cierto que el acreedor tiene medios indirectos para preservar el patrimonio de su deudor y fiadores, tales como la acción revocatoria y la oblicua, pero no puede intervenir de modo directo en los actos y actividades de sus obligados. La amenaza de la insolvencia es, pues, una posibilidad que no puede descartarse.

b) Esa amenaza desaparece cuando existe una garantía **real**, que consiste en la afectación expresa que se hace de un **bien** o varios bienes al cumplimiento de una obligación. El bien afectado, que generalmente es de propiedad del deudor, queda así **marcado** o **destinado** a que con su importe se haga pago el acreedor en caso de incumplimiento de su deudor. Para aquel ya no tiene importancia que este último sea solvente o no, porque su garantía no está constituida por el total del patrimonio, sino de modo preferente por el bien afectado. Por esto, se habla de garantía real, en el sentido de que es la cosa la que garantiza. Gráficamente, podría decirse que la deuda no la soporta ya una persona (el deudor), sino en realidad una cosa (la gravada con la garantía). La expresión vale solamente por su contenido didáctico y no es totalmente exacta porque el sujeto pasivo de una obligación es siempre una persona y jamás una cosa, y además porque la responsabilidad personal del deudor no desaparece por razón de la garantía. Así, si la garantía deviniera insuficiente, o si se destruyera el bien afectado, el acreedor conserva siempre el derecho de exigir al deudor el íntegro o el saldo de la obligación, y hacerlo efectivo con cargo a su patrimonio, conforme a las reglas de las obligaciones simples. Pero la expresión de que la deuda la soporta una cosa es elocuente porque revela de qué modo esa cosa está destinada a que el acreedor haga efectivo su crédito.

El derecho que surge en el acreedor respecto de esa cosa ajena que ha sido afectada en su favor en garantía del cumplimiento de la obligación, es de naturaleza **real**, con las notas o atributos propios de todo derecho real, esto es las facultades de **persecución** y de **preferencia**.

Sabido es que el derecho real absoluto es la propiedad. Ella reúne todos los atributos, confiere a su titular todas las facultades. En rigor podría decirse que no existen derechos reales sino derecho real, y que éste es la propiedad. Todos los demás derechos reales no serían sino partes del derecho real pleno, y por ello derechos reales también, aunque parciales o restringidos. Esta es, precisamente, la naturaleza de las desmembraciones de la propiedad, o derechos reales menores (usufructo, uso, habitación, e inclusive la posesión, que es el contenido de la propiedad, y las servidumbres, que son restricciones del dominio que se erigen bajo la forma de derechos reales para su titular).

¿Y los derechos reales de garantía? ¿Son también desmembraciones del dominio? ¿Acaso confieren a su titular las facultades que constituyen atributos del dominio, es decir derecho a usar o disfrutar? ¿Acaso imponen

al propietario una restricción de sus facultades, en la misma medida en que confieren derechos al acreedor?

En verdad, no son desmembraciones del dominio. El derecho de propiedad, cuando la cosa está gravada con un derecho real de garantía, se mantiene prácticamente incólume; y el acreedor, salvo casos, no tiene facultades de uso o disfrute de la cosa. Son derechos limitados y limitativos que no constituyen desmembraciones de la propiedad.

Son **limitados** porque "su contenido es ciertamente menor que el de la propiedad. No atribuyen al titular el derecho a la realización del valor, porque ello es derecho general, anterior, sobre todo el patrimonio. Lo que hacen es **concretar** sobre ciertos bienes ese derecho de agresión del acreedor. Al concretar, completan el derecho con las notas de la persecución y la preferencia. Es un **poder directo**. El derecho se transforma de relativo en absoluto" (4).

Son **limitativos** en cuanto restan determinadas facultades al propietario. Cuando se trata de aquellos derechos reales en los que se precisa el desplazamiento o entrega del bien al acreedor o a un tercero que lo guarda, el deudor está privado de la posesión, lo cual significa una limitación importante. Sin perjuicio de lo anterior, en todos los derechos reales de garantía el acreedor no puede realizar actos de disposición material o jurídica que disminuyan el valor del bien afectado, lo cual es evidentemente otra restricción del dominio.

Las ventajas que representan estas garantías reales respecto de las personales, son obvias. "Con ellas no hay que temer ni las enajenaciones (disminución del patrimonio del deudor), ni las deudas nuevas (aumento del pasivo): armado de un derecho real embargará (el acreedor) el bien afectado al pago de sus derechos, encuéntrense donde se encuentre, y siempre que el valor de ese bien sea por lo menos igual al monto de su crédito, tendrá la certeza de ser pagado, armado como está del derecho de reclamación y del derecho de preferencia. Por esta razón... Loysel estimaba que mientras "fiador litiga, prenda paga": el caucionero (entiéndase el fiador) embrolla, el bien comprometido paga. Un obligado puede fallecer o hacerse insolvente o mostrarse recalcitrante; la cosa comprometida permanece ella misma, inmutablemente, dispuesta a cumplir lo que de ella se esperaba".

"Con una condición, sin embargo, esto es que las garantías reales estén organizadas en modo satisfactorio; y fué precisamente por razón de su defectuosa organización en Roma por lo que las garantías personales conservaron en el derecho romano una gran importancia, aún después de la introducción de la hipoteca. En nuestra época están relegadas a segundo plano; en Alemania se les ha asignado el carácter de ser de segundo orden (art. 232 del Código Alemán): las cosas son más seguras que los hombres" (5).

(4) Ferrandis Vilella: "Introducción al estudio de los derechos reales de garantía". Anuario de Derecho Civil, Madrid, Enero 1954. Enero-Marzo Nº 1, pág. 37.

(5) Jesserand. Louis: "Derecho Civil". Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores Buenos Aires. Tomo II, vol. 2, pág. 396.

Las garantías reales han sufrido una evolución que no responde necesariamente a un criterio cronológico.

En las legislaciones poco avanzadas, es el derecho de propiedad el utilizado. En garantía de la obligación, el deudor transfiere a su acreedor la propiedad de un bien, conviniendo que vuelva a serle transferido cuando se produzca el cumplimiento. Es el procedimiento conocido como **enajenación fiduciaria**, que constituye una garantía plena para el acreedor porque adquiere el dominio de un bien, y lo conserva en caso de incumplimiento; pero presenta el inconveniente de poner al deudor a merced de su acreedor, al punto de que una vez cumplida la obligación, cuenta tan sólo con una acción de tipo personal para exigir la restitución. Carece, pues, de acción real.

Más adelante se idea el procedimiento de transferir solamente la posesión de un bien al acreedor, no ya la propiedad. El deudor sigue siendo propietario y por consiguiente conserva la acción reivindicatoria para recuperar la posesión del bien una vez cumplida la obligación. El acreedor no puede usar del bien, salvo autorización expresa. Simplemente lo retiene, en nombre de su deudor, a efecto de hacerse pago con su importe en caso de incumplimiento. Aquí existe ya constitución de garantía.

Hay evidentemente superioridad de esta seguridad respecto de la enajenación fiduciaria, pero existen siempre inconvenientes. Así, se priva al deudor de la posesión, por consiguiente del uso y disfrute del bien afectado; y, por otra parte, se impone al acreedor las obligaciones que resultan de la custodia de la cosa ajena, ya que por su calidad de depositario, sufre la responsabilidad de la pérdida o detrimento ocurridos por su culpa.

Fué preciso, en estas circunstancias, concebir una garantía más sutil y que superara las deficiencias de la anterior. Surge así la hipoteca, que es la garantía real más perfeccionada y que consiste en la afectación que hace el deudor de un bien de su propiedad, cuya posesión conserva. El acreedor tiene los derechos de persecución y de preferencia. Por el primero, puede reclamar la cosa a quien la tenga, una vez producido el incumplimiento, a fin de hacerse pago con su importe; por el segundo, tiene el derecho de cobrar su crédito antes que otros acreedores de ese mismo deudor. Como el bien permanece en poder del deudor, este tipo de garantía supone, como es evidente, un sistema de publicidad adecuado que permita a los terceros conocer que la afectación existe; y, por otra parte, ella puede recaer únicamente respecto de bienes que puedan ser indubitablemente identificados. La persecución es así una realidad y no simple ilusión.

"A pesar de su abrumadora superioridad, nos ilustra Josserand, la hipoteca no suplanta nunca a la prenda. Tiene sus defectos y sus ventajas. La hipoteca, perfecta para los bienes que, no sujetos a precer, admiten una identificación fácil, es de aplicación menos cómoda a los bienes susceptibles de desaparición y también a aquellos cuya identificación es difícil: en cuanto a los primeros el acreedor hipotecario tiene que temer su destrucción, su disimulación, la ocultación; para los otros, los terceros tendrán que temer sorpresas desagradables, porque no se podrá fácilmente

avisarles de la existencia de las hipotecas" (6).

Hemos dicho anteriormente que esta evolución de las garantías reales no se produjo en forma rigurosamente cronológica. En efecto, aún hoy es posible encontrar comunidades de bajo nivel jurídico en las que todavía se utiliza la enajenación fiduciaria. Sin ir muy lejos, en algunos lugares de la sierra peruana, ese procedimiento es el más empleado.

Las garantías reales adoptan distintas formas y así cada una de ellas recibe una denominación diferente. Ellas son la **prenda**, la **hipoteca** y la **anticresis**. El derecho de retención, incluido en nuestra legislación como derecho real de garantía, no lo es en verdad. Carece su titular de las facultades plenas de persecución y preferencia. Constituye una forma o modalidad de la compensación (7).

Las notas principales de las tres garantías reales citadas, son las siguientes:

Prenda.—Recae sobre bienes muebles y supone desplazamiento, es decir entrega real de la cosa gravada. La entrega se hace por el deudor o por un tercero, originariamente ajeno a la obligación, que en el derecho francés se llama "caucionero real" y que entre nosotros podría calificarse como "fiador prendario", si cabe. La entrega se hace al acreedor o a un tercero, los cuales guardan la cosa en nombre del deudor.

Hipoteca.—Recae sobre bienes inmuebles y no hay entrega del bien, el cual queda en poder del deudor, quien lo usa y disfruta. En las legislaciones de más avanzada organización hipotecaria, es requisito constitutivo del derecho que sea inscrito en el registro que al efecto existe, es decir que goce de publicidad.

Anticresis.—Recae sobre un bien inmueble, el cual es entregado al acreedor a fin de que éste lo explote y aplique los frutos al pago de los intereses y capital adeudados, en este orden. Es una seguridad real muy poco usada, susceptible de garantizar únicamente un préstamo de dinero.

Las notas o características de la prenda y la hipoteca no se han conservado tan claras a través del tiempo; ni lo son hoy, en que se legisla sobre la "prenda sin desplazamiento" y sobre la "hipoteca mobiliaria". Esto quiere decir que el requisito de la entrega no sería más de la esencia de la prenda; y que tampoco lo sería de la hipoteca el que necesariamente recaiga sobre bienes inmuebles.

Antes de concluir con esta exposición general de las garantías, conviene distinguir las reales de los privilegios. Conforme al artículo 2095 del Código Civil francés, el privilegio es "el derecho que la calidad del crédito da a un acreedor, en virtud de la ley, para ser preferido a los demás acreedores, aún hipotecarios". Se trata de **preferencias** que la ley establece en atención a la calidad del crédito (así, beneficios sociales, pensiones de alimentos, impuestos en favor del Fisco). Las notas o caracteres que se atribuyen a los privilegios, que permiten diferenciarlos de las garantías reales, son las siguientes:

1) Mientras que las garantías reales son generalmente convencio-

(6) Josserand, Louis.— op. cit. pág. 433.

(7) Léase Josserand.— op. cit. pág. 400 y ss.

nales (nacen por voluntad de las partes), los privilegios son siempre legales;

2) Las **seguridades reales** recaen sobre bienes específicamente determinados (principio de la especialidad, que veremos más adelante); los privilegios versan sobre bienes muebles e inmuebles, generalmente como conjunto;

3) En caso de concurrencia entre acreedores privilegiados y acreedores prendarios e hipotecarios, tienen preferencia los primeros; y

4) En caso de conflicto entre diversos acreedores privilegiados, la preferencia no se regula de acuerdo a las fechas de los créditos, sino atendiendo a su calidad.

En nuestro país, el Código Civil no se ocupa de los privilegios. Ellos se encuentran establecidos en leyes especiales, principalmente en la N° 7566 (Ley Procesal de Quiebras), arts. 110 y 111.

LA PRENDA CIVIL

Sumario.—La institución ha de ser tratada en cinco partes: noción, caracteres, requisitos, efectos y finalmente extinción. A continuación nos ocuparemos de la prenda de créditos y acciones, de la prenda de dinero, que se discute en doctrina, y por último de la llamada prenda tácita.

1.—**NOCION.**—Se asignan tres acepciones a la palabra prenda. Constituye, en primer término, el contrato en virtud del cual el deudor de una obligación, o un tercero, entrega una cosa mueble de su propiedad al acreedor o a un tercero, en garantía del cumplimiento de la obligación. Este contrato de prenda es paralelo al contrato o vínculo obligacional que se garantiza. Por consiguiente, supone un acuerdo de voluntades distinto del que da lugar a la obligación garantizada; si bien ambos se producen generalmente en el mismo momento y están vinculados. Es importante destacar que se trata de dos convenciones diferentes, porque puede ocurrir que una de ellas sea nula o anulable mientras que la otra sea válida. Más adelante, a propósito del carácter de derecho accesorio que tiene la prenda, veremos en qué forma influye la invalidez de un contrato en el otro.

Por prenda debemos entender también la cosa que se entrega en garantía de la obligación. Así, se dice que el acreedor tiene derecho a pedir el remate de la prenda, es decir del objeto que fué afectado en su favor.

Finalmente, se designa con el nombre prenda el derecho real que surge en el acreedor respecto de la cosa (prenda) como consecuencia del contrato de prenda celebrado.

En el Código Civil peruano se atribuye a la prenda esta última acepción, y por esta razón se encuentra legislada en el Libro de los Derechos Reales (arts. 981 a 1003). Sin embargo, hay algunas disposiciones de ese Código que se refieren al contrato de prenda (p. ej. la primera parte del 985); y otras que utilizan el vocablo como sinónimo de la cosa afectada (así, los arts. 982, segunda parte del 985 y 986, entre otros).

El Código anterior, de 1852, dió preferencia a la noción contractual de la prenda, y por esto la legisló entre los contratos. Lo mismo debe de-

cirse del Código de Comercio vigente, el cual incluye la prenda mercantil entre los contratos de comercio.

A lo largo de este trabajo vamos a examinar el **derecho real de prenda**, no así su aspecto contractual. Este será tratado marginalmente y sólo en cuanto sea preciso para desarrollar el aspecto real.

2.—**CARACTERES**.—Se distinguen los siguientes: a) la prenda es accesoria, b) es mobiliaria, c) es indivisible. Además, y finalmente, d) goza del carácter llamado de la especialidad.

a) **Derecho accesorio**.—No se concibe la prenda sino como accesoria de una obligación. Esta es una nota propia de todos los derechos reales de garantía. Sin embargo, en el derecho alemán y en el suizo, se admiten las llamadas "deuda territorial" y "cédula hipotecaria", respectivamente, que son títulos que se otorgan al portador o a la orden y que el propietario del inmueble puede utilizar luego para garantizar cualquier crédito. La garantía se constituye, pues, primero, en forma autónoma sin que garantice obligación alguna. Esta noción de la garantía como derecho autónomo es moderna, de origen germano, y se aplica únicamente a la hipoteca. La prenda civil, en cambio, mantiene su carácter de derecho accesorio, esto es de ser constituida siempre **en seguridad de un crédito** (art. 981 inc. 2).

El carácter accesorio de la prenda da lugar a diversas consecuencias prácticas:

1) La prenda sigue la condición jurídica del crédito que garantiza. Por consiguiente, por ejemplo, si el crédito es un bien ganancial, la prenda también lo es.

2) La prenda se extingue por el pago y en general por todos los demás modos de extinción de las obligaciones (lo cual quiere decir que la vida de la prenda depende de la vigencia de la obligación que ella está garantizando).

3) Como consecuencia de lo anterior, y por lo mismo que es un derecho accesorio, la prenda no puede existir sin el soporte de una obligación principal a la cual garantiza. En consecuencia, la nulidad de ésta entraña la nulidad de aquella. Lo opuesto no ocurre, es decir la nulidad de la prenda no acarrea la invalidez de la obligación, ya que ésta, por ser autónoma, tiene vida propia.

En cuanto a las obligaciones que pueden ser garantizadas con prenda, la ley no se pronuncia. Se admite que cualesquiera obligación puede serlo: las simples y también las modales, es decir las sujetas a condición—ya sea suspensiva o resolutoria—, a plazo y con cargo o modo.

b) **Derecho mobiliario**.—La prenda recae sobre los bienes muebles. Como se sabe, el criterio para distinguir entre nosotros un bien mueble de un inmueble, no es el de la movilidad, como fué conforme al Código anterior, sino que es de tipo legal. Es la ley la que, por razones de tipo económico, ha hecho una enumeración de los bienes inmuebles (art. 812) y de los muebles (art. 819). Se ha respetado en parte el criterio de la movilidad (art. 819, inc. 1), pero no de modo absoluto.

Pueden darse en prenda toda clase de bienes muebles, con dos con-

diciones: que sean **susceptibles de entrega** y que **puedan ser vendidos o enajenados**. Lo primero se justifica porque, como ya se ha dicho y se verá después más extensamente, la prenda supone entrega del bien gravado; y lo segundo se explica porque la prenda debe ser subastada en caso de incumplimiento, a fin de que el acreedor satisfaga su crédito con el importe de la venta.

En cuanto a los bienes muebles incorporales (derechos, créditos), ellos pueden ser dados en prenda siempre que consten de algún título cierto (8), el cual debe ser entregado al acreedor o al tercero conforme a las reglas que existen para la tradición de derechos (art. 846).

Es indispensable que los bienes muebles que se dan en prenda sean **existentes** y debidamente **individualizados**. Se descarta, por consiguiente, la posibilidad de que se afecten con prenda los bienes futuros, si bien respecto de ellos cabe la llamada promesa de prenda, que ciertamente no constituye un derecho real.

c) **Derecho indivisible**.—Este carácter de la indivisibilidad de la garantía, tiene tres aspectos:

1)—La prenda dura por entero para garantizar el crédito entero, mientras no sea totalmente extinguida la deuda y aún cuando ésta sea divisible. Así por ejemplo, si el heredero de un deudor pagara su parte de la obligación de su causante, no podría pretender la restitución de la prenda si es que los demás herederos no han pagado también.

2)—La prenda afecta el bien en todas sus partes; de modo que si fuera dividido (material o jurídicamente), cada parte, o cada uno de los bienes dados en prenda (si son más de uno), está afectado de la garantía por el crédito entero.

3)—Finalmente, la indivisibilidad debe entenderse también como que la prenda garantiza el crédito entero, incluidos intereses, gastos, etc.

d) **Especialidad de la prenda**.—En el derecho antiguo, tanto la prenda como la hipoteca podían recaer no sólo sobre un bien determinado, sino sobre todas las cosas que formaban el patrimonio de una persona. Así, se decía que la afectación legal en favor del propietario de los muebles introducidos por el arrendatario en el inmueble materia de locación, era de naturaleza prendaria; y a esto se debe la denominación que criticamos al comienzo de este trabajo, de "prenda genérica de los bienes del deudor" para significar la garantía legal que todo acreedor tiene representada por el patrimonio de su deudor.

Modernamente, tanto la hipoteca como la prenda —en especial aquella porque el carácter surge con mayor nitidez— gozan de la especialidad, la cual adopta dos formas: especialidad en cuanto al bien afectado y especialidad en cuanto al crédito. Por la primera debe entenderse que la prenda sólo puede recaer sobre un bien mueble individualizado y determinado; por la segunda que la prenda debe constituirse en garantía de un crédito también concretamente determinado.

(8) El término "título" está utilizado acá como sinónimo de documento, que es una de sus acepciones válidas. La otra es la de acto jurídico, y así se lo entiende cuando se habla de "justo título" en materia de prescripción adquisitiva.

En otros términos, este principio de la especialidad atenta contra la indeterminación del bien afectado y del crédito que se garantiza.

3.—**REQUISITOS.**—Los artículos 981 y 983 del Código Civil enumeran los cuatro requisitos de la prenda. Los tres primeros, consignados en el artículo 981, son de la esencia de la prenda: si faltara alguno de ellos, no se habría constituido el derecho real de prenda. En cambio, la exigencia contenida en el artículo 983 no es de la esencia de la prenda sino solamente a fin de que ella tenga efectos contra terceros.

Los requisitos esenciales de la prenda son los siguientes: a) que se entregue el bien al acreedor o a la persona que deba guardarlo; b) que la prenda asegure el cumplimiento de una obligación, aún cuando ésta se haya contraído sin la intervención de quien constituyó la garantía; y c) que afecte el bien quien sea su dueño y tenga su libre disposición, o, en otro caso, quien esté autorizado legalmente.

El cuarto y último requisito, que se exige para que la prenda surta efecto contra terceros, es que conste por escrito de fecha cierta.

Examinemos cada uno de estos requisitos separadamente.

a) **Entrega o desplazamiento de la prenda.** La justificación de esta exigencia es doble: la entrega de la prenda constituye una forma de dar **publicidad** al gravámen, es decir un medio de hacer saber a los terceros que la cosa está afectada al pago de una obligación; y constituye, además, una **garantía** para el acreedor porque si la prenda quedara en poder del deudor, estaría expuesta a que éste la enajenara, sin posibilidad de ejercer acción real alguna contra los adquirentes de buena fé.

El profesor Messineo nos explica este requisito en los términos siguientes: "La función de la desposesión está en hacer imposible de hecho que el deudor pueda, después de la constitución de bien dado en prenda, enajenarlo a otro sujeto; lo que sería cómodo, con toda facilidad, si el deudor tuviese la posesión de lo cosa" (9).

¿Quién hace entrega? El que constituye la garantía, que ha de ser propietario de la cosa gravada, conforme veremos más adelante. Generalmente se trata del mismo deudor. Sin embargo, puede también constituir la garantía un tercero, es decir una persona distinta del deudor. No se trata, en verdad, de un fiador, ya que no compromete su patrimonio. Es, simplemente, un tercero que entrega un bien de su propiedad que es afectado con prenda en garantía de una obligación que no es suya (10).

¿A quién se hace la entrega? Generalmente al acreedor. Sin embargo, se permite también de modo unánime que la entrega se haga a un tercero. El Código Civil peruano admite expresamente esta entrega al tercero en el inc. 1 del art. 981 y en el segundo párrafo del art. 985. En realidad, lo que interesa no es que la cosa sea entregada necesariamente al acreedor; lo importante es que el constituyente de la prenda se despoje de ella.

(9) Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo IV. Derecho de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955. pág. 85.

(10) En el derecho francés este tercero es llamado "caucionero real".

En cuanto a la forma de entrega, no hay acuerdo unánime en la doctrina. En el derecho peruano, en cambio, el problema no admite discusión.

La mayoría de los autores exigen que la entrega sea efectiva, es decir que se produzca una tradición **real**, lo cual supone entrega material de la cosa. Algunos tratadistas creen, por el contrario, que bastaría la tradición **ficta**, esto es la que se entiende realizada (ver art. 845 C.C.). Como se sabe, en la tradición ficta ocurre un cambio de **título posesorio**. En este caso el deudor, que viene poseyendo a título de propietario, cambiaría simplemente su calidad posesoria por la de depositario, guardando la cosa en nombre de su acreedor. Objetamos esta fórmula con los argumentos de seguridad y difusión antes enunciados. Discrepamos, así mismo, de una tercera posición que defiende Lafaille en los términos siguientes: "No hay ningún impedimento para que las partes de común acuerdo, celebrado ya el contrato de prenda, establezcan que la cosa vuelve a poder del deudor, evitándose de este modo los males económicos antes señalados. Tal estipulación ha de ser expresa, pues, devolviendo lisa y llanamente la garantía, se renuncia tácitamente a ella" (11).

Es cierto que la entrega efectiva de la cosa presenta inconvenientes serios en el orden económico. Empero, también es cierto que de la fórmula sugerida por Lafaille, que consiste en que mediante pacto recupere el deudor la tenencia de la cosa, pueden derivarse serios perjuicios para el acreedor y para los terceros. Es inexplicable que Lafaille exija el requisito de la entrega **inicial**, con lo cual reconoce que ella cumple el doble rol de publicidad y garantía; y sin embargo admita que la prenda pueda ser luego devuelta, como si ya no hubiera razón para que siga cumpliendo esa doble finalidad.

En nuestro derecho no hay lugar a dudas: la entrega ha de ser material. Debe haber transferencia de la posesión de la cosa. Por virtud de la tradición, el acreedor o el tercero que recibe la prenda, se convierte en poseedor inmediato de ella (es decir poseedor **temporal en virtud de un derecho**, el de acreedor prendario) (Ver art. 825).

Si el acreedor devolviera la cosa al deudor, se extingue la prenda. Así lo dice expresamente la segunda parte del artículo 985 del Código Civil. Se entiende que habría una renuncia tácita del derecho real. Ello tiene su explicación en que el acreedor no sería más poseedor de la prenda, ya que habría perdido el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad (ver art. 824).

Como se ha dicho anteriormente, hay prenda no solamente de bienes corporales sino también de derechos. ¿Cómo ha de hacerse la entrega de esta clase de bienes? La solución está contenida en el artículo 982, que dispone que cuando la prenda consista en créditos o valores, deben cederse o entregarse los títulos y notificarse al deudor. Esta última exigencia rige solamente cuando sea indispensable la cesión del crédito (ver art. 1457 del C.C.); no así cuando se trate de títulos endosables o al portador, casos en los cuales bastará el endoso o la entrega, respectivamente.

(11) Lafaille, Héctor: "Derecho Civil", Tomo V, Tratado de los Derechos Reales, vol. III, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1945, pág. 186.

¿Qué ocurre si después de contraída la obligación principal y celebrado inclusive el contrato de prenda, el deudor no cumple con entregar la cosa? El primer efecto es que no surge el derecho real de prenda (segunda parte del art. 985). El segundo es de tipo obligacional: el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido (art. 991, concordante con el 1114 inc. 2).

Se plantea, finalmente, el problema de si subsiste el derecho real en caso de que pierda el acreedor la posesión de la cosa gravada. El caso no está resuelto de modo expreso en la legislación peruana. El art. 3208 del Código Civil argentino en cambio, dice: "Se juzga que el acreedor continúa en la posesión de la prenda, cuando la hubiese perdido o le hubiere sido robada, o la hubiera entregado a un tercero que se obligase a devolvérsela".

Examinemos estas tres posibilidades a la luz de la ley peruana.

En caso de pérdida de la cosa parece ser que se extingue la prenda, ya que conforme al artículo 848 la posesión termina "cuando se pierde el ejercicio de hecho a que se refiere el artículo 824", es decir el ejercicio de alguno de los poderes inherentes a la propiedad a que se refiere el artículo 850.

En caso de que la prenda haya sido robada al acreedor, creemos que no ha perdido la posesión y tiene derecho a reivindicarla. El adquirente de la cosa robada, aún cuando sea de buena fé, no está amparado por el art. 890 y sufre las consecuencias de la acción reivindicatoria.

Finalmente, si el acreedor ha entregado temporalmente la cosa a un tercero que se obliga a devolvérsela, por ejemplo a un depositario, es evidente que no ha perdido la posesión mediata de la cosa, ya que ese tercero, digamos el depositario, tendría la calidad de poseedor inmediato (o simple detentador conforme a legislaciones como la francesa y argentina). El derecho real de prenda debe pues subsistir.

Después volveremos más extensamente sobre este tema.

b) **La prenda debe asegurar el cumplimiento de una obligación.** Es éste el segundo requisito legal de la prenda. Ya comentamos esta exigencia cuando nos referimos a los caracteres del derecho real de prenda y dijimos que es necesariamente **accesorio** de una obligación, es decir que carece de vida autónoma.

Este inciso segundo del artículo 981 contiene una parte final que resulta incomprensible. En realidad, en la edición oficial del Código se ha omitido la palabra "aún", que figuraba en el Proyecto y que mereció aprobación. El inciso debe leerse así: "Que la prenda asegure el cumplimiento de una obligación, aún cuando ésta se haya constituido sin la intervención de quien constituyó la garantía". La ley establece de modo expreso el carácter accesorio de la prenda. Esta accesoriedad existe no solamente cuando el constituyente de la prenda es el propio deudor, sino también cuando es un tercero.

c) **La prenda debe ser constituida por el propietario de la cosa.** Este tercer requisito de la prenda se justifica porque la afectación del bien constituye un acto de disposición del mismo, disposición que sólo corresponde al propietario conforme al artículo 850 del Código Civil. Debe tenerse presente que la afectación de la cosa importa la posibilidad de que

luego sea enajenada por el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación principal. Esta eventual enajenación importa, sin lugar a dudas, un acto de disposición jurídica que compete solamente al dueño.

Este inciso del art. 981 materia de exámen, exige no solamente que el que constituye la garantía sea dueño de la cosa, sino además que tenga su libre disposición. Esto es importante porque podría ocurrir, por ejemplo, que el propietario hubiera constituido un derecho de usufructo sobre el bien que pretende gravar, caso éste en el cual no tendría la libre disposición del mismo; o podría ser, también en vía de ejemplo, que el propietario fuera incapaz, caso en que tampoco gozaría de la libre disposición.

En la parte final del artículo, se autoriza a que constituya prenda "quien esté autorizado legalmente". Es éste el caso de un apoderado que entrega en prenda un bien de propiedad de su mandante. Es preciso, en este supuesto, que el mandato sea expreso. No bastaría un poder general. Sería indispensable un poder especial, que facultara al mandatario para gravar los bienes de su poderdante.

Tratándose de bienes muebles, puede ocurrir que el deudor entregue en prenda una cosa ajena. ¿Gozaría el acreedor en este caso del derecho real de prenda, con las consecuencias que de ello derivan, o estaría sujeto a la reivindicación que contra él interpusiera el verdadero dueño? La solución está dada por el artículo 1000, que ampara al acreedor y lo faculta para retener la cosa que le fué entregada y pagarse con su valor. Se exigen, sin embargo, determinados requisitos que pasamos a enumerar y comentar:

1.—El acreedor debe ser de buena fé, es decir creer en la legitimidad de su posesión (art. 832); lo cual significa que debe ignorar la circunstancia de que su deudor no era en verdad dueño de la cosa que entregó en prenda. Esta ignorancia del acreedor, ha de deberse a un error, el cual puede ser tanto de hecho como de derecho. El Código peruano, en este sentido, constituye prácticamente una excepción, ya que admite no sólo el error de hecho sino también el de derecho.

2.—El bien entregado en prenda no puede haber sido robado por el constituyente de la prenda a su verdadero dueño, ni puede haberlo perdido este último. En consecuencia, la posesión del constituyente de la prenda debe haber nacido de una entrega voluntaria que le hizo el verdadero dueño. Así, por ejemplo, si le dió la cosa en depósito o préstamo, y aquel, abusando de sus facultades de depositario o comodatario, la entregó en prenda a un tercero.

3.—La cosa no puede haber sido adquirida por el deudor en un establecimiento abierto al público en el que normalmente se expenden cosas de la clase de la entregada en prenda. La razón de ser de esta exigencia es la misma que explica el artículo 85 del Código de Comercio. Cuando las gentes acuden a un establecimiento comercial abierto al público, no tienen porqué indagar acerca de si el vendedor es o nó el verdadero dueño; se presume que lo es. Y no puede ser de otro modo porque se trabaría y dificultaría la venta en los establecimientos comerciales.

Si se dan los tres requisitos antes referidos, el acreedor que recibió en prenda una cosa ajena tiene derecho a conservarla y hacerse pago con su importe; es decir, el derecho real de prenda subsiste con todos sus efec-

tos. La solución comentada, contenida en el artículo 1000 como se ha dicho, parece contradictoria con la exigencia a que se refiere el inc. 3 del art. 981, de cuya lectura parecería desprenderse que en caso de no ser dueño de la cosa el constituyente de la prenda, ésta sería nula. (12). Sin embargo, la solución es congruente con la tónica del Código en materia de propiedad mobiliaria, contenida en el art. 890 y conforme al cual quien recibe de buena fé y como propietario la posesión de un mueble, adquiere también el dominio, aún cuando el enajenante carezca de facultad para hacerlo. Este artículo, aplicable de modo concreto a quien adquiere la propiedad, es en verdad el contenido práctico del principio que informa el Código: "en materia de muebles, la posesión equivale al título", y resulta así el fundamento del artículo 1000, materia de examen.

Existe, sin embargo, una pequeña diferencia entre los artículos 890 y 1000, que consiste en lo siguiente: mientras el artículo 1000 se refiere expresamente al caso de los bienes perdidos, el artículo 890 omite incluirlos en las excepciones contenidas en su segundo párrafo. Esto nos llevaría a la conclusión de que el comprador de buena fe de una cosa perdida no estaría sujeto a la acción reivindicatoria que interpusiera el verdadero dueño; mientras que el acreedor de buena fe que recibió en prenda un objeto perdido, sí estaría expuesto a la reivindicación.

La conclusión no parece correcta porque habría disparidad de solución legal en casos iguales, lo cual es inaceptable. Nos inclinamos, en consecuencia, por la siguiente interpretación: dentro de la fórmula genérica de "bienes regidos por el Código Penal", a que se refiere el artículo 890, no debe comprenderse solamente los robados sino también los perdidos. Así, las reglas contenidas en los artículos 890 y 1000 se unifican, como en realidad debe ser.

Siempre en esta eventualidad de que se entregue en prenda un bien ajeno, hemos examinado las relaciones entre el acreedor prendario y el verdadero propietario de la cosa. A ellas se refiere el artículo 1000. Existen, sin embargo, otras relaciones entre el acreedor prendario y su deudor, derivadas de la entrega hecha por éste de una cosa ajena. Puede ocurrir que el acreedor devuelva la prenda que no es de su deudor. En esta eventualidad, conforme al artículo 992, puede exigir la entrega de otra prenda equivalente.

En caso de que el deudor no entregara otra prenda equivalente, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal. Así lo dice expresamente el art. 991 e idéntica disposición tienen otras legislaciones como la chilena y argentina.

d) **Para que tenga efectos contra terceros, la prenda debe constar por escrito de fecha cierta.** Como hemos indicado anteriormente y como aparece del mismo artículo 983, este requisito del escrito de fecha cierta es únicamente para que la prenda surta efectos frente a terceras personas, es decir aquellos que no son el acreedor y el deudor.

En realidad, la prenda como la hipoteca y en general todos los de-

(12) Con la hipoteca ocurre precisamente de este modo, es decir si el constituyente del gravámen no es verdadero dueño, la hipoteca es nula, inexistente (art. 1013 inc. 1).

rechos reales, tienen vigencia social. Sus efectos típicos y más saltantes son la persecusión y la preferencia, los cuales se hacen valer contra terceros. En este sentido, resulta difícil distinguir la prenda "sin efectos frente a terceros" de aquella otra que "surte efectos contra terceros". La primera no sería prácticamente prenda por carecer precisamente de los atributos que tipifican al derecho real. En este sentido, el requisito del escrito de fecha cierta, previsto en el artículo 983, resulta prácticamente de la naturaleza de la institución.

Conforme al artículo 986 del Código y de acuerdo con la opinión uniforme de la doctrina, sobre una misma cosa se puede constituir varias prendas. Es decir, el mismo bien puede ser afectado varias veces en garantía del cumplimiento de otras tantas obligaciones. Llegado el caso de incumplimiento y ocurrida la subasta o remate de la cosa, las preferencias se han de regular de acuerdo a las fechas en que fueron constituidas las prendas. Nótese que no se sigue el orden en que se contrajeron las obligaciones principales, sino conforme a las fechas de las prendas. Para este efecto, es decir para poder establecer la prelación, la ley exige el documento escrito de fecha cierta.

El artículo 984 nos dice qué debe contener el documento de la prenda: una referencia a la obligación principal y una designación detallada de los objetos dados en prenda. Lo primero se justifica porque la prenda es necesariamente accesoria de una obligación. Debe, pues, indicarse de qué obligación es ella garantía en cada caso. En cuanto a la relación de los objetos dados en prenda, ello se exige a fin de que conste, a modo de inventario, cuáles son los bienes que el acreedor tendrá que devolver a su deudor una vez que la obligación sea cumplida.

El documento de la prenda debe contener una tercera indicación, que es quizás la más importante: fecha cierta. Debemos entender fecha indubitable. No es dable exigir escritura pública, si bien, claro está, en ella la data consta de modo indiscutido. Podría en consecuencia tratarse de un simple documento privado, siempre que contuviera la indicación inequívoca de la fecha. Se aconseja, a fin de evitar dudas, que el documento privado se otorgue con las firmas legalizadas por Notario Público, diligencia ésta que es necesariamente fechada.

4.—EFECTOS DE LA PRENDA.—Dentro de este tema, debemos examinar: a) derechos del acreedor, b) obligaciones del acreedor y c) obligaciones eventuales del deudor.

a) **Derechos del acreedor.**—Son los siguientes: 1) Derecho a retener la prenda, 2) Derecho a hacer vender la prenda y 3) Derecho de preferencia.

1) **Derecho a retener la prenda.**—Consiste en la facultad que tiene el acreedor de conservar la cosa hasta que se produzca el pago. Algunos tratadistas denominan este derecho como "de retención". Hemos preferido no utilizar este término porque este derecho es de naturaleza diferente al de retención legislado en los artículos 1029 al 1035.

En algunas legislaciones se consignan disposiciones expresas que confieren al acreedor la facultad de conservar la cosa en su poder mien-

tras la obligación no se cumpla. Nuestro Código ha omitido un artículo de ese tipo. En cambio dispone, en el artículo 993, la obligación que tiene el acreedor o el tercero que tuviera la prenda en su poder, de devolverla al producirse el cumplimiento de la obligación. En definitiva es lo mismo, sólo que la fórmula está consignada en términos de obligación del acreedor y no de derecho.

¿Cuál es la naturaleza de este derecho del acreedor a retener la prenda? ¿Es un derecho personal que puede oponerse solamente al deudor, o es un derecho real que puede invocarse frente a todos? Dicho en otros términos y suponiendo que la prenda fuera embargada y rematada por otro acreedor, ¿podría el acreedor pignoraticio oponerse a la entrega de la cosa al comprador? Nuestro Código no resuelve el problema. Sin embargo, la doctrina y algunas legislaciones extranjeras están de acuerdo en que el acreedor no tiene derecho a retener la cosa en la eventualidad referida; lo cual quiere decir que la facultad de que goza el acreedor prendario para retener la cosa es de tipo personal, oponible por consiguiente sólo al deudor. Esto no quiere decir que el derecho de prenda sea también personal. Ya hemos visto que su naturaleza es real, y esto se advierte con claridad si consideramos el derecho preferencial de que goza el acreedor prendario para hacer efectivo su crédito con cargo al precio en que sea vendida la prenda. Por esto se sostiene con énfasis que los derechos reales de garantía —y entre ellos, la prenda— no recaen en última instancia sobre el bien mismo sino sobre el importe de su realización. Queda así aclarada la naturaleza personal que tiene la facultad de retener la cosa hasta que haya pago —retención que se justifica sólo por razones de publicidad y seguridad— a diferencia del derecho real de que goza el acreedor pignoraticio.

Se plantea una cuestión de difícil solución en caso de que el acreedor prendario pierda la posesión de la cosa, ya sea porque fué despojado o porque le fué sustraída o la perdió. (No incluimos la posibilidad de que la hubiera devuelto voluntariamente el deudor, porque como hemos visto ello implica la terminación de la prenda por renuncia). En síntesis, se trata de una pérdida de posesión producida **involuntariamente**. ¿Tendrá derecho el acreedor prendario a perseguir la cosa para subastarla y hacerse pago? ¿Su derecho real es oponible y preferente al de un adquirente a título oneroso y de buena fe? ¿Qué acción habría de interponer el acreedor despojado contra el actual tenedor? Tratemos de responder estos interrogantes.

Digamos, en primer término, que no hay disposición alguna en nuestro Código, ubicada en el título de la prenda, que responda a esta cuestión. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la doctrina posesoria que informa nuestro Código es la de Ihering, conforme a la cual el elemento "animus" no es exigido, y el "corpus" debe ser entendido como el comportamiento normal y económico del hombre frente a la cosa (variable en cada caso). En estas circunstancias, se admite que la interrupción involuntaria de la posesión, ya sea por despojo o pérdida, no produce necesariamente la extinción de la posesión. Es decir, se puede ser poseedor sin contar con la tenencia física de la cosa. En abono de esta tesis podemos citar los artículos 826 y 875. Conforme al primero, se conserva la po-

sesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera; y de acuerdo a este último, la interrupción de la prescripción no se produce en caso de que el poseedor recupere el bien dentro de un año o por sentencia le es restituido.

Conforme a lo expuesto, creemos que en caso de haber pedido la cosa o de que le hubiera sido sustraída, el acreedor prendario tiene derecho a interponer acción judicial persecutoria, lo cual quiere decir que el derecho de prenda subsiste. La demanda sería la de un interdicto de recobrar y el plazo para su interposición sería, conforme a las reglas generales de los interdictos, el de un año. No cabría, desde luego, una acción reivindicatoria porque ella corresponde únicamente al propietario; y tampoco procedería una acción posesoria ordinaria si es que se planteara después de un año del despojo (art. 875, ya citado).

¿La acción referida podría ser interpuesta solamente contra el que sustrajo la prenda o también contra los adquirientes sucesivos de buena fé y a título de propietarios? Creemos que contra ambos, ya que en aplicación de la segunda parte del artículo 890, estos últimos no estarían amparados (se trataría de bienes regidos por el Código Penal).

2) **Derecho de hacer vender la prenda.**—En caso de producirse el incumplimiento del deudor, el acreedor puede pedir la venta judicial de la prenda. Así lo establece el artículo 996.

No nos corresponde examinar la forma en que se procede a la subasta, ya que ello es un problema de procedimiento. Conviene sin embargo dejar establecido que la venta judicial supone una previa tasación por peritos, a fin de acordar conforme a ella la base de la subasta. Recordemos que no es el propósito de la ley privar al deudor a todo trance y como dé lugar del bien de su propiedad sobre el cual recae la prenda. El deudor tiene también derechos y uno de ellos es a que el bien se venda en el precio más justo posible, a fin de reservar para sí el remanente, si es que lo hubiera y una vez hecho efectivo el crédito a su cargo, más intereses y costas.

La disposición contenida en el artículo 996, relativa a la venta judicial de la prenda, es de orden público; como lo son también las reglas del Código de Procedimientos Civiles que se refieren a la forma como debe procederse a dicha venta judicial. De esto se infiere que no puede convenirse un procedimiento que no sea el de la venta judicial: cualquiera convención que al efecto se celebrara sería nula.

A este respecto, debemos referirnos a lo dispuesto en el artículo 1002, según el cual es nulo el pacto por virtud del cual el acreedor se apropia de la prenda por la cantidad prestada, en caso de incumplimiento. (Pacto llamado "comisorio", que mereció prohibición desde el derecho romano a fin de proteger al deudor. Se ha dicho que el objetivo es impedir la explotación de la miseria por la avaricia).

A pesar de que el texto del artículo 1002 no es muy claro, entendemos que comprende las prohibiciones siguientes:

a)—Convenio previo según el cual el acreedor hace suya la prenda, en caso de incumplimiento, por el monto de su crédito (situación ésta explícitamente prevista);

b)—Convenio previo según el cual el acreedor hace suya la prenda,

en caso de incumplimiento, aún cuando fuera conviniendo el precio de la cosa y compensando el acreedor la diferencia en caso de que la hubiera;

c)—Toda cláusula que autorice al acreedor para disponer de la cosa dada en prenda, fuera del modo de la venta judicial prevista en la ley.

De lo anterior parece desprenderse que el acreedor jamás puede llegar a convertirse en propietario de la prenda. Ello no es sin embargo rigurosamente exacto. El acreedor puede llegar a ser dueño de la cosa si interviniera en el remate como postor e hiciera la postura más alta o en caso de que no hubiera postores en el remate (ver, al respecto, el art. 719 del Código de Procedimientos Civiles).

Siempre, sin embargo, será preciso que medie un remate público, ya que ésta es la única forma de garantizar el derecho del deudor.

3) **Derecho de preferencia.**—Por ser titular de un derecho real, el acreedor prendario goza del derecho de preferencia. Así está establecido, de modo expreso, en el artículo 985.

La colisión de créditos puede ser de dos clases: a) entre créditos prendarios y b) entre créditos prendarios y otros que no lo son.

a)—Si hay varios créditos prendarios respecto de la misma cosa, la preferencia se regula conforme al artículo 986 en su parte final: debe estarse al orden en que fueron constituídas las prendas.

b)—Si hubiera créditos prendarios y otros que no lo son, es preciso establecer cuál es la naturaleza de estos últimos. Si fueran créditos simples, no hay duda que la preferencia corresponde al crédito pignoraticio, aún cuando su fecha de constitución fuera posterior. Pero si se tratara de créditos privilegiados (aquellos que se denominan genéricamente "privilegios", a los cuales nos referimos antes de modo somero), éstos tendrían preferencia, siguiendo a este respecto las reglas contenidas en los artículos 760 del Código de Procedimientos Civiles y 253 y 110 de la Ley Procesal de Quiebras.

Omitimos profundizar en esta materia porque escapa del ámbito de este trabajo.

b) **Obligaciones del acreedor.**—Son dos, conforme a la ley peruana: 1) Conservación de la prenda, y 2) Responsabilidad por su pérdida o deterioro.

1) **Conservación de la prenda.**—El artículo 988 establece claramente que el acreedor debe guardar la cosa "como propia". Esto no quiere decir, sin embargo, que goce de las facultades del propietario, sino que debe poner toda la diligencia y atención en el cuidado de la cosa, como lo haría el dueño.

El derecho de guardar la prenda no autoriza al acreedor para usar de ella, salvo que cuente con el consentimiento del deudor. Su posesión es inmediata, lo cual significa que no lo conduce a la prescripción adquisitiva.

2) **Responsabilidad por pérdida o deterioro de la prenda.**—Tres artículos del Código se refieren a esta materia. Son el 989, el 994 y finalmente el 995. De la lectura de la primera de estas disposiciones, se desprende que el acreedor responde por la pérdida o deterioro sólo en caso de que abuse de ella. Del texto del artículo 994, en cambio, se infiere que el acre-

edor responde por la pérdida sólo en caso de que ésta se hubiera producido por su culpa. Creemos que de estos artículos, así como del 995, se desprenden las reglas siguientes:

a—No sólo en caso de que el acreedor **abuse** de la prenda, sino también si la **usa** sin autorización del dueño, deberá responder de su pérdida o deterioro;

b—Aún cuando el acreedor no hubiera usado ni abusado de la prenda, deberá también responder de su pérdida o deterioro si ellos se produjeron por su culpa (es decir, si hubo negligencia o cualesquiera otra omisiones propias de la culpa, que demuestren que no cuidó el acreedor de la cosa como propia);

c—El artículo 994 establece una presunción "juris tantum" de culpa. Quiere esto decir que en principio el acreedor responde siempre por la pérdida o deterioro. Para eximirse de la responsabilidad, deberá destruir la presunción y acreditar que no hubo culpa;

d—Si la pérdida o el deterioro ocurren después de cumplida la obligación principal, el acreedor responde si es que no tuvo justa causa para demorar la devolución de la prenda. Queda eximido de esta responsabilidad solamente si prueba que la pérdida o deterioro se habrían producido también de haber estado la cosa en poder de su dueño.

c) **Obligaciones del deudor.**—Una vez entregada la prenda, esto es constituido el derecho real, el deudor no tiene obligaciones en lo que a la prenda respecta. Eventualmente, sin embargo, pueden ellas surgir. El Código establece dos, que son la de pagar los gastos de conservación de la prenda y la de sustituirla cuando ella es insuficiente.

1) **Pago de los gastos de conservación.**—Como hemos visto el acreedor debe conservar la cosa como si fuera propia. En esta labor de conservación puede incurrir en gastos, los cuales deben serle reintegrados por el deudor, conforme al artículo 990.

No se establece en nuestra ley si este crédito del acreedor queda cubierto por la garantía prendaria o nó. En otros términos, no se ha resuelto expresamente si el acreedor podría eventualmente pedir el remate de la prenda en caso de que no le reembolsaran las expensas de conservación. Pensamos que sí, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1001, referente a la prenda tácita, que veremos después. En otros países, como por ejemplo en Chile, aún cuando no se dice que la garantía prendaria cubre también los gastos de conservación, se establece el derecho de retención en favor del acreedor, quien no está obligado a devolver la cosa mientras dichos gastos no le sean abonados.

2) **Sustitución de la prenda** —Nos hemos referido en parte a esta obligación cuando tratamos el tema de la constitución de la prenda sobre cosa ajena. Dijimos entonces que si en esta eventualidad el acreedor devolviera la prenda a su verdadero dueño, tiene derecho a que el deudor le entregue otra prenda equivalente (art. 992).

Igual derecho tiene el acreedor en caso de que la prenda resulte insuficiente por causa del deudor o por vicio de la cosa. Supongamos, en vía de ejemplo, que la prenda padeciera de vicio oculto. Es obvio que en

estas circunstancias la garantía no es suficiente. El deudor estaría obligado a sustituirla. Si no lo hiciera sería de aplicación el art. 991.

Parecería que el artículo 987 estableciera otra eventual obligación a cargo del deudor... Ocurre, sin embargo, que es al revés: se trata de un derecho de que goza el deudor. Si se acreditara judicialmente la necesidad de cambiar la prenda por otra equivalente, dicha sustitución procedería. No ha dicho la ley qué procedimiento habría que seguir en este caso. Nos resistimos a creer que, en aplicación del artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles, fuera necesario el trámite ordinario. Nos inclinamos por el procedimiento de necesidad y utilidad para la venta de bienes de menores (arts. 1337 y ss. del C. de P. C.), que sería aplicable por analogía..

5.—**EXTINCION DE LA PRENDA.**—No existen disposiciones en nuestro Código que de modo expreso se refieren a esta materia, salvo el artículo 993, que establece la obligación que tiene el acreedor de devolver la prenda cuando se cumple la obligación; lo cual, más que una forma de extinción de la prenda, es una consecuencia de ella.

En doctrina se reconocen las siguientes formas de extinción de la prenda, que consideramos con efectos en nuestro derecho.

a) **Extinción de la obligación principal.**—Esto es consecuencia de que la prenda es un derecho accesorio. Ya lo comentamos anteriormente y sólo nos queda reiterar que la forma ordinaria como se extingue la obligación es por el pago (cumplimiento, en términos genéricos). Sin embargo, también puede extinguirse la obligación de algún otro de los modos previstos en la ley civil: compensación, transacción, novación, etc., aún cuando en este último caso la extinción de la prenda ocurre solamente si la novación es por cambio de deudor.

b) **Confusión.**—Puede ocurrir que el acreedor prendario adquiera la propiedad de la cosa empeñada. En esta eventualidad la prenda se extingue, ya que ella debe recaer necesariamente sobre cosa ajena. Desde luego que en este caso el crédito subsistirá, aún cuando sin la garantía prendaria específica.

c) **Renuncia.**—Esta forma de extinción de la prenda admite dos formas: expresa y tácita. Esta última se produce, como ya hemos dicho anteriormente, por el solo hecho de que el acreedor devuelva la prenda a su propietario.

Queda por examinar, en lo que respecta a la extinción de la prenda, lo que ocurre en caso de que prescriba extintivamente el derecho del acreedor a hacer efectivo su crédito. El plazo de prescripción que rige en esta materia es el de la acción personal, es decir 15 años (art. 1168 inc. 2 del C. C.).

Hay tratadistas que se adhieren a la doctrina romana y sostienen que la circunstancia de que el deudor no reclame la devolución de la prenda importa de su parte el reconocimiento tácito del derecho del acreedor y, por consiguiente, el plazo de la prescripción habría sido constantemente interrumpido (13).

(13) Así, Salvat, Aubry y Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Planiol y Ripert.

Discrepamos de este parecer. Es evidente que el deudor no puede reclamar a su acreedor la devolución de la prenda mientras la obligación está vigente y el plazo de la prescripción está corriendo. Su pretensión sería improcedente; y ciertamente el derecho no puede exigir que se cumpla con un trámite de esta naturaleza a fin de que no se derive un efecto perjudicial. La prescripción extintiva extingue; es decir, hace desaparecer, pone término. Si esto ocurre con el crédito, el cual jurídicamente desaparece por virtud de la prescripción, ¿no es evidente que la prenda debe también extinguirse y que, por consiguiente, el acreedor está obligado a devolverla a su propietario?

Producida la extinción de la prenda, como una consecuencia ineludible, el acreedor queda obligado a la devolución de la prenda. A este efecto se refiere el artículo 933. Debe devolverse la cosa y además todo cuanto a ella se hubiera adherido (caso de los frutos).

En caso de que el acreedor no devuelva la cosa una vez extinguida la prenda, es obvio que el deudor debe ejercitar la acción judicial correspondiente. Gozará a este efecto, no sólo de la acción reivindicatoria, en la que necesariamente tendrá que acreditar su condición de propietario; sino también de una acción posesoria ordinaria, innominada en nuestra ley pero que en doctrina se llama "acción pignoraticia directa". En esta segunda eventualidad no será necesario entrar a la prueba de la propiedad. Bastará que el deudor demuestre que hizo entrega de la cosa a título de prenda, que ésta se ha extinguido y que el deudor no ha cumplido con devolverla.

¿Cuál es el plazo para el ejercicio de estas acciones? Antes de responder a esta pregunta es preciso establecer previamente si el acreedor puede prescribir adquisitivamente a su favor. Conforme vimos anteriormente, el acreedor prendario es un poseedor inmediato; por consiguiente, carece de "animus domini", lo cual quiere decir que no posee ad-usucapionem (arts. 894, 871 y 873). Esto ocurre, sin embargo sólo mientras es acreedor prendario. Pero si la prenda se extingue (ya sea por cumplimiento de la obligación o en la forma que fuera), su posesión no es más la de acreedor prendario, ni es tampoco inmediata. Su posesión resultaría entonces "como propietario" y se tornaría ad-usucapionem.

Como consecuencia de lo expuesto, el plazo para el ejercicio de las acciones reivindicatoria y "pignoraticia directa", antes referidas, es el mismo que el de la prescripción adquisitiva larga, que en materia de bienes muebles es de cuatro años (art. 892). Este plazo se cuenta a partir del momento en que se extinguió la prenda. A su vencimiento, el ex-acreedor prendario adquiere el dominio de la cosa.

6.—PRENDA DE CREDITOS Y ACCIONES.—Anteriormente nos hemos referido someramente a la forma que adopta el desplazamiento o entrega en el caso de derechos. El artículo aplicable es el 982. Dicha disposición se ocupa de los créditos y de los valores. Sobre esta clase de bienes incorporales pueden constituirse prenda, con la condición de que conste por escrito. Si no fuera así, no cabría entrega y por consiguiente la prenda sería ineficaz.

Cuando se trate de créditos, deberá cumplirse dos requisitos: 1) entrega del título en que consta el crédito y 2) notificación al deudor. Respecto

a lo primero, debemos entender por "título" el instrumento, ya sea privado o público. La entrega del título al acreedor o a un tercero, tiene por finalidad crear, para el deudor que ha constituido la prenda, la imposibilidad material y definitiva de disponer del crédito pignorado. Esta finalidad se cumple mejor en el caso de que el título fuera un documento privado; pero aún en el caso de instrumentos públicos, a pesar de que el deudor podría obtener un segundo testimonio notarial si quisiera hacer efectivo el crédito, ello se torna difícil con la notificación que debe hacerse al deudor del crédito. Esta es, precisamente, la finalidad de esta notificación la cual debe practicarse conforme a lo dispuesto en el art. 1457.

Cuando se trate de valores o acciones, hay que distinguir según sean los certificados nominativos o al portador. Si fueran los primeros, será preciso que el deudor constituyente de la prenda los endose en favor del acreedor pignoraticio. Es evidente que el endoso no debe ser pleno, es decir aquel que transfiere el dominio, sino limitado a la transmisión de sólo la posesión para los efectos prendarios. Si las acciones fueran al portador, bastaría la simple entrega del título.

El Código contiene tres disposiciones más relativas a la prenda de derechos. Son los artículos 997 a 999, de los cuales se desprenden las reglas siguientes:

a) El acreedor está obligado a cobrar los intereses o dividendos que el crédito o acciones devenguen. Dichos intereses no le corresponden en propiedad porque ellos son frutos y éstos pertenecen al propietario de la cosa.

b) Los intereses o dividendos que el acreedor cobrara, deben ser aplicados al pago de los intereses de la obligación principal y, si excedieran, al capital de la misma.

c) El acreedor está obligado a ejercitar las acciones necesarias para que el crédito que le ha sido pignorado no se extinga. En consecuencia, si dicho crédito resultara incobrable, ya sea porque prescribió o porque el obligado devino insolvente debido a falta de diligencia del acreedor prendario, éste resultará responsable de su importe ante el deudor. A este respecto, rigen las normas contenidas en los artículos 989, 994 y 995.

d) Si el crédito pignorado resultara exigible, el acreedor prendario, como consecuencia de la obligación que tiene de accionar, puede resultar cobrando el capital adeudado. En esta eventualidad, la prenda recae sobre este último y queda sometida a las reglas de la prenda de dinero, que veremos a continuación.

Debido a la obligación que tiene el acreedor de aplicar los intereses del crédito pignorado al pago de los intereses y capital adeudados, hay autores que pretenden asimilar esta figura de la prenda de créditos a la anticresis. Expresan que, al igual que en esta última, el acreedor recibe un bien cuyos frutos se aplican a la cancelación del crédito principal. La única diferencia radicaría en la naturaleza de los bienes afectados, muebles en el caso de la prenda, inmuebles tratándose de la anticresis.

Creemos que en verdad la prenda de créditos no constituye una anticresis mobiliaria, ya que en esta última lo esencial es que los frutos del inmueble cancelen la obligación y sus intereses, sin que, en circunstancias

normales, el deudor tenga que hacer ningún otro desembolso. Quiere esto decir que el deudor destina un bien de su propiedad a efecto de que con su explotación se haga pago el acreedor. En la prenda de créditos, en cambio, el propósito del deudor es que el crédito o las acciones pignoras sirvan solamente de garantía. Por su parte el deudor ha de satisfacer la obligación en los plazos y forma que se convenga. Ahora bien, si entre tanto la prenda produce réditos, lógico es que ellos se apliquen a amortizar la deuda, pero de un modo subsidiario.

7.—PRENDA DE DINERO.—Nuestro Código no contiene disposición alguna respecto de esta prenda. En doctrina, generalmente se le admite (14).

Se podría sostener que como los derechos reales son solamente aquellos que la ley autoriza (art. 852), no cabría constituir entre nosotros esta prenda de dinero ya que el Código no la prevee de modo expreso.

En la práctica, sin embargo, la prenda de dinero se utiliza con frecuencia. Se le llama caución, y así se la emplea para ciertos cargos públicos, especialmente cuando se manejan fondos. Igualmente, "la conocida figura del depósito de garantía en las locaciones, no es en realidad más que una prenda de dinero" (15).

8.—PRENDA TACITA.—En principio, la prenda existe solamente cuando se la crea de modo expreso. Sin embargo, como una excepción a esta regla, el Código nuestro admite la llamada "prenda tácita" en su artículo 1001. Allí se dice que la prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.

Esta figura existe desde el derecho romano, y la han recogido la mayoría de las legislaciones modernas. Sin embargo, en no todas éstas funciona igual, ya que se exigen diferentes requisitos.

Conforme al artículo 1001, materia de examen, para que exista la prenda tácita, se requiere:

1 — que la deuda haya sido contraída con posterioridad a la que está garantizada con prenda. Esto no era así en el derecho romano, conforme al cual podía ocurrir al revés, esto es que la obligación garantizada con prenda podía ser posterior, y sin embargo sus efectos alcanzaban también al crédito quirografario anterior;

2 — que la segunda deuda sea contraída "entre los mismos acreedor y deudor". Esto se justifica porque son los mismos acreedor y deudor los que tienen la intención de extender los efectos de la prenda que ya existe. En consecuencia, no hay lugar a la prenda tácita si la segunda obligación llegase a pertenecer al acreedor por haberla recibido de un tercero (por ejemplo, por subrogación o cesión); y

3 — la nueva deuda debe constar por escrito de fecha cierta. Esta

(14) Así Pothier, Troplong, Baudry-Lacantinerie.

(15) Castañeda, Jorge Eugenio, "Instituciones de Derecho Civil". Lima, 1957.

exigencia se justifica porque sólo así será posible establecer si se cumple o no con el primer requisito, esto es que la segunda obligación sea posterior a la que está garantizada con prenda.

En otras legislaciones, como por ejemplo la argentina y la chilena, se exige también que la segunda obligación resulte exigible antes que la asegurada con prenda. No encontramos justificación alguna a esta exigencia.

En cuanto a los efectos de esta "prenda tácita", nuestro Código no contiene reglas. Otras legislaciones sí se refieren a ello, y hay algunas que dicen que la prenda tácita faculta al acreedor para retener la prenda, pero no le confiere derecho de preferencia. Entendemos que esta interpretación no sería válida entre nosotros, en primer lugar porque a falta de disposición expresa son aplicables a la prenda tácita todas las disposiciones del título, entre ellas las referentes a la preferencia; y, en segundo término, porque la exigencia del escrito de fecha cierta tiene precisamente la finalidad de determinar la data de la obligación (y de la prenda también porque ella es automática) para los efectos de la prelación.

S U M A R I O

LAS GARANTIAS

LA PRENDA CIVIL

1.—Noción

2.—Caracteres:

- a) Derecho accesorio,
- b) Derecho mobiliario,
- c) Derecho indivisible,
- d) Especialidad de la prenda.

3.—Requisitos:

- a) Entrega o desplazamiento de la prenda,
- b) La prenda debe asegurar el cumplimiento de una obligación,
- c) La prenda debe ser constituida por el propietario de la cosa,
- d) Debe constar por escrito de fecha cierta.

4.—Efectos de la prenda:

a) Derechos del acreedor:

- 1) Derecho a retener la prenda,
- 2) Derecho a hacer vender la prenda,
- 3) Derecho de preferencia.

- b) Obligaciones del acreedor:
 - 1) Conservación de la prenda,
 - 2) Responsabilidad por la pérdida o el deterioro de la prenda.

- c) Obligaciones del deudor:
 - 1) Pago de los gastos de conservación,
 - 2) Sustitución de la prenda.

5.—Extinción de la prenda:

- a) Extinción de la obligación principal,
- b) Confusión,
- c) Renuncia.

6.—Prenda de créditos y acciones.

7.—Prenda de dinero.

8.—Prenda tácita.

La Responsabilidad Penal del Médico

Por el Dr. JULIO ALTMANN SMYTHE(*)

EL EJERCICIO PROFESIONAL

El ejercicio de las profesiones se halla limitado. Legalmente sólo pueden ejercerlas aquellas personas que ostentan el correspondiente título habilitante y se encuentren premunidas de la respectiva autorización para practicarlas. De esta manera la Sociedad defiende a sus miembros de la deshonestidad y de la ineptitud de quienes pretendan practicarlas valiéndose de la ignorancia y de las necesidades del prójimo, con fines lucrativos.

En verdad, el ejercicio de una profesión es tarea delicada, compleja y vasta. Consiguientemente, para practicarla se requiere de una amplia y profunda formación técnica y ética. Nunca será suficiente la insistencia que se haga para que nuestros centros de estudios universitarios extremen las medidas para que se consiga la formación de profesionales aptos, concientes y morales.

Conviene poner especial énfasis en la necesidad de que el profesional actúe siempre de acuerdo con elevadas normas éticas. No es bastante, pues, la correcta formación técnica. Como lo ha señalado el recordado Maestro cubano José Agustín Martínez: "La expedición del título académico no es solamente una demostración de la capacidad del diplomado, sino un depósito de la pública confianza, por cuanto se espera que el profesional titulado ha de ejercer una profesión de conformidad con las leyes y de acuerdo con los cánones de la ética profesional". Podríase agregar que la pública confianza puede ser otorgada únicamente a quienes la merezcan. Si alguien es indigno de ella, carece del mérito necesario para ejercer una profesión y, por tanto, su práctica le debe ser suspendida.

Para las personas que reúnan los requisitos que la Ley exige, el ejercicio profesional constituye un derecho. Sin embargo, este derecho lleva invólucro una serie de obligaciones y de responsabilidades por cuanto la práctica de una profesión invariablemente ha de sujetarse a determinadas reglas de capacidad, de consagración y de moralidad. Si en un profesional faltan estos indispensables requisitos, éste carece de los rasgos que le deben ser peculiares.

(*) Abogado, antiguo Director de Establecimientos Penales en el Ministerio de Justicia, y alto funcionario de las Naciones Unidas.

Desde el punto de vista legal, todos los profesionales han de responder de las faltas que cometan en la práctica de su profesión. Pero los médicos-cirujanos, en particular, son los que mayores responsabilidades tienen al practicar la ciencia de curar, ya que de su correcto ejercicio dependen los bienes más preciados del ser humano: la salud y la vida.

Es sabido que el médico-cirujano goza de atributos, que no se extienden a otros profesionales. Está autorizado, por ejemplo, a emplear métodos que pueden causar heridas o mutilaciones a los pacientes, si se producen con fines curativos. Sólo se exige la expresa autorización del paciente o de su representante legal. Algunas legislaciones permiten la intervención quirúrgica en casos de extrema urgencia, sin la indicada autorización. Este eximente se aplica a todo género de tratamientos médico-quirúrgicos, ya sea que se actúe sobre el cuerpo físico o sobre la psiquis del paciente.

El ejercicio de la medicina, pues, exige mayormente no sólo una excelente formación técnica y ética, sino, además, de un gran espíritu de dedicación y de un acertado criterio, por cuanto el título de médico-cirujano ha de significar siempre una plena garantía de que el paciente será sometido a un correcto tratamiento, de acuerdo a los últimos conocimientos alcanzados en el incesante perfeccionamiento del arte de curar.

EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

La Ciencia Médica ha debido recorrer un largo camino antes de llegar a convertirse en lo que es. El arte de curar en sus comienzos no fué sino una práctica de conocimientos empíricos, mezcla de supersticiones, hechicerías, sugerencias, aplicación de sustancias a las que la experiencia había dado propiedades medicinales, etc., etc. Aún en tiempos menos remotos la medicina acusaba conceptos rutinarios e inverosímiles. Valen recordar algunas máximas de la medicina clásica: "similia similibus curantur", usada por los homeópatas, y la empleada por sus opositores, "contraria contrariis curantur". En verdad, la Ciencia Médica propiamente dicha tiene una existencia relativamente corta y, puede decirse, aún se halla en los primeros peldaños de su evolución.

Actualmente, la práctica de la medicina abarca un campo amplísimo. Sin embargo, la principal labor del facultativo consiste en tratar médico-quirúrgicamente al ser humano, esto es, prevenir enfermedades, curar enfermos, salvar vidas y, en muchos casos, hermosearlo físicamente. Justamente, este tratamiento presupone condiciones especiales en el profesional, si se desea éxito.

El exacto significado del tratamiento médico-quirúrgico es bastante lato. No debe extrañar, entonces, que abunden las definiciones de lo que es este tratamiento. Siguiendo a Grispigni, a Jiménez de Asúa y a otros notables tratadistas, podría decirse que el tratamiento médico-quirúrgico consiste en toda intervención en el organismo humano ajeno, ceñida a las reglas indicadas por la Ciencia, con fines de asegurar la salud física o psíquica de una persona, o para mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados. Por tanto, tiende a conservar o devolver la salud física

o psíquica, a salvar vidas humanas o a perfeccionar el aspecto de las personas.

Los errores que cometa el facultativo en el cumplimiento de estas delicadas tareas suelen producir daños invalorable en los seres humanos que las sufran, dada la trascendencia que tienen. Si el tratamiento es aplicado por personas que carezcan de los conocimientos y la habilidad necesarios es casi fatal que los daños se han de producir con peligrosa frecuencia.

Aunque actualmente la medicina ha dejado mucho de su primitivo empirismo y se ha hecho más Ciencia, en el alma popular superviven muchos antiguos conceptos, toda vez que los nuevos conocimientos no han podido todavía eliminar totalmente de la mente del pueblo opiniones sumamente arraigadas, las que, al perdurar, son utilizadas lucrativamente por sujetos faltos de honestidad. Es natural que la Ley defienda la salud y la vida de las personas prohibiendo el "curanderismo", en sus diversas manifestaciones. La represión del "curanderismo" tiene un interés social, por cuanto es indiscutible que la Sociedad está en el deber irrefragable de velar por la salud y por la vida de sus componentes. Es lógico, entonces, que la Ley determine normas que hagan imposible que el tratamiento médico-quirúrgico sea aplicado por personas incapaces y deshonestas, especialmente por individuos no diplomados.

Aunque es poco frecuente, no faltan médicos que actúen deshonestamente frente a sus pacientes, engañándolos, al hacerles creer que mediante la aplicación de determinados métodos, sólo por ellos conocidos, obtendrán la curación de sus males con absoluta seguridad. La Ley debe reprimir, igualmente, a estos malos profesionales.

Estas infracciones se hallan reprimidas por el artículo 280 del Código Penal, el que a la letra dice: "El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediéndose los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito, será reprimido con prisión no mayor de un año y multa de tres a noventa días, o con una sola de estas penas".

Tratándose de la defensa de los más preciados bienes del hombre, la sanción no está de acuerdo con la gravedad de las infracciones cometidas. Debiera extremarse la sanción cuando un facultativo, escudado por su título, actúa con falsedad, engañando a los enfermos que fían en él. Tal opinión es unánime entre los mejores penalistas.

En nuestro país el ejercicio ilegal de la medicina constituye una lacra de difícil erradicación. Abundan los "curanderos", esto es, personas que practican el arte de curar sin título habilitante y sin la correspondiente autorización. Sus consultorios funcionan públicamente, por lo general con la complacencia o con la complicidad de muchas autoridades llamadas, justamente, a hacer cumplir la Ley. Las disposiciones del Art. 280 del Código punitivo, no operan pues frecuentemente en la práctica. Es del todo necesario reaccionar frente a tan peligrosa realidad, haciéndose cumplir este precepto legal en forma irrefragable.

LA "FALTA MEDICA"

El médico-cirujano ha de responder por las faltas que cometa en la práctica de su profesión, esto es, por las "faltas médicas". Naturalmente, las que carezcan del carácter de "falta médica" propiamente dicha caen dentro del marco legal ordinario, ya sea civil o penal. El presente trabajo no se ha de ocupar de las últimas, sino circunstancialmente. Sólo ha de referirse a las denominadas "faltas médicas" propiamente dichas.

No siempre es sencillo determinar cuándo se ha cometido una "falta médica", por cuanto un error podría explicarse de muchas maneras, en especial en el campo de la medicina. En estos casos, fatalmente, la responsabilidad del actor será simplemente moral. Su sanción se produce solamente en la conciencia del propio facultativo o, en determinadas ocasiones, cuando el error trasciende, se produce el juicio moral de la conciencia pública, la que así sanciona al médico.

Cuando la "falta médica" cae dentro del ámbito de la responsabilidad legal, la sanción es determinada por los tribunales judiciales, los que siempre tienen en cuenta la índole dolosa o culposa del acto médico. En estos casos, la responsabilidad legal del médico puede ser de carácter civil o penal. Si se trata de una responsabilidad puramente civil, el facultativo está obligado a reparar la falta, indemnizando a la víctima. Si la responsabilidad es penal, toca a la Sociedad sancionar la "falta médica" mediante la aplicación de la pena que corresponda, conforme a las disposiciones del Código Penal, y, a la vez, el establecimiento de la reparación civil en favor de la persona que ha sufrido el daño o de sus herederos. Como lo ha indicado acertadamente el Maestro mexicano José Torres Torija, la responsabilidad penal del médico es la obligación que tiene de reparar faltas cometidas en el ejercicio profesional, indemnizando a la persona dañada, y sufriendo una pena.

El presente trabajo ha de estudiar únicamente la responsabilidad penal del médico, por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión. Pero, como se acaba de indicar, no puede hacerse una separación tajante entre la responsabilidad penal y la civil, ya que toda persona responsable penalmente lo es también civilmente, toda vez que es de su obligación reparar los daños causados por el delito. Es sabido que la reparación civil se ha convertido en acción pública en el vigente Código punitivo, constituyendo esta institución una forma de protección que debe el Estado a la víctima del delito, por lo que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil se hallan íntimamente ligadas.

Conviene aclarar, igualmente, que este estudio carece de la pretensión de profundizar mayormente este tema tan interesante, por cuanto forzosamente habrá que considerar la tiranía del tiempo y del espacio. Sólo examinará el tema en sus lineamientos generales, interesándose en divulgar algunos básicos conceptos acerca de la responsabilidad penal del médico-cirujano, nacida de una "falta médica". Pero, eso sí, tratará de ser claro y preciso, cualidades imprescindibles en un trabajo de esta índole.

Hoy nadie duda de que el médico-cirujano tiene la responsabilidad jurídica de los errores que cometa en el ejercicio profesional. Estos errores

constituyen "faltas médicas". Pero ¿cómo se podría definir lo que es "falta médica"?

Los libros de consulta están llenos de definiciones de lo que es "falta médica", todas ellas muy similares. Por tal motivo bastará dar a conocer la de Oesterlen: "La "falta médica" es el error contra las reglas conocidas por la ciencia que se profesa y la causa lógica del efecto nocivo". No hay duda de que se trata de una excelente definición, bastante precisa.

Sin embargo, conocida la definición surgen nuevas interrogaciones, como éstas: ¿Puede saberse, con exactitud, si las reglas generales reconocidas por la ciencia han sido o no aplicadas? Y ¿cómo determinar si el acto médico fué o no la causa lógica del efecto nocivo? No cabe duda de que es sumamente difícil el determinar fielmente cuándo se ha producido una "falta médica", para hacer posible la responsabilidad del médico-cirujano. Y, por otro lado, no siempre es fácil resolver si el resultado nocivo es o no producto de una "falta médica", para los efectos de la aplicación de la ley punitiva.

Las dificultades se acrecientan al recordar que uno de los más fundamentales principios del Derecho Penal liberal es el que señala que la inocencia siempre se presume y que la inculpación requiere prueba. ¿Cómo probar, entonces, la "falta médica"? ¿Cómo determinar con certeza si se trata o no de un caso fortuito, siempre alegado por el facultativo?

Un autor indica que "a un médico en el desempeño de su labor no se le puede exigir y obligar a tener una habilidad extraordinaria. Solamente podemos pedirle cierto grado de habilidad normal". Estos conceptos han de tenerse presente cuando se desee determinar si un acto médico constituye o no una "falta médica", si se procede con amplio espíritu de justicia. Pero, no cabe duda, que este pensamiento se halla incompleto. Deberá agregarse que al médico-cirujano no puede permitírsele ignorancias o descuidos en el ejercicio profesional, que estos hechos demostrarían una habilidad sub-normal. En estos casos la responsabilidad penal del facultativo sería incuestionable, por cuanto existiría "falta médica". Claras imprevisiones, descuido en el conocimiento de los adelantos de la ciencia médica, falta de destreza, etc., etc. son hechos reveladores de impericia y, naturalmente, constituyen "faltas médicas", por las que el diplomado deberá responder penalmente. Sin embargo ¿es fácil probar las imprevisiones, el descuido en el conocimiento de los adelantos de la ciencia médica, la falta de destreza, etc.? ¿Bastará la información de peritos, todos ellos colegas del médico que presumiblemente ha cometido "falta médica"?

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO

La responsabilidad penal de las personas que viven de la aplicación de métodos curativos existe desde remotas épocas, puesto que ya se hacía efectiva en el antiguo Egipto, en Grecia, en Roma, entre los pueblos bárbaros, etc. Pero el concepto que se ha tenido de esta responsabilidad ha ido variando en el transcurso de los siglos, debido a muy diversas influencias: oscurantismo, prejuicios, sentimientos religiosos, voluntad arbitraria de je-

fes y monarcas, culturización de las masas, divulgación de los conocimientos científicos, comercialización de la profesión médica, etc., etc. Por tanto, hoy se tiene un concepto bastante diferente al que predominaba antiguamente.

Por otro lado, el concepto que se ha tenido de lo que es "falta médica" ha ido igualmente cambiando en forma paralela al perfeccionamiento de los sistemas de curación. A medida que la medicina fué dejando su empirismo, para hacerse más Ciencia, han nacido nuevas figuras de estimación, aunque siempre más razonables. Puede afirmarse que en la actualidad predomina una concepción más justa de la responsabilidad penal del médico-cirujano, sin que esto quiera decir que ésta haya disminuído.

Al perder el médico mucho de su prestigio taumatúrgico y su aureola de sacrificio y de honestidad indiscutida, la conciencia colectiva se ha mostrado más y más exigente para hacer efectiva la responsabilidad penal del profesional por faltas cometidas en el ejercicio de la medicina. Con el fortalecimiento de su sentido crítico, las mayorías han aprendido a defender su salud y sus vidas en forma más efectiva, dentro de la ley.

Empero, no siempre es posible esta defensa. Sólo a manera de ejemplo se citará un caso patético: un médico llamado a operar un apéndice enfermo, intervino quirúrgicamente en el riñón, alegando que existía necesidad de actuar de inmediato y que era conveniente aprovechar de la operación primeramente señalada. El paciente y su familia se dieron por satisfechos con la explicación del médico-cirujano, debiendo cancelar una subida factura presentada por el médico.

En defensa del enfermo, en algunos países es obligatorio que medie el consentimiento del paciente o de las personas con derecho a prestarlo, cuando el operado esté incapacitado física o legalmente a darlo. En los Estados Unidos de Norte América, por ejemplo, muchos Estados poseen legislaciones que hacen responder civil y penalmente al médico-cirujano que no ajuste sus actos médicos a esta norma. No es raro que se exijan judicialmente fuertes indemnizaciones a los facultativos que violan la regla indicada. No faltan casos de pacientes o familiares de éste que aprovechan de la buena fe de un diplomado con fines de lucro, por lo que los facultativos y las instituciones hospitalarias, públicas y privadas, se han visto obligados a prevenirse de toda suerte de reclamaciones, empleándose una máxima cautela.

Como es racional, los nuevos conceptos que actualmente existen acerca de la responsabilidad penal del médico-cirujano han repercutido en el Derecho. Las legislaciones de los países civilizados no han hecho sino reflejar estos nuevos conceptos predominantes. En nuestro país, el Código Penal sigue la indicada tónica, sancionando las faltas cometidas por un facultativo en el ejercicio de su profesión, esto es, penando las "faltas médicas".

DELITOS QUE NO SE TIPIFICAN COMO "FALTAS MEDICAS"

Nuestro Código punitivo tipifica una serie de infracciones cometidas por el médico-cirujano en el ejercicio profesional, considerándolas especí-

ficamente como "faltas médicas". El Código Penal, pues, conceptúa estos actos infraccionales de manera particular.

Aparentemente, suelen determinarse fácilmente estos actos médicos que constituyen infracciones especialmente tipificadas como "faltas médicas". Pero no siempre sucede así, especialmente cuando a un crimen ordinario se le disfraza como si fuera "falta médica". La obligación penal nacida de este acto delictuoso rebasa a la que provoca un acto médico erróneamente cumplido. Naturalmente, su sanción habrá de ser distinta. Para comprenderse mejor lo dicho, será útil recordar un ejemplo dado por el Profesor Luis Jiménez de Asúa.

En 1947, el Maestro español Jiménez de Asúa dictó un cursillo de Seminario de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, cuyas enseñanzas aún perduran. Entre los numerosos casos propuestos en este cursillo, figuró el siguiente: El Dr. Pérez, médico de un pequeño pueblo, recibe en consulta al Sr. Rodríguez, antiguo compañero de la infancia con quien tuvo serias reyertas que al facultativo le dejaron muy profundo rencor. Al ver nuevamente al antiguo enemigo renacen sus odios y al comprobar, por reconocimiento médico, que su ex-condiscípulo necesita una seria intervención quirúrgica de urgencia, concibe la idea de darle muerte en la operación, puesto que de tal modo nadie tendrá sospecha de la causa del fallecimiento. Poco después comienza la intervención quirúrgica, que se ve obligado a verificar solo, con una simple enfermera, pues en el lugar no existe otro facultativo. Pone a contribución todas las reglas del arte, pero después de seccionar una arteria, cuyo corte, en efecto, era indispensable, en vez de ligarla, deja que el paciente se desangre. Así muere el Sr. Rodríguez en el curso de la operación.

Expuesto el caso, preguntaba Jiménez de Asúa: ¿Se trata de una "falta médica"? ¿Habrá que aplicar o no el precepto legal que tipifica una "falta médica"? ¿La muerte del paciente se ha debido a negligencia del médico-cirujano o se trata de un homicidio cometido con perfidia? ¿Existe fortuitud en el acto médico? ¿Existe o no responsabilidad penal para el médico-cirujano que realizó la intervención? ¿Será de aplicación el artículo 152 del Código Penal, que tipifica el homicidio cometido con perfidia, o el 156, que tipifica el delito resultante de una "falta médica"?

El Código punitivo peruano tipifica los delitos resultantes de "falta médica" y determina una sanción específicamente diferente para ellos. Pero en el caso propuesto, el Dr. Pérez se aprovechó de un acto médico para asesinar a su antiguo enemigo, por lo que no puede clasificarse el delito cometido como "falta médica". Se trata de un delito absolutamente ajeno al ejercicio profesional, no obstante que se haya aparentado fortuitud o negligencia. Se ha cometido un homicidio cuyo móvil fué la venganza. Por tanto, no es de aplicación el artículo 156 del Código Penal, sino el 152.

EL CASO FORTUITO

Los estudiantes de Derecho Penal aprenden, desde las primeras lecciones, de que no existen sino dos especies de culpabilidad: el dolo y la

culpa. Consiguientemente, el médico-cirujano no será responsable penalmente por sus actos profesionales si el acontecimiento dañoso que ha resultado de su acción u omisión no fué querido, ni previsto y se tomaron todas las necesarias precauciones para que no se produjeran los efectos perjudiciales para el paciente. El médico ha cumplido un deber profesional, sin que pudiera exigírsele otra conducta, ya que actuó correctamente. Se trata, incuestionablemente, de un caso absolutamente fortuito y no es posible, entonces, responsabilizar penalmente al facultativo, toda vez que el daño se produjo no obstante las precauciones que previamente se tomaron. No habiéndose hecho presente el dolo o la culpa en el acto médico, mal puede responsabilizarse al médico-cirujano penalmente por los resultados dañosos de su intervención.

Está exento de pena "el que practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión", establece el inciso 4 del artículo 85 del Código Penal. Aunque los resultados del acto médico hayan sido dañosos para el paciente, no existe responsabilidad penal, ya que se efectuó en el cumplimiento de los deberes propios del médico-cirujano, sin intervenir dolo o culpa de parte del facultativo.

Cuando el acto es médico, debe considerarse la manera en que éste se ha efectuado, en especial. Los resultados nocivos de la acción o de la omisión importan menos. Si se ha ejecutado con la prudencia y la prolijidad debidas no puede existir "falta médica". Como las consecuencias del acto fueron imprevisibles, mal puede existir responsabilidad penal para el médico-cirujano: se ha producido un caso absolutamente fortuito.

El facultativo practicó un acto propio de su profesión, tomando todas las precauciones a fin de evitar cualquier efecto dañoso, ciñéndose a las reglas indicadas por la ciencia de curar, ejecutándolo con la mayor diligencia, pero, no obstante esto, el accidente se produjo. No puede ser imputado el daño a dolo o culpa del médico. Entonces, existió un caso fortuito y, por tanto, el profesional se halla exento de responsabilidad criminal.

El médico que causa un daño por puro accidente en ocasión de ejecutar un acto profesional, no comete delito, por cuanto están ausentes el dolo y la culpa. Mal puede, por tanto, responsabilizarse penalmente al facultativo, ya que se ha producido un caso fortuito.

"FALTAS MEDICAS" DELICTUOSAS

Las "faltas médicas" delictuosas se hallan tipificadas por los artículos 156, 162, 168, 363 y 367 del Código Penal. A continuación, se hará un breve comentario de cada una de estas "faltas médicas" por las que son responsables penalmente los médicos-cirujanos.

Homicidio por negligencia (Art 156 del C P).—"El que por negligencia, causare la muerte de una persona, será reprimido con prisión no mayor de dos años". "La pena será prisión no menor de un mes ni mayor de cinco años, si, por negligencia, el delincuente hubiere infringido un deber de su función, de su profesión o de su industria".

El médico-cirujano puede causar la muerte de uno de sus pacientes.

en el ejercicio de su profesión por negligencia. Ausente el factor de la intencionalidad, se habría cometido un delito culposo.

Es punible por cuanto taxativamente lo establece así la ley, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 82 del Código punitivo: "El agente de infracción no intencional es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño o el peligro es ocasionado por negligencia". "Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

Los precedentes legislativos de este artículo se encuentran en los códigos penales de Argentina, Francia, Bélgica, Brasil, etc. Se halla inspirado en el artículo 84 del Código Penal argentino, que reprime con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial en su caso, por cinco a diez años, al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos ó de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte. Es incuestionable que la disposición del Código Penal argentino es más completa.

Es sabido de que la culpa siempre se la concibe por tres de sus principales elementos: la imprudencia, la negligencia y la impericia. La imprudencia supone emprender actos inusitados, fuera de lo común, y que, por ello, pueden causar efectos dañosos. La negligencia consiste en no tomar las debidas precauciones al cumplirse con actos, ya sean ordinarios o excepcionales. Y la impericia consiste en ejecutar alguna actividad profesional no conocida correctamente por el agente, esto es, cuando existe falta de conocimientos y de aptitud para la realización de determinados actos. Como es de verse, estos elementos no pueden confundirse, toda vez que sus características son diferentes. El Código Penal peruano parece que los engloba a todos al decir —específicamente tratándose de una "falta médica"— "si, por negligencia, el delincuente hubiera infringido un deber de su profesión".

Es correcta la posición del Código peruano, toda vez que los más notables penalistas basan la culpa en la "conducta contraria al deber". Como indica Jiménez de Asúa: "Siempre, al ejercer una profesión, oficio o función cualquiera, existe un deber exigible". Justamente, cuando no se actúa de acuerdo con este deber exigible, hay delito culposo.

El elemento esencial de la culpa es la falta de previsibilidad, es decir, si el agente no ha cumplido con su deber de prever lo previsible. Por ejemplo: un médico-cirujano opera a un paciente empleando un método no visísimo, aún no experimentado por el propio facultativo, por lo que se halla expuesto a causar efectos dañosos sobre el enfermo. Ha actuado el cirujano con manifiesta imprudencia, faltando, por tanto, a un deber profesional, al no prever lo que era previsible. Si el paciente muere, se ha cometido el delito tipificado por el artículo 156 del Código Penal, ya que comportan responsabilidad penal, aunque atenuada, las acciones u omisiones derivadas de la imprudencia, negligencia, impericia o violación de los reglamentos o deberes de cargo.

La infracción de un deber profesional debiera traer aparejada igualmente la sanción específica de la suspensión del derecho de ejercer la medicina por tiempo más o menos largo, impuesta como sanción accesoria de la que la ley represiva trae como principal, toda vez que el facultativo que ha incumplido un deber exigible no merece continuar ejerciendo su profesión, cuya práctica debe serle suspendida. Incuestionablemente, la disposición peruana debió considerar esta inhabilitación especial.

Aborto (Art. 162 del C. P.).—“Los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos y cualesquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias, que abusaren de su arte para causar el aborto, sufrirán la pena de los artículos anteriores (159, 160 y 161) e inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años”.

No faltan autores que sostienen que el aborto debe quedar enteramente en el ámbito individual, ya que, estiman, no interesa a la comunidad. Este concepto hace tiempo que ha sido ampliamente superado. Por ejemplo, la misma Rusia Soviética ha prohibido y castigado las prácticas abortivas desde hace muchos años atrás. Sólo acepta que se le ejercite en los casos en que la continuación del embarazo represente un peligro para la vida o salud de la mujer encinta y, en tales supuestos, únicamente podrá practicarse en los hospitales y maternidades, penándose a los culpables, aunque intervenga un médico, si se verifica en otros lugares. Solamente acepta, pues, el aborto terapéutico.

El Código Penal peruano sigue la misma tendencia del código soviético, aunque en forma menos estricta. El artículo 162 del Código peruano se refiere a “abuso profesional”, el que significa que se emplea el título de médico-cirujano para cometer, a su amparo, el delito de aborto. Si el profesional, prevaliéndose de su título, lo aprovecha para cometer este delito, su responsabilidad social y penal no puede ser discutida.

En la actualidad, todos los pueblos civilizados penan el delito de aborto, salvo casos muy particulares. Dede estimarse que existe aborto cuando el producto de la concepción —sea en estado de embrión o de feto— es expulsado antes de que el útero lo haga naturalmente. Como es lógico, no se sanciona el aborto que se produce por causas no deseadas, tales como por anormalidad patológica o por accidente, ya que se trata de un aborto espontáneo, impropriamente llamado fisiológico por algunos autores.

Nuestra legislación penal no acepta el aborto eugenésico, ni el aborto debido a causas sociales, que es aquél en que la mujer embarazada ha sufrido violencia carnal que la dejó en cinta o casos similares conocidos bajo el denominativo de “legítimo”, etc., etc. Solamente admite el terapéutico, mejor denominado necesario. El artículo 163 del Código Penal peruano determina que “no es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer en cinta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Podría aplicarse a lo que nuestra legislación penal entiende por aborto criminal la definición dada por José Agustín Martínez, clara y sencilla: “Aborto criminal es la interrupción intencional del proceso normal

reproductivo de la especie, causada o provocada por la expulsión o destrucción de la concepción, practicada con infracción de las leyes penales”.

Puede acontecer que sobrevenga la muerte de la grávida, lo que constituye un riesgo siempre presente, al igual que hemorragias, infecciones, etc. El autor tiene la plena responsabilidad de este evento, por cuanto no sólo era posible, sino probable. Suponiéndose que el médico no tuvo la intención de causar la muerte de la mujer en cinta, ¿qué delito se ha cometido?. Si se tratara de un aborto terapéutico, habría homicidio culposo, por haberse hecho presente la negligencia del facultativo. Pero si se trata de alguna otra de las formas de aborto (eugenésico, legítimo, etc., etc.) el delito deberá considerarse como un homicidio ordinario. Además, sería del todo necesario determinarse si se emplearon los medios consentidos por la grávida u otros distintos.

Sin embargo, muchos autores sostienen que en estos casos aparece la figura jurídica del delito preterintencional, por cuanto se ha originado un mal mayor al esperado. Se ha producido un dolo más allá de la intención del agente. Otras penalidades juzgan —como lo piensa José Agustín Martínez— que “no puede hablarse de preterintencionalidad en este evento de la muerte consiguiente de la grávida por la estrecha concatenación del evento con el acto doloso del procurado aborto. Ni el consentimiento ni aún la instancia de la grávida pueden servir de excusa ni atenuación alguna al agente”.

El abuso profesional conlleva la sanción específica de la suspensión del derecho a ejercer la profesión de médico-cirujano por el tiempo que señala el artículo 162 del Código Penal, lo que es justo. En los casos de múltiple reincidencia o de habitualidad debiera imponerse la cancelación definitiva del título académico, lo que no acepta nuestra legislación penal, equivocadamente.

Lesión corporal, por negligencia (Art. 168 del C. P.).—“El que por negligencia causare una lesión corporal, será, por querrela de parte, reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días”. “El juzgamiento será de oficio y la pena de prisión no mayor de tres años, si la lesión fuere grave, o si, por negligencia, el delincuente hubiere infringido un deber impuesto por su función, su profesión o su industria”. “El juez podrá acumular la multa con la prisión”.

Al comentar esta “falta médica” delictuosa no habrá sino que repetir lo que ya se ha dicho con relación a lo que dispone el artículo 156 del Código Penal, ahora referida a una lesión corporal.

Violación del secreto profesional (Art. 363 del C. P.).—“El que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de secretos cuya publicación pudieren causar daño, los revelare sin consentimiento del interesado o sin que la revelación fuere necesaria para salvaguardar un interés superior, será reprimido, por acción del perjudicado, con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por no más de tres años”. “Están especialmente comprendidos en esta disposición los eclesiásticos, abogados, apoderados, notarios, médicos, farmacéuticos, los auxiliares de estas personas y las parteras”. “También están especialmen-

te comprendidos los estudiantes de medicina que conocieran algún secreto con ocasión de sus estudios”.

Es un principio universalmente aceptado el del secreto profesional, toda vez que su violación podría ocasionar serios perjuicios al propio cliente, a sus familiares o a terceros. Su violación naturalmente es sancionada. Naturalmente, no habrá revelación punible cuando se dan a conocer estos secretos para cumplir un deber moral o jurídico, de valor o finalidad notoriamente superiores al mantenimiento del secreto o de los secretos o para cumplir con un mandato, ruego o encargo contenido en el que fué confiado y se revelare exclusivamente a las personas que correspondiere.

De todos los profesionales, los que se encuentran en mejores condiciones de conocer los secretos más íntimos de sus clientes son los médicos-cirujanos, no solamente de aquellos que se refieren a las enfermedades que aquejan al cliente, sino que, además, de otros muchos de extremada delicadeza y que al cliente conviene permanezcan en estricto secreto. No debe extrañar, por tanto, que nuestra legislación penal sancione la violación de secretos conocidos por el médico en el ejercicio profesional, si son divulgados sin el consentimiento del interesado o que lo sean sin que existan motivos especiales para darlos a conocer a personas determinadas.

Es deber del médico, pues, guardar el secreto que se le confía en el ejercicio profesional o que lo conoce al ejercerla. Podrá revelarlo únicamente con el consentimiento del interesado o cuando así lo exige un deber jurídico. Pero hay casos en que el médico está obligado a revelar o a denunciar ciertos hechos, aunque no sea éste el deseo del cliente, como en los casos de enfermedades contagiosas que pongan en peligro la salud pública, indicios de muerte violenta, etc. En estos casos existe un interés superior que debe predominar: el interés público, siempre más importante que el interés personal o de grupo. Es, sin duda, el más valioso que existe. Este es el motivo que obliga al médico a denunciar determinados hechos, conocidos justamente en el ejercicio de su profesión.

La violación del secreto profesional no solamente es sancionada con prisión o multa, sino que igualmente con la pena de inhabilitación, toda vez que quien viola un secreto profesional no es digno de ejercer su ministerio. De acuerdo a ley, el médico que no sabe guardar un secreto profesional es suspendido en el ejercicio del arte de curar.

Expedición de un certificado falso (Art. 367 del C. P.).— “El médico que maliciosamente expidiere un certificado falso concerniente a la existencia o no existencia, presente o pasada, de enfermedades físicas, será reprimido con prisión no mayor de un año y multa de la renta de tres a noventa días, sin perjuicio de la inhabilitación por otro tanto de la condena, conforme al inciso sexto del artículo 27”. “Si se hubiese dado la falsa certificación con el objeto de que se admita o se detenga a alguien en un hospital de dementes, la pena de prisión podrá ser hasta cinco años, sin perjuicio de una multa de la renta de treinta a noventa días y de la misma inhabilitación”. “Se impondrá, en su caso, las mismas penas al que intencionalmente hiciere uso de una certificación falsa, como si el contenido fuera exacto”.

¿Qué se entiende por “certificado médico”? Es el documento que ex-

tiende un diplomado en medicina, después de examinar psicofísicamente a una persona y, en su caso, estudiar los análisis que fueren necesarios, dando a conocer la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad física o psíquica sufrida por el sujeto al que se refiere el certificado, expedido a solicitud de éste, de sus familiares, de los jueces o de otras autoridades competentes.

La expedición de estos certificados se hacen necesarios en múltiples casos: determinando que una persona sufre de una enfermedad venérea o la ha sufrido y que, por tanto, puede haber causado una infección en el comercio sexual a otra persona; señalando la necesidad de que un enfermo sea internado o no en un hospital o establecimiento sanitario; justificando la inasistencia a una audiencia judicial por causa de enfermedad; etc.; etc.

La responsabilidad penal del médico que extiende un certificado en que maliciosamente se adultere la verdad es obvia, por cuanto no solamente se afianza algo inexacto, sino que mediante esta falsedad puede causarse serios perjuicios a la persona a quien el certificado médico se refiere o a terceras personas. Es incuestionable, pues, que comete una grave infracción el médico que certifica falsamente la existencia o la inexistencia, presente o pasada, de una enfermedad, a sabiendas de la inexactitud de su dicho. El artículo 367 del Código Penal tipifica este delito.

Al expedir un certificado falso, el médico se hace indigno de la confianza que se ha depositado en él. Es justo, entonces, que esta infracción traiga aparejada igualmente la sanción accesoria de la suspensión del ejercicio profesional.

LAGUNAS DEL CODIGO PENAL

Se ha visto que el Código punitivo peruano tipifica algunos de los delitos que resultan de "faltas médicas". Es incuestionable, sin embargo, que en este cuerpo de leyes han sido omitidas muchas faltas médicas que debieran ser sancionadas penalmente.

El rigor extremo de un Código Penal constituye un serio inconveniente para lograr una justicia humanizada. Tampoco deben tipificarse como delitos muchos actos que la conciencia pública está lejos de considerarlos como infracciones, especialmente cuando se traten de actos médicos, dada la naturaleza particular que tiene toda "falta médica". Además, debe destacarse que es prácticamente imposible abarcar todos los casos de faltas médicas sancionables, justamente debido a las características sui-géneris de toda "falta médica". Esta es la razón de que a continuación sólo se enumerarán algunas de estas omisiones del Código Penal vigente.

Negar o rehuir la prestación de servicios profesionales.—El Código Penal de 1863, anterior al vigente, contaba con un artículo —el 165— que penaba a los médicos o cirujanos que, sin justa causa, rehusasen, en circunstancias urgentes, prestar servicios de su profesión o concurrieran fuera de tiempo o abandonasen a un paciente sin motivo grave. Este delito no ha sido considerado por el vigente, cometiéndose una seria omisión.

No es infrecuente que un médico-cirujano rehuse el prestar sus

servicios profesionales a un enfermo, aún en circunstancias de suma urgencia, o que concurran con gran atraso a la casa del paciente o al nosocomio en donde éste se halla internado. Naturalmente, estos malos facultativos se valen de múltiples razones para explicar su actitud, peligrosa para la salud y la vida del enfermo. Se alega que se está ausente en el momento en que se le llama o que alguna dolencia le impide concurrir al lado del paciente. Estas son las explicaciones más corrientes, sin que falten otras muchas y diversas, distintas según la ocasión. Demuestran, así, una ausencia absoluta de ética profesional y olvidan el brillante pensamiento de Kufeland: "Cuando tu enfermo esté en peligro, arriesga todo para salvarlo, aún tu reputación".

En los últimos tiempos se han producido algunos casos que se podrían calificar como monstruosos. Por ejemplo, algunos médicos han negado rotundamente su concurso ante solicitudes desesperadas de los familiares de enfermos graves, solamente porque éstos se hallaban internados en nosocomios atendidos por otros colegas afiliados a otras asociaciones gremiales, exigiéndose autorización escrita de las autoridades de la institución gremial a la que estaban afiliados. Posponían deberes sagrados de función frente a cuestiones secundarias de registros de grupos. Es así como por cuestiones principistas, de intereses o por simples rivalidades profesionales, se perdían preciosos momentos para salvar a un enfermo grave.

Al rehusarse a cumplir con un irrefragable deber profesional, el cual consiste en atender a los enfermos que requieran de sus servicios con urgencia, se comete no solamente un gravísimo yerro, sino también una seria "falta médica", la que debe ser penada, en la forma que lo hacía el Código Penal de 1863. Y, en todo caso, por lo menos estos facultativos deben probar fehacientemente las graves razones que tuvieron para no atender a un enfermo y que lo han impedido cumplir con su deber, razones que deberán ser sopesadas cuidadosamente, para determinar si las disculpas son atendibles o no y resolver con integridad y justicia. Si no existieran graves razones que vengan a explicar la actitud del facultativo, es lógico que éstos reciban una sanción, ya que al negarse a cumplir con sus deberes de función están poniendo en peligro la salud y la vida de las personas que requieren de sus servicios profesionales.

Aplicación de los denominados "sueros de la verdad".—Aunque en forma excepcional, algunos médicos han aplicado los llamados "sueros de la verdad" a inculpados, en la etapa policial de la investigación criminal. ¿Puede ser permitida esta aplicación en los campos policial o judicial?. O, como se pregunta el notable penalista Manuel López-Rey: ¿Hasta qué punto es lícito o legal provocar una perturbación psíquica para obtener una verdad, en el supuesto de lo que se dice sea realmente verdadero?. Si la Ley peruana prohíbe —tanto en el proceso policial como en el judicial— el empleo de la violencia, de la intimidación, la coacción, las promesas, las dádivas, etc., en general, ¿podrá aceptarse que se emplee procedimientos que atentan contra la personalidad humana, como es la aplicación de los "sueros de la verdad". ¿No se produce una desconsideración jurídica de la persona y de la personalidad humana, inaceptable por la Ley peruana?. ¿Puede acertarse la espontaneidad de una manifestación lo-

grada mediante la aplicación de los referidos sueros, aunque medie la aceptación del inculpadó?.

El empleo de estos sueros coloca al médico que los aplica en situación poco envidiable, incuestionablemente ilegal. Con su intervención se pone al imputado en un estado de desvalimiento, permitiéndose, así, que éste traicione sus deseos más profundos y ponga en manifiesto sentimientos, ambiciones, anhelos, etc. que nadie tiene el derecho de conocer, cuando se trata de una investigación policial o judicial, absolutamente distinta al tratamiento médico propiamente dicho. La legislación peruana se funda en el respeto de la persona humana y, por tanto, no puede tolerar un ataque a la personalidad del individuo. Por consiguiente, un médico que se preste a aplicar los denominados "sueros de la verdad" en procedimientos policiales o judiciales está violando el espíritu de estas disposiciones legales y debe, incuestionablemente, ser sancionado.

Mucho se ha hablado y escrito acerca de lo que acontece en Rusia Soviética y en otros países totalitarios, en donde se utilizan estos métodos con finalidades políticas. ¿Es posible permitir su empleo en países más o menos democráticos, aunque sea para fines no políticos?. En el Perú debe pensarse a quienes lo emplean en el área procesal penal, ya sea en la práctica policial o en la judicial, especialmente si se trata de un médico, el que jamás debe prestarse a utilizar los llamados "sueros de la verdad" en estos campos.

Su aplicación debe ser consentida solamente en el terreno médico, para el mejor tratamiento de ciertos enfermos mentales, sean o no delincuentes, por cuanto para lograrse un mejor tratamiento o una curación de algunos psicopáticos la Ciencia acepta el uso de estos sueros. En el campo psiquiátrico se acepta ampliamente su aplicación, pero en el proceso penal no puede ser consentida en el Perú. No solamente porque su aplicación constituye la negación de derechos sagrados de la personalidad humana, sino porque, además, sus resultados son frágiles. Según estudios realizados por V. Lorenz, se ha llegado a la conclusión de que los "sueros de la verdad" no significan la obtención de la verdad, sino de una información en la que tanto pueden aparecer hechos ciertos, junto con manifestaciones de deseos, aspiraciones, sentimientos más o menos ocultos, circunstancias imaginadas, fantásticas y desfiguradas, etc., etc. Las manifestaciones hechas bajo los efectos de los mal llamados "sueros de la verdad" muchas veces son inseguras y alejadas de la realidad.

No es posible aceptar el ejemplo de los Estados Unidos de Norte América en donde un gran sector de la práctica policial y judicial admite la aplicación de los "sueros de la verdad", seguramente inspirada por gastado concepto del tecnicismo. En Inglaterra no ha progresado mayormente la implantación de este método en estos campos. Y en Francia siempre ha merecido una franca repulsa. En los países latinoamericanos no se acepta este procedimiento ni en lo policial ni en lo judicial, tal cual acontece en el Perú. Sin embargo, no han faltado casos en que se le ha aplicado ilegalmente. Justamente, para impedir se repitan estos casos es que se debe sancionar al médico que aplique los referidos sueros en estos campos. En nuestro país, en donde predominan los principios del Derecho Penal libe-

ral, esta práctica debe estar absolutamente prohibida y ningún médico debe prestarse a emplearla antes de la sentencia judicial, bajo sanción si falta a este deber.

Otras Omisiones:—Como se ha expresado, las "faltas médicas" siempre presentan particulares características, por lo que es tarea bastante delicada señalar, con espíritu de justicia, aquéllas que debieran ser sancionables penalmente. Prácticamente es imposible, pues, puntualizar todas las omisiones que en este terreno se anotan en el vigente Código Penal, por las razones antes indicadas.

Al registrarse en este trabajo los ejemplos anteriores sólo se ha intentado poner de relieve que se comprueban lagunas en este cuerpo de leyes. Es indudable que se presentan otras muchas omisiones, toda vez que es incuestionable que no se han considerado todas las "faltas médicas" que debieran constituir infracciones penadas por la Ley. Las aludidas en los capítulos precedentes son meros ejemplos de algunas de estas "faltas médicas".

SERIAS DIFICULTADES PARA RESPONSABILIZAR PENALMENTE AL MEDICO—CIRUJANO

No cabe la menor duda de que es del todo necesario resguardar al médico-cirujano de resentimientos, venganzas, pasiones y hasta de chantajes de parte de enfermos o familiares de éstos que no concuerdan con los resultados de la intervención del facultativo. Pero igualmente todos están de acuerdo en que debe protegerse a las personas que sean víctimas de las faltas graves que el profesional pueda cometer en el ejercicio de su ministerio. Pero no siempre esto es fácil, por cuanto siempre es dificultoso esclarecer el "acto médico" y, a veces, prácticamente imposible. La apreciación y compulsión de muchos elementos de convicción generalmente constituye un proceso complicado y, dada su tecnicidad, solamente otros profesionales están en aptitudes de realizar esta tarea. Los jueces, al apreciar estos elementos, se han de enfrentar a una serie de factores ajenos al conocimiento legal, desconocidos para el que no es médico-cirujano. Forzosamente han de fiar en la información que les presten otros colegas del profesional acusado, entre los cuales predominan un exceso de compañerismo, lo que produce lo que se conoce con el nombre de "conspiración de silencio". Consecuencia lógica de lo dicho es que, muchas veces, esta clase de delitos quedan impunes.

Los jueces han de llegar a una conclusión basándose en el informe de otros médicos. Y aunque la parte puede constituirse en "parte civil" para reclamar los daños y perjuicios producidos, interviniendo, por tanto, en el proceso penal, siempre es de suma dificultad probar la "falta médica" sancionable, salvo que otro facultativo informe con entera imparcialidad y se enfrente a la opinión de otros colegas, lo que no siempre es factible.

R. Garraud ha escrito: "Las personas que ejercen legalmente el arte de curar están sujetos a la responsabilidad penal por homicidio o lesiones involuntarias cuando la impericia es causa de ellas. La cuestión jamás fué dudosa para nadie en teoría, pero es sumamente delicada en la práctica, en razón de la dificultad de apreciar los temas jurídicos y científicos que se promueven en cada caso. Sin duda los Tribunales no se reconocen en el derecho de condenar a personas que ejercen legalmente el arte de curar, si éstas han aplicado simplemente al enfermo las teorías, las opiniones y los sistemas médicos, aunque no falten controversias entre ellos. Los Tribunales no pueden apreciar la oportunidad, ni la ejecución, más o menos perfecta, de un tratamiento médico o de una operación quirúrgica". Irónicamente concluye: "Desde este punto de vista, se puede matar sin consecuencias". Sin embargo, agrega que todo cambia cuando el médico contraviene las reglas generales del buen sentido y de la prudencia a que debe conformarse en el ejercicio de sus funciones. Pero, agregamos, ¿puede determinarse siempre cuando el médico ha contravenido las reglas generales del buen sentido y de la prudencia? Indudablemente se trata de una ardua tarea.

Si una persona en el ejercicio profesional trata médicamente a un paciente: ¿Puede graduarse la oportunidad de una intervención determinada? Y ¿cómo podrán apreciar acertadamente los Tribunales —integrados por hombres de leyes— si un tratamiento curativo o una operación quirúrgica eran los indicados por la Ciencia a un caso determinado? En verdad, frente al problema de la responsabilidad penal del médico-cirujano se alzan innumerables interrogaciones de contestación más que difícil. Dada su complejidad, es casi imposible determinar con criterio de justicia la responsabilidad penal del médico en muchos de los actos cumplidos en el ejercicio profesional.

Además, hay que tener en cuenta que la Medicina aún se halla en plena evolución y que los misterios del cuerpo humano todavía no han sido esclarecidos. Flaminio Favero expone una serie de conceptos de sumo interés, concordando ampliamente con lo indicado, en una conferencia intitulada "Faltas de los Médicos", la que a veces se encuentra teñida de un espiritual humorismo. Concluye afirmando que la Medicina y el médico son un riesgo específico para el doliente y que, por tanto, la falta médica siempre existe, constituyendo una realidad inevitable por la naturaleza particular del medio en que actúan: el cuerpo humano.

Claro está que en algunos casos es relativamente sencillo el determinar la responsabilidad penal del médico: aborto, revelación de secretos profesionales, expedición de certificados falsos, etc. y aún no siempre tan fácilmente como acontece, por ejemplo, cuando un médico extiende un certificado, a algún abogado a quien le conviene no asistir a una audiencia judicial. Pero en la generalidad de las veces se plantean tales situaciones que se hace muy difícil responsabilizar penalmente a estos profesionales. Porque siempre deben los jueces preguntarse: ¿cuándo hubo "falta médica"?; ¿cuándo hubo liviandad, engaño o negligencia profesional?; ¿cuándo el efecto nocivo ha sido causado por el propio acto médico, sin intervención de otros factores extraños?

Por otro lado, los Tribunales han de tener presente un hecho importantísimo: el facultativo que recién recibe su título ha de aprender los secretos de la profesión a costa de práctica y experiencia y esta no se adquiere sino se ejercita el arte de curar. Si se alcanza reputación es a fuerza de intervenir en el tratamiento de miles de pacientes, en muchos casos cometiendo errores en el diagnóstico, fatalmente. ¿Son penalmente responsables los médicos que así actúan? Finalmente no puede olvidarse que el médico no trata enfermedades, sino enfermos, cada uno diferente a otro. Lo que puede ser lo correcto para uno, puede ser fatal para otro paciente, ya que la Medicina siempre tiene mucho de conjeturas, toda vez que se trata de una ciencia en continua evolución. El médico frente a un hecho concreto ha de pensar que éste nunca se halla absolutamente limitado y que las enfermedades varían sus síntomas de acuerdo a un sin número de factores orgánicos. ¿Quién puede ser juez en lo que se relaciona a un diagnóstico y a una terapéutica, sino el mismo médico? ¿Cómo podría señalarse, entonces, cuándo el médico ha cometido una equivocación punible?

Frente a un enfermo los facultativos suelen pensar en forma distinta, de acuerdo generalmente con la especialidad que profesan. Así un cirujano juzgará que una dolencia habrá de ser curada por medio de una intervención quirúrgica; pero el clínico creerá que debe ser tratada por vía terapéutica y de esta suerte cada especialista. El psiquiatra, el ginecólogo, etc., llegarán, quizás, a otras conclusiones. ¿Puede criticarse esta disparidad de opiniones? Naturalmente que no, por cuanto, al igual que en otras profesiones, la división social del trabajo ha dado lugar a múltiples especializaciones médicas. Lo único que es posible exigirse es que si se comete un error y éste es conocido, sea rectificado de inmediato, antes que se produzca daño al paciente.

Bien ha afirmado Nerio Rojas: "En medicina, la excepción puede tener tanto valor como la regla. En la práctica clínica, el médico se guía sobre todo por los hechos habituales, pero sin descartar las posibles rarezas". Sin embargo, estas excepciones difícilmente pueden ser conocidas o adivinadas. No puede exigirse a todos los médicos aptitudes sobrenaturales en el ejercicio de su profesión, sin que esto signifique excusarlos cuando demuestren desconocimiento de los casos regulares, pues entonces cometen grave "falta médica".

Hay que reconocer que siempre es problemático el conocer qué síntomas predominan sobre los otros, qué tratamiento deberá seguirse y qué sistema habrá de aplicarse en cada caso particular. Y es natural que así sea, ya que, como señala Paul Guerin: "La independencia del espíritu es el rasgo dominante en la formación del médico. Es lo que ha hecho posible la evolución de la ciencia médica. Lo cierto de hoy es a menudo lo falso de mañana, y frecuentemente el dogma científico, ayer triunfante, es derrocado hoy". Seguramente en ninguna otra profesión es más necesaria la libertad relativa de opiniones.

No hay duda, pues, que se presentan siempre serias dificultades para responsabilizar penalmente al médico-cirujano y para aplicar, con justicia, las disposiciones legales. Se trata de problemas de suma complejidad, la que se ahonda aún más cuando intervienen los factores negativos na-

cidos de la llamada "conspiración de silencio", la que, incuestionablemente, acusa una notable falta de ética, la que ha de estar por encima de un compañerismo mal entendido, siempre.

¡Qué arduo y penoso se hace el trabajo del juez cuando debe resolver uno de estos casos, siempre embarazosos, delicados y complicados!.

Temas de Legislación Procesal Civil (*)

Por el Doctor ERNESTO PERLA VELA OCHAGA (*)

IX NULIDAD DE RESOLUCIONES

Solo por respetar en lo posible la expresión del C. de P.C. vigente puede admitirse el rubro, pues al comentar las disposiciones respectivas de ese cuerpo de leyes, vamos a exponer en general la teoría de la nulidad de los actos procesales en general. Las resoluciones judiciales son actos procesales, pero no son los únicos y el Código actual, en su título XIX de la Sección Primera que trata de esta materia de las causales de nulidad de las resoluciones tampoco se ha limitado a tratar solo estos actos procesales. Por estas razones el Proyecto de Reforma del C. Procesal le da a esta nulidad (art. 298) el título de nulidad de actos procesales”.

Sabemos que los actos procesales son aquellos que forman la relación procesal y que está constituida por el conjunto de actos que realizan las partes, el Juez, y los terceros dentro del proceso. Estos actos son sucesivos de tal manera que cada uno es consecuencia del anterior y antecedente del que le sigue. Puede parecer por esto que se trata de un solo acto, pero si, como dice Carnelutti, pudiéramos pasarlo por una cámara de cine, lenta o retardada veríamos como ellos se pueden distinguir perfectamente unos de otros. Así la nulidad de una sentencia puede provenir no solo de defecto de ella misma, sino de la defectuosa actuación de notificaciones y probanzas. Además la resolución es también un acto procesal, Así se ha tomado el género y no la especie para designar la materia del título, lo cual es un defecto que debe tenerse en cuenta al estudiar esta parte del C. de P.C. que en esta parte requiere, una reforma substancial por lo que vamos a insistir a sus lineamientos.

Concepto.—La nulidad consiste, procesalmente hablando, en la privación o negación de efectos normales a los actos procesales que no han guardado las formas prescritas.

La forma de los actos procesales no es una creación caprichosa, o arbitraria, sino una necesidad lógica. Solo ciñéndose a su normal y posi-

(x) Ver números XIX, XX, XXI y XXII de esta Revista.

(*) Catedrático titular de Derecho Civil y de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ble constitución una resolución refleja la verdad jurídica o sea la que fluye del proceso. La armadura del silogismo que representa el juicio, sufre cuando se alteran las formas procesales. Entonces hay que subsanar el defecto, destruirlo erróneamente actuando y errumbar el proceso por el camino real de las normas establecidas. Esta es la razón y el objetivo de las nulidades procesales.

Así la nulidad es un mal, pero un mal necesario. Mientras que el proceso es una construcción lógica hacia la justicia, la nulidad vuelve a destruir total o parcialmente esa construcción. Mientras que el mismo término de "procedimientos" significa etimológicamente "avanzar" la nulidad es un retroceso, una marcha atrás dentro del proceso. Sus efectos influyen en la buena marcha y prestigio de la administración de justicia por que dilata los procesos y consecuentemente repercute en el interés de los litigantes que por la declaración de nulidad ven convertirse en estériles sus afanes y perdido el dinero gastado en el pleito. Sobre todo la nulidad perjudica el interés de la justicia que por razón de ella se retarda, manteniéndose una situación injusta y anti-jurídica. Sin embargo, la nulidad tiene que admitirse por las razones ya expresadas, siendo obligación principalmente de jueces y abogados, evitar que se produzca.

Por una parte tenemos la nulidad con sus inconvenientes, por otra la nulidad como un remedio necesario. De estas dos características proviene, que la materia que estamos tratando, la teoría de las nulidades procesales, presente tantas dificultades para el legislador, pues al establecer las causales de nulidad debe proceder en forma tal que todo lo que desvíe el proceso la produzca, pero solo la ocasione aquello que efectivamente constituye una desviación jurídica. Todavía hay que establecer dentro de estas causales, cuáles son más graves, para decidir cuáles producen irremediablemente la nulidad.

Admitido que la nulidad es tan necesaria en el proceso como la forma, para remediar los vicios de procedimiento, pasamos a ver cómo se pueden determinar las causales de nulidad. Hay cuatro sistemas: 1) uno que considera como vicio cualquier defecto en el procedimiento, o sea que son nulos todos los actos procesales que no se conforman con las pautas establecidas. Dentro de esta tendencia se declara siempre la nulidad sin que la parte pueda renunciar a ella en algún caso; 2) un segundo sistema, que considerando que la nulidad es una pena impuesta al litigante que no cuida las formas procesales, sólo considera como causales de nulidad los casos establecidos en la ley bajo pena de nulidad; 3) el tercer sistema es el que deja la determinación de las causales de nulidad al prudente arbitrio del juez, (Alemania, Australia, Marruecos, Argelia); 4) un último sistema es el que distingue entre las formas esenciales y las accidentales, declarando a las primeras como irremediables causales de nulidad, y a las segundas, sólo cuando la ley lo haya estimado así (1).

Ninguno de estos sistemas es recomendable tomado en forma absoluta y exclusiva; en cambio, todos poseen una parte de verdad. El primer sistema es erróneo por su exagerado formulismo que significaría vol-

(1) Romero.— Ob. cit. pág. 272. T. III.

ver a los tiempos del derecho formulista de las legis acciones de Roma, que disminuye y ridiculiza a la administración de justicia, y que ha sido superado en la etapa espiritualista del derecho. Cualquier defecto no puede producir la nulidad, porque hay que comparar la insignificancia e intrascendencia de muchos defectos y omisiones procesales con la gravedad de una nulidad por los perjuicios que acarrea y que ya he mencionado. Es evidente que no siempre la infracción reviste la misma gravedad, ni produce en todos los casos las mismas consecuencias e inconvenientes. No podemos, en conclusión, admitir que cualquier defecto por insignificante que sea pueda producir la nulidad. El segundo sistema es erróneo porque no puede considerarse la nulidad únicamente como la pena impuesta a un litigante, lo que por otra parte supone la imposibilidad de comprobar la mala fe con que procedió porque como pena no puede aplicarse sino en caso de que la haya, pero no sólo es una pena al litigante, sino que interesa también a la colectividad, porque ella tiene un interés legítimo en que se consiga la verdad legal, se llegue a alcanzarla, dá para conseguirla el camino procesal. Entonces es evidente que no sólo hay un derecho privado en peligro, sino también que la colectividad está corriendo el mismo riesgo de que por motivo de esta desviación no se alcance la verdad dentro del juicio, lo que se traducirá en una situación de injusticia y de malestar social. Conjuntamente con estos errores de orden doctrinario, está el error práctico. El legislador más minucioso no podrá nunca preveer todas las causales de nulidad. El tercer sistema es inaplicable entre nosotros, desde que no estamos, acostumbrados a otorgar poderes discrecionales a todos los jueces, aunque se podría hacer con algunos y con muchos. De todas maneras podría producir confusión e inseguridad, que la jurisprudencia posterior no podría evitar, y siempre sería otorgar al juez poderes legislativos que no le corresponden. El cuarto sistema ha corregido algunos de los errores de los otros sistemas, pero presenta una dificultad y no pequeña, el criterio de distinción para clasificar las formas en esenciales, que producen necesariamente la nulidad, y accidentales, que sólo son capaces de acarrear la anulabilidad de los actos procesales. Se ha tratado de establecer la diferencia diciendo que las esenciales producen la nulidad ipso jure y las accidentales sólo a pedido de la parte agraviada, pero esto es incurrir en un círculo vicioso, pues no podemos decir que la nulidad se produce por un defecto esencial; y un defecto esencial es el que produce nulidad. Hay que buscar otra fórmula que establezca la distinción entre una y otra categoría. Esto es lo que ha hecho el art. 302 del Proyecto de reforma, empleando el término de disposiciones de orden público y de interés privado, que debemos examinar.

El Código de Procedimientos Civiles vigente como el anterior de Enjuiciamientos, ha adoptado un sistema intermedio: el sistema legal, porque sólo son causales de nulidad las indicadas en el art. 1085; y además las acciones u omisiones que la ley pena especialmente con la nulidad según el último inciso del mismo artículo, tales la admisión de recursos que entorpezcan la ejecución de la sentencia (art. 1086). De tal manera que es un sistema legal porque las causales están establecidas en la ley, pero se hace una clasificación de ellas, se permite a las partes renunciar a algunas, reuniendo así los caracteres de los diversos sistemas.

El mismo sistema mixto ha sido seguido por la Reforma, pero ha precisado y completado el concepto, ha conformado mejor el instituto y sobre todo establecido más claramente la distinción entre las dos clases de nulidades.

Causales de nulidad.—Art. 1085.—Están señalados en los 13 incisos del artículo citado.— Se pueden agrupar en esta forma:

1) **Falta de presupuestos procesales, incs. 1, 2, 4, 11.**— Repetimos que por presupuestos procesales se entienden aquellas condiciones esencialmente necesarias para que el juicio tenga eficacia jurídica y validez formal.

El inciso 2º se refiere a la falta de Juez. Esto puede deberse a que no tenga nombramiento o que se anule el que tenía, o a suspensión o remoción del cargo. Según la 2da. parte del mismo inc. 1º la declaración de nulidad, suspensión o remoción debe preceder a la declaración de nulidad. El art. 1º de la L.O. de P.J. declara que la administración de justicia se ejerce por los jueces. Así pues quien no lo es o ha dejado de serlo no puede administrar justicia. Dentro del caso de suspensión se comprende no sólo la suspensión como pena disciplinaria, sino también en casos en que por apelación concedida en ambos efectos, el juez carece de jurisdicción dentro del cuaderno en que el recurso se ha concedido.

Sin embargo, se prescribe que la declaración de carencia o suspensión de jurisdicción debe preceder a la de nulidad donde se deduce que esta no afecta las resoluciones o actos procesales en general practicados anteriormente por el Juez. Al respecto hay que distinguir: si se trata de actos practicados por el que no ejerce jurisdicción ni la ha ejercido jamás, el acto deviene nulo ya sea que se haya practicado antes o después de la declaración que se produzca al respecto, la cual ni siquiera es necesaria. Pero cuando se trata de acto procesal verificado por quien en algún momento tuvo jurisdicción, estos son válidos aunque después de ellos, se le suspenda o remueva.

En el primer supuesto, la resolución de nulidad, contrariamente a lo que establece nuestro Código, debe tener efectos retroactivos, y dejarse sin efecto todos los actos procesales practicados por quien indebidamente ha ejercido actividades exclusivas de los jueces.

Por otra parte el precepto que comentamos también es equivocado en cuanto exige resolución previa a la declaración de nulidad, que declare la suspensión. Esto solo puede funcionar en el caso de suspensión de jurisdicción por razón de pena, pero no en los casos de suspensión por efecto de otras situaciones procesales, como la concesión de la alzada en doble efecto, que debe entenderse comprendida en este inciso.

El inc. 2º se refiere al caso de acto procesal practicado por el Juez que tiene jurisdicción pero no para el caso en que ha actuado: así la intervención de un Juez civil en cuestión penal. La razón es la misma que la anterior aunque equivale ya no al hecho de carecer de jurisdicción, sino de carecer de competencia por razón de la materia para intervenir en asunto determinado. Todos los casos en que un Juez intervenga en asunto que no le corresponda, excepto por razón de competencia territorial, son pues nulos.

El inc. 4º declara nulo la sentencia expedida sin demanda o contestación expresa o tácita. Su justificación está en que el proceso civil exi-

ge el requerimiento de la parte para que intervenga el Poder Judicial y esto se hace con la demanda. Cuando esta no existe sea porque el juez se ha arrogado de oficio el conocimiento del asunto, lo que sin duda es raro o que haya motivo que considere a la presentada, como inexistente lo que ya no es tan imposible, como el caso de una demanda que aparezca firmada por persona que después se acredita que no sabe firmar, aun en todos esos casos, no solo la resolución sino también la sentencia, es nula.

El inc. 11 declara nulos la sentencia o acto procesal en causa en que intervienen personas que no pueden comparecer en juicio; o que les falta capacidad procesal. Es también la falta del presupuesto de la legitimación procesal, según las reglas ya establecidas.

2.—Omisión de formalidades esenciales.—incs. 3o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10o. y 13o.

El inc. 3º declara nula la sentencia pronunciada sin citación del demandado; trámite esencial para que tengan eficacia los actuados, dado el carácter contradictorio del proceso.

El inc. 5 establece la nulidad de la sentencia o auto pronunciado en materia de hechos omitiendo la recepción a prueba. El precepto se aplica por cuanto los hechos deben probarse.

Los incs. 6º y 7º se refieren igualmente a la omisión de formas substanciales, establecidas en la ley y que son, por supuesto, reflejo y consagración legislativa de postulados procesales. Así la falta de notificación haciéndose saber la recepción a prueba, o la citación para la actuación de estas, o para expedir sentencia cuando esto está ordenado. Todo lo cual es consecuencia también del carácter contradictorio del proceso.

El inc. 8º se refiere a las resoluciones que desnaturalizan el juicio, porque las normas al respecto son de orden público.

Los incs. 9º y 10º se refieren a las resoluciones, autos o sentencias, que pecan de exceso o defecto en la materia que deciden. Tal como se ha expresado anteriormente, los límites de la controversia están fijados por las partes en la demanda y la contestación. Únicamente sobre estas materias se ha requerido la intervención y decisión jurisdiccional. El juez no puede extenderla a otras materias, ni dejar de resolver todas y cada una de las que le han sido sometidas. En uno u otro supuesto, la resolución es nula en su totalidad, pues constituye un solo todo.

El inc. 13º contiene una forma general por la cual son nulas las resoluciones, los actos procesales, pronunciados con omisión de los trámites establecidos en la ley, bajo pena de nulidad, pues sin duda ellos están impuestos por tratarse de cuestiones de orden público.

Sin embargo, el art. 1086 establece una excepción a las nulidades prescritas por los incs. 3º, 6º y 7º del art. 1085, o sea las de omisión del emplazamiento, recepción y actuación de pruebas o actuación para sentencia, siempre que el litigante a quien no se han hecho las respectivas notificaciones, proceda manifiestamente como que ha conocido las providencias cuya notificación se ha omitido.

Hay al respecto dos tendencias: la formalista y la espiritualista. Según la primera el hecho de la notificación es insustituible; mientras no se haya hecho no surte efecto alguno la resolución a que se refiere, aunque

el litigante la haya conocido. La segunda, elevándose al objetivo de la notificación esto es, hacer conocer las resoluciones judiciales, preconiza que basta que este objetivo se haya alcanzado, por cualquier medio, para que la resolución surta sus efectos. Pero este segundo sistema tiene el inconveniente de que se podría alegar la existencia del conocimiento de la providencia, cuestión subjetiva de difícil comprobación.

En nuestro sistema, el art. 1086 se afilia al segundo sistema y salva la dificultad que presenta disponiendo que el litigante al que se omitió hacer alguna de esas notificaciones proceda manifiestamente, como que tiene conocimiento de la notificación omitida, esto es que el hecho del conocimiento no requiere otras pruebas sino la que el litigante proceda, a pesar de la omisión, con conocimiento de causa. Sería el caso de la omisión de notificación de una sentencia, y que sin embargo, el litigante que no la ha recibido, apelara de ella en la parte que le perjudica. Indudablemente que, después, no podría deducir la nulidad por defecto de esa notificación.

Por último, tenemos en el art. 1085, la disposición del inc. 12 que declara nula la sentencia o auto expedido contra otro que pasó en autoridad de cosa juzgada, pues este es intangible dentro del mismo proceso en que se ha expedido por las razones ya expuestas. Decimos que la regla se aplica sólo dentro de los procesos que ha producido la cosa juzgada, pues hay algunos que pueden ser contradichos en otro juicio según el art. 1083 del C. de P.C.

En este juicio contradictorio no son nulas las resoluciones que desconocen la cosa juzgada formal que exista en juicio anterior.

Personas que pueden deducir y decretar la nulidad.—art. 1087.

La nulidad puede declararse a pedido de parte y también de oficio. Así se desprende del art. 1087.

En cuanto a que se declare por el agraviado significa que los litigantes o terceros, pueden deducir la nulidad que les perjudica. Pero algo más, solo puede deducirla la persona en cuyo interés se ha establecido la regla omitida, esto es por el litigante cuyo derecho protegía la regla, el que no fue citado con la demanda, con la recepción a prueba, decreto de prevención para sentencia, etc., lo que está conforme con la lógica de las cosas, con la finalidad de las reglas omitidas y con las reglas más elementales, pues sólo la persona agraviada puede reclamar del agravio, como puede también renunciar a él si considera el reclamo más perjudicial que el agravio mismo.

El art. 301 del proyecto de Reforma elaborado por la Comisión Cornejo hace esta aclaración.

Respecto a que también puede ser declarada de oficio el artículo que estudiamos no pone ninguna tentativa, la que sí aparece en la Exposición de Motivos del C. Procesal, donde se hace la distinción entre causales de nulidad que afectan al orden público y que solo afectan al interés privado.

Sólo las primeras podrían ser declaradas de oficio. Sin embargo, esta distinción no se tomó como base a la formulación legislativa. De tal manera que hoy puede decretarse de oficio la nulidad por cualquier causal.

Con la Reforma propuesta los casos de nulidad por interés privado y por interés público se distinguen con todo rigor.

Como consecuencia hay causales de nulidad, renunciables y otras que no lo son y de oficio solo podrán decretarse las últimas, que afectan el orden público.

La dificultad estriba entonces en determinar cuáles son de orden público y cuáles de interés privado.

Existe un orden público procesal que es una parte del orden público jurídico, constituido por disposiciones o normas que se refieren a las bases fundamentales de la organización judicial o jurisdiccional y garantizan la consecución de las finalidades fundamentales del procedimiento, sin las cuales la organización judicial como órgano jurisdiccional y el procedimiento seguro, sendero hacia la verdad legal, quedarían frustrados o destruidos. En esta forma se puede decir que el orden público procesal está constituido por aquellas normas procesales en que el interés público premia sobre el interés del individuo. Estos son: a).—Las que se refieren a la atribución judicial del estado moderno. Estas cuestiones están fuera de la voluntad de las partes, que no pueden alterar, por esto, el orden ni la jerarquía de las instancias, ni conceder la calidad de juez de derecho al que no ha sido nombrado, o sido removido. Todo lo que al respecto se haga por acuerdo de partes o por omisión procesal, sería nulo con nulidad absoluta y deberá declararse nulo ex-officio, por que las reglas que rigen esta nulidad son de orden público. b).—Las reglas que fijan las competencias de los jueces, salvo la determinada por el territorio; esto es que son de orden público las atinentes a los elementos de la competencia absoluta; c).—Las reglas de procedimiento pero no de todas sino algunas. Es difícil establecer en forma clara y precisa la distinción entre ellas, lo práctico y seguro es apreciar cada caso en particular; pero, si es necesario distinguirlos en alguna forma, podemos decir que cuando la formalidad que constituye la regla de procedimiento es tal que sin ella el acto no puede existir o no tiene los caracteres, ni llena la finalidad que la ley ha buscado, ni por lo mismo puede esperarse de él el resultado que la ley esperaba obtener, entonces es de orden público y por lo mismo el vicio no puede ser reparado sino con una declaración de nulidad: se trata de disposiciones de orden público; así una sentencia que careciera de la firma del juez que la dicta, una resolución que pasara sobre otra que constituye cosa juzgada o se encuentra consentida, etc.

En cambio, cuando se trata de formalidades que no tienen los caracteres anteriores, sino que se han establecido sólo para utilidad y facilidad de las partes, no hay en ellas sino un interés privado en juego y las partes pueden o bien pedir la nulidad por su omisión, bien renunciar a deducirla; pero sólo las partes pueden deducirla.

La reforma propuesta por la Comisión Cornejo recoge en gran parte estos principios en su artículo 302.

En resumen, los agraviados pueden deducir la nulidad ya sea que se trate de disposiciones de interés público o privado. Los jueces y tribunales sólo cuando se trate de omisiones que afectan al interés público en la administración de justicia. Según la redacción de este artículo, parece que sólo de oficio se podría declarar la nulidad de todo lo actuado y no de una diligencia, o sea que esta sólo se podrá declarar por gestión de parte en vía incidental; lo que no es exacto.

Oportunidad para deducir la nulidad.—Art. 1087.—Este mismo precepto legal no fija términos para deducir la nulidad, lo que sí indica es que puede hacerse en cualquier momento.

Este sistema presenta objeciones pues alienta al litigante de mala fe a dilatar el juicio esperando la última instancia para deducir la nulidad por vicio producido quizá, al comenzar el pleito. Para prevenirlo la Comisión Cornejo ha propuesto en su art. 300, que esta nulidad solo pueda ser deducida dentro del tercer día contado desde que la parte tuvo conocimiento del acto.

Sin embargo, la fórmula no está exenta de dificultades porque es difícil precisar cuándo se tomó conocimiento del vicio que acarrea la nulidad.

Por otra parte, sólo podría funcionar para los casos de nulidades renunciables, pues las que se fundan en interés público, no podrían convaler por el simple transcurso del plazo.

Efecto de la declaración de nulidad.—Art. 1087.—Se señala en forma expresa que el principal efecto es reponer la causa al estado en que se encontraba cuando se produjo el vicio que anula al procedimiento.

Esta regla sólo requiere dos aclaraciones: 1).—Los actos a que se afecta el vicio se consideran inexistentes, así como todos los que dependieran o sean consecuencia de ellos. 2).—Los demás actos quedan subsistentes según la remisión que el artículo 1087 hace al art. 208 del C. de P.C., según el cual, si "a consecuencia de la resolución pronunciada en el incidente, se invalida el procedimiento seguido en lo principal, se repondrá este al estado que corresponde, pero subsistirán las pruebas y demás actuaciones a las que no afecte el vicio que causó la nulidad". 3).—Los actos declarados nulos sólo podrán volverse a actuar si los términos fijados para ellos no se han vencido.

X.—RECURSOS LEGALES

Concepto.—Existen entre nosotros dos acepciones de recursos.

Se entiende en primer lugar por tales, los escritos que presentan las partes al juzgador, previniendo de que por ellos recurre al Juez para que reconozca un derecho o para impulsar el procedimiento. Pero existe también la acepción, y en este sentido tratamos ahora de recursos, como los medios que la ley otorga a las partes en ciertos casos, para reclamar de las resoluciones judiciales. Entonces se llaman propiamente recursos legales; porque como aparece de la definición que antecede, estos están determinados y regulados por la ley, mientras que los escritos que las partes pueden presentar durante la tramitación del juicio están en gran parte, librados a la voluntad e interés de las partes.

Sin duda, para evitar confusiones o ser más precisos, en la terminología del Derecho Procesal, se emplea para designar a lo que nuestra legislación denomina recursos legales, la expresión de "medios impugnatorios".

Son así características de estos las siguientes:

a).—están fijados por la ley.—Esto es que no existen otros distintos de los que la ley procesal señala como tales. Su creación no depende de la voluntad de las partes. Estas no pueden emplear medios impugnatorios distintos de los que la ley señala y permite.

El fundamento de esto es sin duda la necesidad de resolver el conflicto entre el principio de la intangibilidad de lo resuelto y el principio de buena administración de justicia, que, admitiendo la posibilidad de error en el juzgador, debe permitir dentro de ciertos límites, la forma de que se repare o subsane dicho error.

Atendiendo a este principio entre nosotros los únicos medios propiamente impugnatorios son 1).—la reposición; 2).—la oposición; 3).—la apelación; 4).—la queja; y 53.—el recurso de nulidad.

Existen otros medios que son semejantes, pero que no constituyen estrictamente, medios de impugnar una resolución, tales como el recurso de aclaración o ampliación (art. 1078); el recurso de revisión que permite el art. 61 de la ley 1378 sobre accidentes de trabajo, porque en ésta la revisión o impugnación debe fundarse en un hecho sobreviviente aunque consecuente, del que dió origen al primer litigio.

b).—Deben interponerse dentro de los plazos que la ley señala con carácter de perentorios y la calidad de individuales. También se explica y fundamenta en la necesidad de que las resoluciones judiciales produzcan sus efectos; unas veces simplemente preclusivos (1) para cerrar una etapa y otros para que constituyan la cosa juzgada. Es obvio que como sucedería en cualquier caso en que no funcionaran los términos procesales, las resoluciones podrían ser permanentemente impugnadas, careciéndose así de base para tomar sobre ellas, decisiones de hecho o de derecho.

Pero debe notarse que, en todos los casos, se trata no solo de actos sujetos a un término, sino a un término perentorio, esto es que basta el transcurso del plazo señalado para que sea inadmisibile el recurso.

Entre otros y aunque sea adelantar exposiciones que luego se han de hacer para cada caso, estos términos perentorios, dentro de los cuales deberán interponerse los recursos impugnatorios, son: de un día para el recurso de reposición, tres días para la oposición, queja y apelación y recurso de nulidad de autos; cinco días para la apelación de sentencias y ocho días para la del recurso de nulidad. Además son términos individuales, esto es que corren para cada parte a partir de su propia notificación de la resolución de que se reclama.

c).—Las partes pueden hacer uso de los recursos impugnatorios.—Se expresa este principio con el fin de hacer algunas aclaraciones necesarias respecto a quienes gozan de la legitimación procesal para presentarlos.

Es indudable que las partes tienen derecho de hacer uso de los recursos legales. Pero es preciso aclarar algunas cuestiones relacionados con esta cuestión.

(1) Alsina— Ob. cit. T. II Ed. 1942— Pág. 602.

1).—Las partes tienen el derecho y la capacidad de interponerlos, pero dentro de los límites y normas que la misma ley procesal establece. Hay casos en que la ley niega este derecho a las partes; así hay resoluciones contra las cuales no cabe recurso alguno.

2).—Tratándose de los casos de *litis contestatio* debe distinguirse: a) si se trata de varios demandantes o demandados, pero que litigan separadamente, el recurso es independiente para cada una de las partes que litigan separadamente, aunque constituyan con otras una sola parte actora o demandada dentro del juicio; así la apelación concedida a uno de estos litigantes, no impide que la resolución quede ejecutoriada para la otra persona que, a pesar de estar al mismo lado que la anterior, no ha interpuesto el recurso. b) si se trata de las diversas personas que tienen un representante común, el recurso interpuesto por este afecta a todos ellos.

De conformidad con lo antedicho, los terceros pueden interponer los recursos en la medida de su intervención en el pleito; así los testigos pueden apelar de las resoluciones que declaran la pertinencia o impertinencia de alguna pregunta (1).

d). Son facultativos pero irrenunciables aunque parezca contradictorio. Parece que así se expresa lacónicamente que los recursos legales o impugnatorios, creados solo en beneficio de las partes, en resguardo y garantía de sus derechos y para evitar que ellos sean desconocidos, son susceptibles de ser o no, usados por las partes. Pero no significa que, en forma previa a la resolución y quizás al juicio, las partes pueden renunciar anticipadamente al ejercicio del derecho de decidir oportunamente si los interponen o nó.

Sin embargo, no hay opinión unánime al respecto (2). Más bien se pueden invocar argumentos a favor y en contra, oponer al derecho de disposición de la esfera jurídica privada, el carácter de orden público, de la generalidad de las normas procesales.

Según el estado actual del derecho procesal no parece admisible la renuncia anticipada.

Esta a veces reviste las formas de declaración ante el Juez que se estará a lo que se resuelva, o a lo contrario que ser impugnada la resolución que se expida en su perjuicio. La primera no obliga a abstenerse de interponer el recurso impugnatorio cuando se pronuncie la resolución. La segunda no significa la interposición del recurso impugnatorio que debe hacerse con posterioridad a la expedición de la resolución.

Aunque parezca obvio, hay que aclarar que las partes solo pueden interponer los recursos legales contra las resoluciones que les perjudican en todo o en parte. Se han presentado casos en que la parte favorecida con una resolución interlocutoria, no por supuesto final, apela de ella con el fin de ganar tiempo, en lo principal o retardar la expedición de la sentencia. Esto es inadmisibles según la finalidad y objetivo de los recursos impugnatorios.

(1) Alsina— Ob. cit. T. II — Pág. 606.

(2) Alsina— Ob. cit. Pág. 301 — T. III.

Si varios tienen representante común, el interpuesto por él, afecta a todos ellos. Los terceros pueden interponer los recursos que les afectan.

d) el juez está obligado a admitir el recurso impugnatorio debida y oportunamente interpuesto.

Como lo hace notar el propio Alsina, la admisión o denegación del recurso no puede depender de la voluntad del juez ante quien se interpone. Tratándose de recurso en el que se impugna un acto de ese mismo magistrado, hay que prevenir los casos en que por amor propio o temor de una rectificación, se pudiera negar la concesión del recurso.

Conforme a nuestra legislación para los casos que se considere injusta la denegación de apelación y recurso de nulidad, se puede hacer uso del recurso de queja.

e).—Los recursos legales se deben interponer sucesivamente y no conjunta ni subsidiariamente.

Esto significa que la interpretación de cada recurso impugnatorio es independiente del que se sigue en el orden procesal. Es claro que debe hacerse uso de cada uno según la resolución de que se reclame. Por esto es que debe ser expreso, la interposición de uno no supone la interposición del siguiente, ni aun en el caso de que sea confirmada o ratificada la resolución de que se reclama.

Se admitía antiguamente entre nosotros que con la interposición del recurso de reposición y conjuntamente y en forma subsidiaria se interpusiera el de apelación. La Corte Suprema absolviendo una consulta lo ha declarado improcedente, sin mencionar razón alguna que la respalde. Sin embargo hay legislaciones como la Argentina que si lo admite.

Sin embargo puede encontrarse el fundamento de la denegatoria en que se trata de dos recursos que proceden respecto de diferente clase de resoluciones. Es claro que si se interpone reposición es porque esta se califica como decreto, y referente de ellos por regla general, no procede el recurso de apelación. También puede fundarse en que es una forma de amenazar al Juez.

Pero hay otro problema, la interposición del recurso de reposición interrumpe al término para la apelación? Según lo dicho no procederían ambos recursos contra la misma resolución pero puede apelarse del auto que resuelve la reposición.

Clases.—El profesor Prieto Castro distingue entre remedios y recursos, según que, respectivamente, la resolución que se impugna deba ser resuelta por el mismo Juez que la expidió (1) tal entre nosotros, la reposición; o por otro de superior jerarquía.

Sin embargo, dentro de la definición propuesta se ha considerado que basta que se plantee la impugnación a una resolución para que se trate de un recurso impugnatorio o legal dentro de la terminología procesal. Así también lo considera nuestro Código Procesal.

Entonces la distinción indicada, entre remedios y recursos, es más bien una subclasificación de los recursos impugnatorios.

(1) Prieto Castro Ob. cit. Pág. 302 T. II.

Consecuente con esto, se puede establecer la clasificación de los recursos impugnatorios en: 1º según sea el mismo Juez u otro el que revise la resolución y 2º en ordinarios y extraordinarios.

La primera clasificación permite distinguir entre recursos que traen la revisión por el propio Juez que expidió la resolución a que se refiere y los recursos de alzada, en los que el recurso produce la revisión por un superior jerárquico.—Entre los primeros, existe entre nosotros, el recurso de reposición; todos los demás recursos legales, son recursos de alzada.

La segunda clasificación entre recursos ordinarios y extraordinarios casi es imperceptible, pues todos se producen solo en los casos especiales que la ley determine. Sin embargo, se considera como extraordinario el recurso de nulidad. No existe otro dentro del proceso civil, pero leyes especiales consignan algunos que tienen indudablemente el carácter de excepcional o extraordinario, como el recurso de revisión de la ley 1378 y quizás el de incompatibilidad según la nueva L.O. del P.J.

Estudiaremos en particular cada uno de los recursos que nuestra ley permite.

RECURSO DE REPOSICION

Concepto.—Este mismo precepto lo define como el recurso que tiene por objeto que el mismo Juzgado o tribunal modifique o revoque los decretos que ha expedido.

De esta definición se deducen sus caracteres:

1) No es un recurso de alzada. El mismo juez o tribunal que lo ha expedido verifica la revisión en virtud del recurso.

La regla es que el Juez puede alterar de oficio los decretos antes que quedan consentidos (art. 1078).

Los decretos quedan consentidos dentro del día siguiente a su notificación porque este es el plazo para reclamar de ellos. No hay pues inconveniente legal para que pueda proceder a modificarlo total o parcialmente.

2) Solo procede respecto de los decretos.

Según el art. 1073 se entiende por decretos las resoluciones que tienen alguno de estos objetivos: a).—la sustanciación o simple tramitación del proceso, no tiene otro fin que hacer que el proceso avance, pero nada resuelve. b).—Los que dictan medidas tutelares del derecho de las partes, tales como embargos preventivos, inscripciones de demandas, etc.

Tramitación.—Art. 1099. Señalándola por etapas: a).—la oportunidad para interponerla es el día siguiente al de la notificación a la parte que lo interpone.— b).—el Juez puede resolverla de plano, sin tramitación alguna; o corre traslado a la otra parte por tres días. Es relativamente potestativo del Juez proceder en una u otra forma, porque esta decisión debe depender de la naturaleza de la cuestión.— c) el Juez resuelve al cabo de tres días con contestación o sin ella. La redacción del C. Procesal, no significa que el Juez puede resolverla al término del plazo señalado; es

preciso que o se absuelva el trámite o en su defecto, se acuse rebeldía, lo que supone la gestión de parte.

Se discute si la resolución que resuelve la reposición es apelable, pues hay decretos que lo son; únicamente, son inapelables los de mera tramitación (art. 1098).

Efectos de la reposición son en primer lugar la suspensión de la resolución y en segundo lugar, que la suerte de esta depende de lo que se resuelva en definitiva sobre el particular. Interrumpe además el término para la apelación en los casos en que esta procede.

RECURSO DE APELACION

Concepto.—Consiste en el recurso por el que se solicita que un Superior Jerárquico revise la resolución expedida por el inferior.

Se puede distinguir en él estos caracteres: a).—Constituye un recurso de alzada. Esto es que, a diferencia de lo que sucede con la reposición y la oposición, es un Juez distinto y de superior jerarquía quien vá a revisar la resolución apelada. Por esto es que, tratándose de apelación de resoluciones expedidas por los Juzgados de Paz, las resuelven los Jueces de 1ª Instancia; de las que expiden estos, las Cortes Superiores.— b).—Se funda así en el principio de la existencia de varias instancias. En nuestra legislación procesal civil, no está establecida la instancia única, sino para los decretos de mera sustanciación y para otras pocas resoluciones, a las que se niega expresamente, el recurso de reposición.— c).—A pesar de su carácter de revisorio, no elimina la facultad de adoptar nuevas probanzas, y aun de deducirse en algunos casos nuevos hechos y excepciones.— Este sistema ha sido discutido y está en vías de revisión.

Hay legislaciones que limitan al revisor su tarea a examinar y resolver con los elementos apuntados en la instancia inferior, ejerciendo una labor de estricto control del inferior tales como la de España (1). Otras legislaciones, admiten nuevas alegaciones y pruebas con grandes restricciones, tales como la de Francia, la ley Alemana de 1939, y nuestro C. Procesal. Al tratar de la tramitación en 2ª Instancia, se expondrán los casos y las condiciones en que nuestra ley admite invocar en la instancia revisora nuevos hechos o excepciones pudiendo adelantar que, en todos los casos, se permite la presentación de prueba instrumental.— d).—La revisión comprende el hecho y el derecho según la apelada y se resuelve en la confirmación, revocación o declaración de insubsistencia de la resolución apelada.

Formas de interposición.—(arts. 1090 - 1091 - 1092).— Al respecto puede interponerse en dos formas: a).—directa o principal y por adhesión b).—total o parcial; c).—por escrito o verbalmente; d).—con agregados o sin ellos.

a).—La apelación directa o principal es la que formula en forma

(1) Prieto C. Derecho Procesal— Pág. 328 T. II.

independiente el que se considera agraviado con la resolución; la adhesiva o por adhesión tiene lugar cuando una parte se suma o adhiere a la apelación interpuesta por otra; así tiene carácter de dependiente de la anterior, pero solo en el sentido que una parte ha condicionado esa apelación al hecho de que la otra parte apele. Una vez adherido a la apelación contraria, el recurso de adhesión continúa independiente y aunque el primer apelante se desistiera de su alzada, continuaría la revisión de la parte que se adhirió a la apelación.

Es de notarse que la alzada se refiere solo a los agravios al apelante y por lo tanto no puede entrar a resolver sobre los que haya podido ocasionar la apelada a quien no ha apelado de ella. Esto puede suceder cuando la resolución no haya amparado total, sino solo parcialmente, las pretensiones de una parte.

b).—Total o parcial, esto es que puede referirse a toda la resolución apelada íntegra o solamente a alguna o algunas de las partes independientes y separables que contenga. Tal como se ha dicho anteriormente, puede apelarse de una resolución solo en la parte que perjudica y no en la que favorece. Así declarada fundada una demanda sin costas, el demandante puede apelar de tal exoneración que sería la única que le perjudicaría dentro de la sentencia expedida.

c).—Verbal o escrita.—(art. 1090).—En oposición con otras legislaciones, (España, Argentina) se puede apelar verbalmente o por escrito.—Este precepto tiene por objeto, facilitar la interposición del recurso, impedir por este medio que se produzca la prescripción del término para interponerlo.

En cualquiera de las dos formas, el recurso puede ser o no fundado. En algunas legislaciones se prohíbe fundamentarlo para evitar agraviosa al Juez que le ha expedido la resolución (España). En cambio en otras se impone hacerlo para restringir o dar seriedad al acto de la apelación.

d).—Con agregados o sin ellos.—Esta es la regla general, especialmente en el juicio ordinario que estamos estudiando. Solo por excepción, se impone acompañar la apelación con agregados, tal como la consignación de los arriendos adeudados para apelar de la sentencia de los juicios de desahucio fundados en la falta de pago de la merced conductiva.

Plazo.—(arts. 1091 - 1093 - 1094).—Se debe distinguir el plazo para interponer el recurso de apelación y para adherirse al mismo.

El plazo para interponerlo varía según se refiera al decreto, auto o sentencia, sin importar la clase de juicios de que se trate. Según el precepto que estudiamos, el plazo es de tres días si se trata de decreto o auto y de cinco días si se trata de sentencia.

Los caracteres de este plazo son los siguientes: 1).—es un término perentorio. El simple transcurso de los días indicados, produce la caducidad del derecho para interponerlo.— 2).—es un plazo individual. Según la última parte del art. 1093, corre desde la notificación a la parte que interpone el recurso. Más exactamente, desde el día siguiente de dicha notificación, según la regla general sobre cómputo de términos.

En el caso de la 2ª parte del art. 1078 (art. 1094) o sea cuando la resolución ha sido aclarada o ampliada el término para apelar corre desde la notificación de la ampliación o aclaración.

Respecto al término para apelar mediante la adhesión al recurso de

apelación interpuesto por otro interesado (art. 1091) la regla es que puede formularse la adhesión en cualquier momento mientras no se haya resuelto la alzada, lo que significa que puede hacerse en primera instancia o ante el Superior.

El precepto está aclarado en la Exposición de Motivos del C.P.C. en el sentido que esta amplia facultad de adherirse al recurso de apelación, debe ejercitarse "siempre que con ella no sea alterada la sustanciación". Lo que podría interpretarse en el sentido, de que no es admisible después de la expresión de agravios, porque ya este trámite no va a correr respecto de la apelación adhesiva. Pero no debe entenderse tan drásticamente, sino que la adhesión al recurso de apelación puede formularse en cualquier momento antes de la resolución revisora, pero sin perjuicio del estado de la causa, o sea que esta apelación secundaria no se tramita independientemente de la principal o directa.

Sus clases (arts. 1090—1095—1096—1098). Las apelaciones de conceden en: a) uno; b).—en dos efectos. La clasificación pues se refiere a la forma o amplitud de la concesión de la apelación.

Conforme la expone en notable síntesis el profesor Alsina (1) el origen de estas denominaciones se encuentra en que el Juez tramitaba el juicio, y lo hacía por delegación del príncipe, la concesión de la alzada interrumpía la sustanciación (efecto suspensivo) y se devolvía o remitía al príncipe la jurisdicción para que revisara el caso (efecto devolutivo). Al comienzo los dos efectos fueron inseparables. El Derecho Canónico, los independizó de tal manera que procedía el efecto devolutivo, sin perjuicio de continuar la tramitación del juicio, aunque no se permitía como era lógico, la inversa, esto es que se suspendiera la sustanciación sin que se devolviera la jurisdicción. Mientras esta radique en el Juez puede y debe tramitar el juicio. Además la distinción se estableció principalmente, solo con la finalidad de que no se paralizara el juicio, ya sea por la poca importancia de la resolución apelada, ya por la urgencia de continuar el procedimiento, finalidad que se alcanzaría suspendida la jurisdicción. Por esto es que se concede la apelación en uno o en doble efecto; (suspensivo y devolutivo), o solo en un efecto (efecto devolutivo). De estas formas depende la tramitación de la apelación.

a).—**Apelación en doble efecto, art. 1095.**— Definición.— Lo antedicho aclara y precisa la definición de esta clase de apelación. El artículo indicado la define así acertadamente refiriéndose a sus efectos, la que deja en suspenso la jurisdicción del Juez y pasa el conocimiento del asunto al superior. Así pues comprende tanto el efecto suspensivo como el devolutivo de la jurisdicción y el Juez, concedida esta apelación, no puede seguir interviniendo en el asunto. Como consecuencia debe remitir todo lo actuado al superior.

Casos en que procede.—art. 1097.— Están enumerados en el artículo citado. Las resoluciones contra las que procede, son: 1).—Las sentencias.— Esto es las resoluciones que resuelven el fondo o principal de la cuestión propuesta. No importa la clase de juicio de que se trate. 2).—Los autos que

(1) Alsina.— Ob. cit. T. II.—pág. 622.

resuelven excepciones. Se refiere, por supuesto, a las excepciones dilatorias, y se otorga por su evidente importancia dentro del juicio. 3).—Los autos de abandono o deserción. Sin duda también por su trascendencia, pues con ellos puede quedar ejecutoriada una resolución o terminado el pleito. 4).—Los autos o decretos que niegan la recepción de prueba, o alguna prueba dentro del término de ofrecimiento o la de instrumentos en cualquier estado de la causa. Con ello se trata de garantizar el derecho y la obligación de las partes de demostrar los hechos que afirman y en los que no ha convenido la contraria. Reconocidas la importancia y carácter preferencial de la prueba instrumental. 5).—Los autos que resuelven incidentes; estas cuestiones interlocutorias al respecto es preciso aclarar una vez más que no debe confundirse incidente con cuaderno separado; que el incidente se tramita unas veces y otras no, en cuaderno aparte y que esta disposición legal no hace distingos entre los incidentes. 6).—De los autos contra lo que se concede expresamente el recurso.

Se trata de una enumeración taxativa. Sin embargo del propósito restrictivo de la disposición se concede también apelación en doble efecto en otros casos mediante la interpretación extensiva de la misma. Quizás con el criterio de que procede, siempre que produzca efectos bien irremediables dentro del proceso, como se admite expresamente en otras legislaciones (argentina) no siendo recomendable dejar esta determinación al arbitrio del Juez. Por última la enumeración del art. 1097, comprende sin duda todos los casos en que se pueden producir efectos irremediables dentro del juicio.

Sus efectos.—Art. 1095—1096. Según ya se ha dicho, es doble el efecto de la concesión de la apelación de esta clase: a) Suspende la jurisdicción del Juez; b) Pasa su conocimiento al inmediato superior.

En cuanto al primero, el Juez, al concederla, queda sin jurisdicción. No cuando se interpone sino al concederse, desde que puede denegarse o admitirse en solo el efecto devolutivo. En vista de este efecto el Juez no puede válidamente intervenir en el proceso, más exactamente en el cuaderno donde se ha concedido la alzada.

Pero esta regla reconoce las excepciones que se indican en el art. 1096. A pesar de la suspensión de la jurisdicción esta queda expedita: 1).—En los incidentes. En el sentido de incidentes que se tramitan en cuerda separada y dentro de las que no se ha concedido la apelación. Precisamente es la finalidad de la tramitación de las cuestiones interlocutorias en cuaderno separado. 2).—En la cuestión principal, cuando la alzada se ha concedido en un incidente. Regla igual a la anterior y que obedece a la misma causa. 3).—En todo lo que se refiere a la administración, custodia o conservación de los bienes embargados o del objeto de juicio. Excepción justificada por la urgencia de que estas no se pierdan o desmejoren. 4).—Lo relativo a la guarda de la persona de incapaces interesados en el juicio; lo que no admite generalmente retardo o postergación. 5).—En las cuestiones relativas a la interposición del recurso, hasta que se eleve el expediente, tales como procedencia del mismo recurso, oportunidad, etc.

En cuanto al segundo efecto, significa que el Juzgado inferior remite el conocimiento del caso a su superior jerárquico.

Tramitación —Solo nos referimos por ahora a la tramitación relativa a la concesión del recurso de apelación y no a la tramitación en Segunda Instancia, que será materia del capítulo siguiente.

Las reglas son: 1).—Se interpone ante el mismo Juez que ha expedido la resolución de que se reclama, verbalmente o por escrito. Ya se ha indicado que dentro de nuestro sistema no se impone ni se prohíbe que el recurso de apelación esté fundamentado. 2).—No dentro del juicio ordinario, pero si en los de desahucio, según las leyes de inquilinato requieren la consignación de lo adeudado. 3).—El Juez sin audiencia a la contraria admite o concede el recurso. En el caso que la admita, la hará en uno o en ambos efectos efectos (art. 1090). 3).—Admitida en doble efecto el Juez elevará inmediatamente el proceso al Superior. Esto es que envía el expediente original y lo hace sin necesidad de pedido de parte. Sin embargo supone, indudablemente, que el cumplimiento de este mandato está sujeto a que el apelante haya puesto expedito su apelación mediante el reintegro de papel sellado y timbres que sea necesario.

A este respecto debe notarse que una parte no puede obligar a la apelante a poner expedito su apelación, como a veces se pretende y aún se ha admitido. La Ley de Timbres es clara en el sentido de que la parte interesada en que suba el expediente, no tiene otro camino para lograrlo, que consignar por el apelante el papel y timbres que falte de cargo de este, quedando el omiso sujeto a la multa del doble del importe adeudado, bajo la sanción de no admitirle escrito alguno, mientras no la pague.

En caso de denegación procede el recurso de queja.

c) **Apelación en un solo efecto.**— art. 1099.

Conforme ya se ha expuesto en este caso, solo se produce el efecto devolutivo, esto es la remisión al Superior para que conozca de la alzada, conservando la facultad de continuar la tramitación del proceso.

Como consecuencia no remite el expediente al Superior, sino solo copia de las piezas pertinentes.

Casos en que procede.—Art. 1099. Están indicados en este precepto, expresándose que procede respecto de las resoluciones que no se admite la apelación en doble efecto según el art. 1097; ni de las que no son apelables en efecto alguno, según el art. 1098. Esto se puede traducir en el sentido afirmativo de que procede la apelación en un solo efecto de los autos interlocutorios que no tienen los efectos importantes de los indicados en los incs. 2º al 6º del art. 1097; y de los decretos, que no sean de mera sustanciación.

Como ya se ha expresado se trata de enumeración limitativa, pero de gran extensión.

Sus efectos.—Art. 1099, 2da. parte.— Anteriormente se ha indicado que son efectos de esta forma de apelación: 1).—No suspender la jurisdicción del juez y 2).—Solo lo obliga a la remisión al Superior de la cuestión apelada.

En cuanto al primero, el Juez de la concesión de la alzada conserva su facultad jurisdiccional, esto es sigue conociendo del proceso y tramitándolo. Por esto es que mantiene en su poder el expediente original, pues sin él, no podría continuar la tramitación. Solo remite copia certificada de lo actuado que se refiere a la cuestión apelada. Es claro que toda esta

tramitación queda, sin embargo, sujeta a lo que se decida sobre el particular, al resolver la alzada concedida solo en el efecto devolutivo.

En cuanto al segundo efecto, obliga a ordenar que se saque copia de las partes de lo actuado pertinentemente a la alzada y elevarlas al Superior. Estas copias se obtendrán en la forma que vamos a exponer a continuación.

Tramitación.—Art. 1100—1101.—Como en el caso anterior solo se tratará ahora de la forma de hacer uso del recurso de apelación en un efecto, pero no de su tramitación en segunda instancia.

Las reglas son: 1). Concedida la apelación en esta forma, la parte para hacer uso de ella, deberá pedir copia de las piezas del proceso que considere necesarias. No hay plazo señalado en la ley para presentar esta solicitud, pero se estima generalmente y sin fundamento mayor, que es el de tres días de la notificación de la concesión de la alzada. 2). El Juez: a).—Ordena la expedición de las copias, b).—Con citación y c).—Señalando término para expedirlas. Puede de oficio ordenar que se incluya la copia de otras piezas. 3).—La contraria puede pedir agregación de copias. Si injustificadamente retarda la expedición de las copias, por ejemplo, no proporcionando el papel sellado necesario, se puede pedir verbalmente o por escrito que se prescinda de ellas. 4). Se remite la copia al Superior. La ley no señala forma ni plazo. Respecto a la forma, se puede solicitar que directamente el Juzgado las presente, lo cual es ahora poco usado; o se entregan al apelante para que les presente directamente al Superior, lo que se hace con un recurso.

El plazo para presentar estas copias al Superior tampoco está indicado en la ley. El Dr. Romero sostiene que en aplicación por analogía del art. 1095 deberá hacerse inmediatamente que se obtengan (1). En la práctica se admite el plazo de tres días, que el art. 1101 señala para la queja que se hace también con copias.

Casos en que no procede la apelación en ningún efecto—art. 1098.—No procede la apelación en los casos de decretos de mera sustanciación.

Ya se ha expresado que respecto de ellos no cabe sino el recurso de reposición.

RECURSO DE QUEJA

Art.—1101.—Consiste en el que presenta el apelante al que se le denegaron los recursos de apelación o de nulidad.

No podía quedar solo al arbitrio del Juez otorgar o denegar el recurso de apelación, ni a la Corte Superior, el recurso de nulidad. Para evitar esto es que se ha concedido el recurso de queja.

Este recurso puede ejercitarse con copias, quejas de derecho o en defecto de estas, sin copias, esto último constituye la queja de hecho.

Debe distinguirse así este recurso del que con la misma denomina-

(1) Romero.— Ob. cit. T. III.—pág. 328.

ción existe en otras legislaciones, inclusive en nuestra L.O. de P.J. para reclamar de actos arbitrarios de los jueces.

En este caso está limitado al de denegatoria de la apelación o recurso de nulidad.

Forma.—Para hacer uso de este recurso se debe obtener la expedición de copias según el procedimiento señalado para la apelación concedida en un solo efecto (art. 1100). Pueden presentarse los dos casos que ya se ha consignado: a) que el Juez ordene expedir las copias solicitadas, con las agregaciones que el Juzgado o la contraria, soliciten respectivamente; y que, c) el Juez deniegue la expedición de copias. En este último caso se interpone la queja sin copias, presentándose un recurso directamente al Superior.

Tramitación.—La concesión de este recurso se sujeta a lo siguiente: 1) Se solicitan las copias.—el plazo está señalado en tres días siguientes a la notificación de la denegatoria.— 2). El Juez accede, amplía o deniega el pedido.— En el primer y segundo casos se procede como lo establece el art. 1100; en el caso de denegatoria se hace la presentación directa y sin copias del recurso de queja ante el Superior. 3).—Las copias con el recurso de queja se presentan al Superior.— Esta presentación puede hacerse por el propio interesado o por el Juzgado. En el caso que sea el interesado el Secretario de Juzgado, al otorgar las copias certificada sobre la fecha de tal entrega. El plazo es de tres días perentorios después de la entrega de las copias. Vencido este plazo no será admitida la queja.

La tramitación ante el Superior del recurso de queja se hace en la forma que luego se indicará.

RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad tiene por objeto que la Corte Suprema conozca en revisión de ciertas resoluciones expedidas generalmente por la Corte Superior y excepcionalmente por los Jueces de 1ra. Instancia cuando se trata de consultas sobre la inconstitucionalidad de las leyes según el art. 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente.

Es indudable que nuestra Corte Suprema participa a la vez, pero en distintos casos de las calidades de Tribunal de Revisión y de Tribunal de Casación.— Esto es que algunas veces procede el examen del caso especial en su cuestión de hecho; mientras que la Casación supone sólo el examen de la ley aplicada al caso y de la forma substancial del procedimiento. Por esto es que el recurso de nulidad puede resolverse con la revocatoria de la sentencia apelada o con la insubsistencia de la misma. Sin embargo, constituye un recurso extraordinario porque se ha tratado de rodear su admisión de mayores restricciones que la de los demás recursos.

Por supuesto que los caracteres generales de los recursos legales, que ya hemos expuesto, rigen para el recurso de nulidad.

Forma.—Art. 1122.— El recurso de nulidad deberá interponerse siempre por escrito. En esto se diferencia del recurso de apelación que puede también interponerse verbalmente.

Su forma debe además revestir estos requisitos: 1). Debe presen-

tarse en papel sellado (actualmente de 10.00 soles foja según la ley 13985); al que se adjuntarán tres fojas de papel sellado del tipo que se emplea en el juicio para formar el cuadernillo del recurso de nulidad que se tramita por cuerda separada; está derogada la prescripción que ordenaba adherir un Timbre Judicial de S/. 60.00 cualquiera que fuera la cuantía de la causa; 2). Debe adjuntarse así mismo el recibo que acredite haber hecho en la Corte Superior el depósito de S/. 100.00 soles oro conforme al art. 5º de la Ley N° 11363, en el caso de interponerse el recurso de nulidad contra dos resoluciones conformes.

Estas prescripciones tienen por objeto limitar el uso del recurso de nulidad mediante cargas e impuestos.

Pero además cabe también la interposición del recurso de nulidad mediante la adhesión del interpuesto por la parte contraria.— Art. 1123.— Esta adhesión es admisible no sólo ante la Corte Superior, sino también ante la Corte Suprema, hasta antes de que pasen los autos al Ministerio Fiscal. Así la adhesión al recurso de nulidad resulta más restringida que la adhesión al recurso de apelación, pues ésta última puede hacerse en cualquier momento antes de pedirse autos para sentencia; lo que sin duda se debe a la diferente tramitación de ambos recursos y la imprescindible vista fiscal en la Corte Suprema que necesariamente deberá pronunciarse sobre todo lo que es materia del recurso. Este recurso de adhesión se provee simplemente teniéndose al litigante como adherido pero sin dar lugar a ninguna tramitación especial ulterior.

Tramitación.— Art. 1122.— Está señalada por las siguientes etapas: 1). La presentación se hace ante la misma Corte Superior de cuya resolución se reclama y es ella misma la que debe concederlo o denegarlo sin trámite alguno. A pesar de que la procedencia o improcedencia del recurso de nulidad es así decidida por la Corte Superior, esto no impide que la Corte Suprema al conocer el recurso pueda sin embargo declarar su improcedencia si nó lo considera comprendido dentro de algunos de los casos en que la ley permite su interposición.

La Corte Superior debe citar la ley en que fundan el concesorio, según circular de la Corte Suprema de 23 de agosto de 1912, apoyada en el art. 1074—inc. 3º.

Para la concesión o denegación del recurso de nulidad se requieren tres votos conformes según la Resolución Administrativa de la Corte Suprema del 22 de junio de 1922.

La concesión del recurso puede dar lugar a la reclamación del perjudicado mediante reposición. La denegatoria puede dar lugar al recurso de queja.

2). El plazo para interponer el recurso de nulidad, según el art. 1124 es de 8 días si se trata de sentencia y de 3 días si se trata de otra clase de resolución. Dicho término es individual y perentorio, conforme ya se ha expuesto.

3. **Procedencia.**— a).—arts. 1127-1125-1126-1128.— El recurso de nulidad procede, a) en los casos del art. 1127 o sea en los casos de los tres primeros incs. del art. 1097, que ya se han analizado. b). En los casos del art. 4º del mismo artículo pero sólo en el juicio ordinario. c). De los autos que resuelven incidentes producidos en 2da. Instancia que serían apela-

bles en ambos efectos, si se hubiesen producido en la instancia. d). En los casos en que la ley lo permite especialmente, como por el art. 55 de la Ley 1578 sobre Accidentes de Trabajo.

No procede el recurso de nulidad en tres casos: a) Por razón de la cuantía de la causa.— Art. 1125. Según este artículo, no había lugar al recurso de nulidad en los casos cuyo interés no pasara de 50 LP. Pero ha sido reformado y actualmente por el art. 9º inc. a) de la ley 13036 no procede si no excede la cuantía del pleito de S/. 10,000.00.

Esta cuantía también se aplica por la jurisprudencia a los juicios de desahucio calculado el monto de la merced conductiva anual.

b). Por la naturaleza del apelado está prohibido el recurso de nulidad en los casos del art. 1128. Esto es cuando se trata de resoluciones incidentales o finales de las diligencias preparatorias, si versan sobre embargos preventivos y en los casos expresamente prohibidos.

c) Por razón de no existir otra instancia. Art. 1126.— No procede en las causas que originariamente reconoce la Corte Suprema.

Revisión.— Art. 1129.— Concedido el recurso, deben remitirse los autos a la Corte Suprema al día siguiente de notificado el decreto que la admite. Se trata de otro de los términos que fijó con plausible fin el C. de P.C. pero que en la práctica no pueden cumplirse.

Conforme a la ley 7564 de 9 de agosto de 1932, se modificó el art. 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entonces vigente, señalándose las Salas de la Corte Suprema a la que correspondían el conocimiento del recurso de nulidad.— Esto ha sido reformado nuevamente por el art. 116 y siguiente de la actual L.O. del Poder Judicial.

La distribución entre las Salas de los diversos asuntos se hace actualmente en la siguiente forma: Se remite a la 1ra. Sala los recursos referentes a las sentencias de los juicios civiles cuando sean ordinarios y ejecutivos y las consultas relativas a incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal; a la 2da. Sala los recursos de nulidad relativos a sentencias en los demás juicios civiles, en las reclamaciones derivadas de la legislación del trabajo y en los procedimientos penales; a la 3ra. y 4ta. Salas los demás asuntos en los que cabe recurso de nulidad, haciéndose la distribución de las causas según el orden de su ingreso.

XI.— SEGUNDA INSTANCIA

Como queda expuesto en los capítulos precedentes, existe una Segunda Instancia, esto es la posibilidad de una revisión de las resoluciones del juez inferior. Esto existe tanto para las resoluciones expedidas por los jueces de paz, como para las que provienen de los jueces de 1ra. Instancia. La revisión de las primeras las hace el juez de 1a. Instancia de turno en el momento en que se eleva lo actuado. De las segundas, es revisora la Corte Superior. Corresponde su conocimiento a la Sala que se encuentre de turno también al elevarse lo actuado, sea todo el expediente o sólo las copias respectivas. Es pues un Tribunal el que conoce estas alza-

das. Según el objeto de esta exposición, nos limitaremos a la tramitación del recurso de apelación en la Corte Superior.

Como consecuencia de esto, todas las peticiones y artículos que se formulen en 2da. Instancia, tienen que referirse a lo que es materia de la alzada, debiendo rechazarse de plano las que le sean extrañas. (art. 1118).

Esta tramitación varía según la naturaleza de los juicios y la clase de la resolución apelada.

Hay que distinguir tres tramitaciones al respecto: I).—Apelación de sentencia en juicio ordinario; II).—Apelación de sentencia en juicio no ordinario; III).—Apelación de autos, diferenciando en este último caso, según se refieran: a) Autos que resuelvan excepciones, abandono o deserción; b) A otra clase de autos y entre estos a los concedidos en uno o doble efecto.

I).—Tramitación de la apelación de sentencias en juicio ordinario.—Art. 1102.—Se puede señalar por las siguientes etapas:

Ia.).—Expresión de agravios.—Inmediatamente que el proceso ingrese a la Sala se manda que el apelante exprese agravios.

Debe notarse que el trámite corre en primer lugar con el apelante, lo que está justificado dada la naturaleza y fin del recurso de alzada.

Puede presentarse el caso de que ambas partes litigantes formulen apelación por haberse declarado fundada sólo en parte la demanda, la sentencia no satisface plenamente a ninguna de las partes y las dos interponen apelación de la parte de la sentencia, con la que no están conformes o que consideran les agravia.

En este caso el orden establecido no sin vacilaciones, para expresar agravios, es que el trámite corre en primer lugar con la parte que apela de lo sustancial o principal. Así en un juicio de indemnización por daños y perjuicios, el que apela del fondo de la cuestión, tiene preferencia sobre la parte que apela únicamente del monto que se señala al importe de la misma.

En caso de ser varios los litigantes el trámite corre con cada uno de los que litigan por separado.

La expresión de agravios consiste en el recurso por el cual el apelante, señala al revisor los errores que en desmedro de su derecho contiene la sentencia apelada.

Corresponde así a la misma naturaleza del alegato, pues tiene por fin facilitar al revisor el conocimiento de lo actuado y el fundamento de la apelación interpuesta.

Es un trámite obligatorio y debe serlo así. Contra opinión más ilustrada (1) estimo que la ley establece por lo menos implícitamente su obligatoriedad por cuanto el art. 1102 dice "que se mandará" expresar agravios sin dejar este mandato, como en el caso del alegato sujeto a que si la parte lo tuviese a bien.

El plazo para expresar agravios, según el precepto legal que estudiamos es de seis días "para ambas partes" pero en la práctica se ha

(1) Romero— Ob. cit. pág. 366.— T. III.

interpretado como seis días "para cada parte".—Este término es prorrogable según el art. 176 del C. P.C.

2ª—Traslado de la expresión de agravios o rebeldía.—Pueden presentarse dos casos: a).—Que se absuelva el trámite de expresar agravios o b). que no se absuelva.

a).—En el primer caso el trámite es correr traslado de dicho recurso a la otra parte.—Este trámite es obligatorio sin lugar a dudas, desde que conforme a este mismo artículo, si nó se absuelve el trámite se debe acusar rebeldía; además es un traslado y por lo mismo existe la obligación de absolver el trámite.— El plazo para hacerlo es también y según lo ante dicho, de seis días prorrogables.

Tanto para expresar agravios como para contestar el traslado del mismo, las partes pueden obtener por medio del respectivo procurador la entrega de los actuados, según lo establece el C. de P.C.

b). La segunda eventualidad es que no se absuelva el trámite de expresar agravios, en cuyo caso, vencido el término, se pasa a la etapa siguiente, previa rebeldía expidiéndose el decreto de autos con citación y a la tabla.

3ª) Eventualmente puede recibirse la causa a prueba.—arts. 1103, 1105, 1106.

Está permitida la recepción a prueba, en 2ª Instancia, pero en forma restringida bajo ciertas condiciones.—Estas son:

1) Que se trate de juicio ordinario.—esta prescripción solo aparece de la Exposición de Motivos de C.P.C. pues como lo hace notar el Dr. Romero (1) en el art. 1103 que comentamos, solo prescribe que se hará antes de pedirse autos para sentencia y este trámite también procede en casos en que no se trate de apelación de sentencia en juicio ordinario, pues procede siempre que se trate de sentencia cualquiera que sea el juicio a que se refiera.

El eminente tratadista citado abunda en razones contra esta limitación y aquellos son atendibles sin duda, pero puede por lo menos explicarse teniéndose en consideración que las otras clases de juicios, tienen una tramitación sumaria y una estación probatoria en 1ª Instancia muy limitada, que no justificaría poder ser ampliada en 2ª Instancia. Son lamentables los casos a que se refiere sobre conocimiento de nuevos hechos y ofrecimientos de probanzas que pueden reforzar la defensa de unos derechos, pero no justificaría el caso general de ampliar los términos probatorios en procedimientos que por su naturaleza deben ser sumarios.

2).—Que se aleguen hechos nuevos o nuevas excepciones.—art. 1104.

En primer lugar debe determinarse que se entiende por hechos nuevos. Indudablemente que se trata de hechos que vienen a corroborar los hechos en que se funda la demanda. No hechos que variarían la esencia de aquellos en los que se fundó la acción o la contestación. Así, en un juicio de indemnización por daños provenientes de un accidente de tránsito, podría alegarse en 2ª Instancia el hecho nuevo de que el chaffeur carecía de licencia para manejar, pero no podría deducirse como hecho nuevo que las lesiones fueron consecuencia de la caída de una pared, por ejemplo. Es

(1) Romero.— Ob. cit. T. III.— Pág. 374.

decir en 2ª Instancia no es admisible nada que cambie de tal manera la naturaleza de la cuestión que le reste a este su carácter revisionista de la anterior instancia (1).

Para algunas legislaciones el hecho nuevo es el hecho ignorado por las partes o un hecho sobreviviente (2) pero debe distinguirse siempre el hecho nuevo de la causa nueva como lo indica el profesor Alsina, pues esta última variaría el fundamento de la demanda y de la sentencia recurrida y por lo tanto solo sería admisible como base de una nueva y distinta acción.

En cuanto a las nuevas excepciones que pueden deducirse en segunda Instancia ellas son todas las que la ley franquea, excepto la excepción de incompetencia que se fundamenta en el elemento territorial, pues este es el único elemento renunciable y según el art. 44 del C. de P.C., de no haberse deducido en 1ª Instancia, se abriría producido una prórroga tácita de la jurisdicción.

Ni hecho nuevo ni nuevas excepciones pueden deducirse sin antes haberse expedido el decreto de autos con citación y a la Tabla.

3).—Que se aleguen dentro de un plazo; los nuevos hechos o nuevas excepciones debe hacerse antes que se pida autos para sentencia. art. 1103.

Es evidente que con este decreto debe considerarse clausurado el debate ante la Corte Superior, y por lo mismo ya no habría lugar a que se alterare el estado del proceso con la tramitación que supone siempre el planteamiento de nuevos hechos o excepciones.

4ª.—Que las pruebas se ofrezcan en el mismo escrito en que se aleguen nuevos hechos o deduzcan nuevas excepciones.

Es evidente que estas pruebas deben referirse a los nuevos hechos alegados, a las nuevas excepciones deducidas y de ninguna manera a los hechos o excepciones que han debido ser materia de la respectiva probanza en 1ª Instancia, pues no se trata de suplir las omisiones en que se haya incurrido ante el inferior en materia de probanzas.

Es de notar también, a este respecto, que no se trata de la presentación de prueba instrumental que puede hacerse en cualquier estado del juicio y que por lo tanto no requiere la recepción a prueba.

Ya se ha dicho que solo la prueba instrumental es privilegiada dentro del juicio ordinario, pues la confesión y el juramento decisorio, que si lo son en 1ª Instancia, no conservan esta calidad ante la Corte Superior y no pueden actuarse sino dentro de término probatorio.

5ª.—La recepción a prueba está sujeta a una tramitación previa (art. 1104).

No se decide sobre la recepción a prueba en 2ª Instancia sino previa la siguiente tramitación: a).—se corre traslado a la parte contraria por tres días, precisamente para que pueda pronunciarse sobre la procedencia de la solicitud. b).—con la contestación o la rebeldía, la Sala resuelve c).—De esta resolución cabe recurso de nulidad según el C. de P.C.— d).—En el caso de haberse recibido a prueba la causa, la actuación de las mismas

(1) Romero Ob. cit. Pág. T. 3º

(2) Alsina Ob. cit. Pág. 686 T. 2º

se sujeta a estas normas (art. 1105-06-07).

a).—La Sala señala prudencialmente el término de actuación. Esto es que es un término judicial, cuya fijación se deja al arbitrio judicial, para que este se produzca según lo requiera la calidad y número de las pruebas ofrecidas. En todo caso no debe exceder de 10 días.—El otorgamiento del término de la distancia queda entregado al absoluto criterio de la Sala que puede concederlo o denegarlo sin que haya, contra esta resolución, recurso alguno.— b) las pruebas se actúan ante la Sala en pleno o ante aquel de sus miembros que se designe para el efecto. Las pruebas se actúan en la forma ordinaria. c).—las nuevas excepciones se resuelven en la sentencia. (art. 1107).

6ª.—Se expide el decreto de autos con citación y a la tabla, como sexta etapa de la tramitación de la apelación de sentencia en juicio ordinario. (Art. 1108).

No se requiere ya insistir sobre la naturaleza de este decreto de prevención que cierra el debate y deja, previo transcurso de tres días, expedita la causa para ser incluida en la tabla.

Pero es necesario aclarar que la causa debe ser vista por los vocales que dictaron este decreto (art. 153 L.O.P.J.). Pues por él la competencia acumulativa, se ha convertido en exclusiva; es la figura de la prevención.

Tampoco es necesario referirnos a la tabla, más extensamente que indicar que es la relación de causas, que se encuentran expeditas para ser vistas o resueltas. Pero no todas las causas requieren este trámite; hay resoluciones de tabla y de Sala.

La designación de las causas corresponde al Presidente de la Sala (art. 148 inc. 3ª L.O.P.J.), debiendo seguir en lo posible el orden de ingreso.

7ª.—Se expide sentencia.— A la vista de las causas pueden los abogados y las partes informar verbalmente: estas últimas solo sobre hechos.

Para ello debe solicitarse oportunamente el uso de la palabra a fin de que se cite con la debida oportunidad indicando el tiempo probable del informe (art. 150 L.O.P.J.).

Hay diversas disposiciones en esta ley para evitar las dilaciones maliciosas con este motivo (art. 152 L.O.P.J.).

La citación para informes orales debe hacerse con 48 horas de anticipación (art. 150 L.O.P.J.) y su omisión ocasionaría insubsistencia de la resolución.

Según el art. 132 de L.O.P.J.— La resolución requiere de tres votos conformes de toda conformidad o sea de la unanimidad.

Puede presentarse el caso de que no se reuna ese número de votos y entonces se produce la discordia. En estas circunstancias debe procederse como lo indica el art. 133 de la misma L.O. que se refiere a los vocales que deben ser llamados para dirimir la discordia; en las Cortes de una Sala se llama al vocal excedente; en las de dos Salas (Civil y Tribunal Correccional) al de este último por orden del menos al más antiguo, en las de más de dos Salas en lo Civil, al vocal de la Sala Civil del turno anterior del menos al más antiguo; en las de más de dos Salas Civiles, al

vocal de turno más remoto, también del menos al más antiguo. A falta de todos estos se llama a los suplentes, jueces de 1ra. Instancia o se remite el proceso a la Corte más cercana (art. 163, 164, 165, 166. L.O.)

Producida la discordia según disposición contenida en el Art. 161 L.O. debe publicarse y anunciarse el punto que la motiva, novedad legislativa que sin duda es beneficiosa en cuanto aclara y precisa la materia de la discrepancia.

Según la actual L.O. del P.J. el Presidente de la Sala debe designar un vocal ponente que constituye una manera de procurar que uno de los miembros de la Sala tenga a su cuidado particular el examen del expediente y del caso.

Es verdad que anteriormente los Relatores debían hacer una relación de lo actuado, pero sin duda por el aumento del despacho se abandonó el sistema en la práctica. De tal manera que, si se admite que tal procedimiento era ventajoso, con mayor razón tiene que considerarse la reforma, desde que la hace una persona de mayor experiencia y saber, y reparte la tarea entre los Vocales, lo que permite llevarla a la práctica, y hacerla uno de los jueces que van a absolverla o decidirla, con todas sus ventajas.

El sistema se regula en el art. 149 L.O. en el sentido de que sólo procede la designación de Vocal ponente cuando "el recurso verse sobre sentencia" en "causas civiles o del trabajo" debiéndose hacerse la designación por el Presidente de la Sala en forma reservada y por riguroso orden de turnos" de tal manera que no depende de la voluntad de los Vocales, ni del propio Presidente, la adjudicación de los asuntos. Por último que la "ponencia se formulará oralmente antes de la audiencia pública" con la cual se elimina la idea de que se trata de un proyecto de resolución.

El art. 1111 señala a la Corte Superior el término de veinte días para expedir sentencia en juicio ordinario. Ya hemos indicado que el C. Procesal trató de fijar términos para los actos procesales provenientes de los jueces, pero que ellos han sido superados por el aumento del despacho judicial.

La nueva L.O.P.J. en su art. 125 señala términos para la expedición de sentencias y dirimir las discordias, pero dentro del título correspondiente a la Corte Suprema.

La resolución se debe pronunciar por la confirmatoria, la revocatoria o la insubsistencia. La primera significa que resuelve la alzada ratificando y sosteniendo la resolución apelada. La revocatoria, su disconformidad con la misma y por lo tanto dejándola de lado, se pronuncia sobre el particular. La insubsistencia es la declaración de la carencia de efectos de la apelada por defectos esenciales de forma.

II.—1).—Apelación de sentencia en juicio no ordinario.— Art. 1108.— En este caso la tramitación en 2da. Instancia se limita a: 1). Pedir autos para sentencia, una vez que el expediente haya llegado a la Sala. No hay ningún trámite previo, pero nada impide que las partes puedan formular sus alegaciones por escrito.

2).—Notificar a las partes este decreto.— Esto significa "notificadas las partes". Es de notarse al respecto el principio general expresado en el

art. 1117; según el cual "en las apelaciones y quejas procedentes de lugar distinto de la residencia del Tribunal, solo se notifican las resoluciones" a los litigantes que se apersonen ante él "Para esto hay que abonar dos soles en concepto de litis expensas y señalar domicilio en la sede de la Corte.

3).—Incluir la causa en la Tabla, vencido el término de tres días de la citación.

4).—Votar la causa expidiéndose resolución. En este caso se puede también solicitar la palabra para informar verbalmente, siguiendo las demás reglas que ya se han señalado para la expedición de las sentencias.

III.— Tramitación de la apelación de autos.— arts. 1109, 1110.— En este caso hay que distinguir entre la apelación de autos que resuelvan excepciones, y la apelación de los demás autos.

En el primer caso, apelación de autos que resuelven excepciones, los trámites son iguales a los que se siguen en la tramitación de sentencias de juicios no ordinarios (art. 1109).

En el segundo caso, esto es cuando se trata de apelación de otros autos, que no se refieran a excepciones, y está la alzada concedida en uno o doble efecto, la Sala expide resolución sin ningún trámite previo. (art. 1110).

Esta carencia de tramitación ha sido fundadamente criticada (1) por cuanto en la práctica pone en riesgo a las partes de no hacer su defensa, por desconocer el momento en que el expediente es elevado a la Corte.

IV.— Tramitación de recurso de queja. art. 1113. También hay que distinguir entre las quejas de derecho y las quejas de hecho.

Las primeras se resuelven sin trámite alguno dentro del 3ro. día.— Sin embargo, la Sala tiene la facultad de solicitar ampliación de las copias presentadas (art. 1116) señalándose al quejoso un término para hacerlo.

Las segundas se tramitan así: 1) se pide informe al juez, quien debe evacuarlo dentro del tercero día. 2) se expide resolución.

Si las quejas se declaran fundadas, la Corte, entra a resolver sobre lo principal, dando por interpuesto el recurso a que se refiere. (art. 1114).

En cambio si se declara infundada la queja, el que la interpuso queda obligado al pago de costas (art. 1115).

Deserción del recurso de apelación.—(arts. 1119-1120-1121).

La deserción consiste en dar por desierta o renunciada la apelación interpuesta por no haberse abonado el porte de correos necesario para que el expediente llegue a la Corte.

Por lo tanto solo puede funcionar cuando sea necesario recurrir al servicio postal para que el expediente llegue a la Corte, esto es, cuando la apelación es concedida por juzgado que funcione en lugar distinto de la sede de la Corte que deba resolver la alzada.

Está sujeta a la siguiente tramitación: 1) el Secretario del Juzgado deposita el expediente en la respectiva estafeta de correos. Hay un servicio especial, llamado Servicio Judicial. 2) el interesado en la deserción soli-

(1) Romero— Ob. cit. T. III pág. 388.

cita que el Juzgado ordene al administrador de correos que certifique sobre el hecho de "que no se han franqueado los autos dentro de los tres días contados desde que fueron entregados en la estafeta ni en el tiempo transcurrido hasta el día de su certificación". Este decreto se expide con citación del apelante de tal manera que éste puede abonar el franqueo y dejar expedita la remisión del expediente, mientras el Administrador no haya dado la certificación ordenada (art. 1121) debiendo mediar entre la notificación al apelante y la certificación, por lo menos un día.— 3). Si el apelante abona el franqueo antes de la certificación, el expediente será remitido a la Corte y seguirá la tramitación que le corresponde hasta expedirse resolución.— Si el apelante no abona el franqueo antes de producirse la certificación, el juez declara desierto el recurso y sin efecto la apelación concedida (art. 1119).

XII.— Tramitación del Recurso de Nulidad

Como en el caso de la tramitación del recurso de apelación, también la del recurso de nulidad depende, con muy ligeros variantes de la clase de resolución y no de la naturaleza del juicio de que se trata. Esto es que cualquiera que sea la clase de juicio, se tramita el recurso de nulidad de la misma forma.

Hay que distinguir solamente por razón de la naturaleza de la resolución a que objeta el recurso si se trata de sentencias o de autos.

1). Tratándose de recurso de nulidad interpuesta contra una sentencia.—art. 1130.— las etapas son estas: 1) Se manda entregar el proceso por su orden a las partes por el término de seis días para cada una.

Merece destacarse de este trámite, en primer lugar que tiene por objeto que la parte que se cree agraviada con la resolución de vista exponga estos agravios ante la Corte Suprema, o sea que fundamente su recurso de nulidad.— Así tiene la misma finalidad que el alegato y la expresión de agravios de las que ya hemos tratado.

Consecuentemente con lo dicho, el trámite debe ser evacuado por orden, es decir primero por la parte que interpone el recurso y después por la contraria.— En caso de que ambas partes lo hayan interpuesto, el trámite corre en primer lugar con la parte que reclama de lo principal controvertido.

En tercer lugar, según el dispositivo estudiado, para absolver este trámite existe la posibilidad de obtener la entrega del proceso. También en este caso, como en los anteriormente expuestos, la entrega se hace por medio de un Procurador Judicial, según la denominación dada por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Este funcionario responde de la devolución del expediente.

En 4º lugar el término para absolver el trámite de fundamentar el recurso de nulidad es de seis días. Este término es prorrogable a otros seis, según el art. 176 del C.P.C.

2a).—Corre el mismo trámite con la parte que no ha interpuesto el recurso de nulidad. Debe notarse que no se corre traslado del recurso an-

terior, sino que únicamente se provee mandándose incluirlo en los autos.

Todas las características que hemos anotado anteriormente las reúne también el trámite corriendo para la parte que no ha interpuesto el recurso y así es igual su facultad de obtener el expediente y el término de los seis días.

El art. 176, como lo hace notar el Dr. Romero (1), solo se refiere al trámite de fundamentación del recurso de nulidad y no al de refutarlo, pero en la práctica, por analogía, se ha interpretado que también procede la prórroga para esta segunda etapa.

En el caso de que no se cumpla con la devolución de los actuados, procede el apremio. Este es pues la sanción bajo la amenaza de la cual se decreta un trámite procesal o el cumplimiento de un mandato jurisdiccional. Entre ellos se encuentra el apremio de detención y la multa. Ambos proceden tratándose de la devolución de autos. (art. 199).

Producida la mora en la devolución de autos debe solicitarse el apremio.—art. 197.— Los apremios, como las rebeldías se dictan a solicitud de parte, nunca de oficio, salvo que se trate de hacer efectivas las multas destinadas a fondos de justicia. Sin embargo, conforme al inc. 8º del art. 145 de la L.O. este apremio se podría dictar de oficio. Este pedido puede hacerse por escrito o verbalmente y se dirige en el caso que estudiamos contra el procurador que ha sacado el expediente de la Sala. Este apremio debe ser proveído por el vocal menos antiguo de la Sala según el art. 118 de la L.O.P.J. y se decreta contra el abogado a quien el procurador entregó los autos. La fórmula tradicional del mismo es "hoy o cárcel".

En caso de que no se cumpla con la devolución a pesar del 1er. apremio, se hace efectivo éste dictándose orden de detención contra el abogado responsable y se oficia al efecto a la Policía judicial. Es de notar que no se proceda muy lógicamente pues siendo el procurador el responsable a él deberían aplicarse las sanciones, pero sin duda un criterio de equidad hace que se apliquen contra la persona que efectivamente tiene el expediente en su poder.

Este apremio es doble: multa y detención.— En cuanto a la multa, es regla general.—art. 199 de que todo apremio lleva consigo la multa de dos soles. Pero en el caso de tratarse de apremio para la devolución de autos, que es el que nos ocupa, se incurre en esta multa por una vez con el apremio y además de dos soles desde que se solicita la detención hasta que esta se lleva a cabo o se devuelven los autos. Para hacer efectiva esta sanción el art. 200 establece que mientras el responsable no abone la multa los términos le corren y no se le admite escrito alguno bajo responsabilidad. Aún se pone en el caso de que se le admita el recurso, en cuyo caso manda que el juez de oficio o a petición de parte tenga por no presentado el escrito y por insubsistente el proveído recaído en él.

Respecto a la detención arts. 185-186.— producida ésta queda sujeta a las siguientes reglas: 1) la detención no puede exceder de tres meses. Vencido este plazo sin que haya surtido efecto la detención, se le pon-

(1) Ob. cit. pág. 483. T. III.

drá al responsable a disposición del juez instructor ordenándose su enjuiciamiento criminal. 2). la detención cesa una vez rehecho el expediente o presentado el expediente original.— Los expedientes perdidos o extraviados pueden ser rehechos mediante las copias que se conservan de los recursos, las notificaciones y las transcripciones de las resoluciones en los libros copiadores de autos y sentencias que deben llevar los secretarios.

3). Se pasan los autos al Ministerio Fscal para que emita su dictamen.— Así la intervención del Ministerio Público, es obligatoria en la Corte Suprema para toda clase de asuntos. Esta intervención tiene carácter ilustrativo.

Por expresa disposición de la ley art. 1130, in fine este trámite se decreta de oficio, y hasta sin notificación.

4). Se pone la causa en Tabla.— art. 1131. Solo cabe notar que la inclusión en la Tabla es sin citación.

5). Se procede a la vista de la causa, en la misma forma que en la Corte Superior, con los informes orales de los abogados o las partes que hayan solicitado hacer uso de la palabra. Las partes solo pueden informar sobre hechos.

Según la ley 10020 de 13 de Setiembre de 1944 solo se admite por una sola vez y dos días, la suspensión de la vista de la causa por motivo acreditado.

6). Se expide sentencia.—art. 1133.— Para que haya solución se requiere en el caso a que nos referimos, recurso de nulidad contra sentencia, cuatro votos conformes de toda conformidad, según el art. 119 de la L.O.P.J.

En caso de que no se reuna esta proporción se produce la discordia que debe ser dirimida llamándose al Vocal menos antiguo de la 2da. Sala si la discordia se produce en la 1ra. Sala y a la inversa, si se ha producido en la 2da. Sala (art. 124 L.O.P.J.).

El art. 125 de la citada L.O. establece como responsabilidad del Presidente de la Sala llamar en el mismo acto al vocal que debe dirimirla. El dirimente debe señalar día para la vista de la causa dentro de los ocho días de notificada la discordia.

La resolución debe ser expedida dentro de los 30 días de la vista, pudiendo prorrogarse este plazo por otro igual con autorización del Presidente de la Corte. El dirimente debe emitir su voto a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la vista por él, de la causa.

La resolución que se expida debe ser fundada y más aún por el art. 120 L.O. se impone que si la sentencia se expide en disconformidad con el dictamen fiscal, deberá expresar los fundamentos de la discrepancia.

La resolución puede pronunciarse en dos formas: 1) por no "haber nulidad"; b) Por haber nulidad.

En el primer supuesto significa que está conforme con la sentencia de la Corte Superior o sentencia de vista y por lo mismo equivale a una confirmatoria de ésta. En el segundo supuesto se pronuncia en contra de la sentencia de 2da. Instancia.

En este caso debe distinguirse sobre el fundamento de la declaración de nulidad.—Art. 1133.

Si se declara la nulidad por razón de defecto substancial en el pro-

cedimiento, es propiamente la insubsistencia. Ya no entra a conocer el fondo del asunto sino que repone la causa al estado en que se produjo el vicio y devuelve el expediente para que su subsane el error o la omisión. Procede así en este caso como un verdadero Tribunal de Casación.

Pero si la nulidad se establece por errónea aplicación de la ley material o de la apreciación de la prueba, la Corte Suprema no se limita a declarar la nulidad de la sentencia de vista, sino que entra a expedir nuevo fallo, revocando o confirmando la sentencia de 1ra. Instancia o expidiendo una sentencia distinta. Entonces procede como verdadero Tribunal revisor, constituyendo una tercera instancia.

Tratándose de recurso de nulidad referente a resolución que no sea sentencia.—Art. 1130.— 2da. parte, esto es a autos, la tramitación indicada sólo varía en la 1a. etapa de las señaladas: el proceso no se manda entregar a las partes, sino únicamente permanece en la Secretaría de la Corte, durante tres días.

No aclara la ley si este término es prorrogable o no, ni tampoco si es común o individual (1). Es indudable el objetivo del legislador de acelerar el procedimiento, en estos casos en que la naturaleza de la resolución, un auto generalmente, no ha de requerir un extenso estudio del proceso. Por otra parte, no estando comprendido dentro los términos susceptibles de prórroga (art. 176), es claro que este no lo es.

Las tramitaciones que acabamos de indicar tienen estas cuatro características:

1) La tramitación se hace en cuaderno separado. Todo el recurso de nulidad se tramita en un cuadernillo aparte, el que, una vez terminado, queda archivado en la misma Corte Suprema. Solo copia de la resolución se pone en el expediente principal.

2) La tramitación se hace de oficio. No requiere gestión de parte.

3) No se notifican los trámites, ni tampoco la resolución final. El interesado debe acercarse a la respectiva Mesa de Partes para enterarse del estado del proceso.

4) Está prohibida la presentación de documentos.— (art. 1132) excepto de poderes. Esto es que la prueba instrumental no tiene el carácter de privilegiada en la Corte Suprema. Esta constituye otra de las notas que con vacilación se le ha dado a la Corte Suprema de Tribunal de Casación. Debe resolver con los elementos que ya corren en autos sin que se pueda hacer mérito de otros distintos, aunque se trate de instrumentos.

Aunque la medida parezca demasiado drástica el carácter de casación que tiene en parte el recurso de nulidad, la explica y justifica.

Sanciones.— Arts. 1134-1135.— La ley—art. 1134, pena a la parte que ha perdido en la Corte Suprema imponiéndole ciertas sanciones especiales distintas de las que corresponden a las demás fases del juicio. La imposición de estas sanciones queda sujeta a las siguientes normas:

a) Sólo proceden las sanciones cuando se declara no haber nulidad contra dos resoluciones conformes. Es claro que en otro caso se debe suponer que se trata de un asunto dudoso y que sería una causa atendible

(1) Romero Ob. cit. pág. 508. T. III.

para litigar que elimina la presunción de malicia y por lo mismo la procedencia de una sanción.

Contra muy autorizada opinión (1) estimo que sólo debe tenerse en consideración la parte resolutive de las sentencias para decidir sobre la conformidad entre ambas.

2) Las sanciones consisten a la vez en el pago de costas y multa.

Las costas se regulan en cuaderno aparte y en razón del tiempo que ha permanecido el expediente en la Corte Suprema. Su pago se hace efectivo en la forma ordinaria.

La multa está señalada actualmente por lo dispuesto en el decreto ley 11363 de 19 de mayo de 1950, elevándose al doble las que señalaba el art. 1134 del C. de P.C. (art. 4º).— Como esta multa se impone dentro de un mínimo y un máximo, su monto debe ser fijado de conformidad con la temeridad que signifique a juicio de la Sala, la interposición del recurso.

XXIII.—EJECUCION DE SENTENCIAS

La última etapa del juicio es la ejecución de la sentencia. Esto es el objetivo del juicio, se ha seguido solamente para obtener una decisión sobre los puntos controvertidos y para que esta decisión tenga efectividad práctica, ya sea para que no se estime procedente la pretensión si la demanda fué declarada sin lugar, ya sea para que se cumpla con la obligación demandada si la acción se ha resuelto declarándose fundada.

Debe distinguirse la ejecución de las sentencias nacionales y las dictadas en el extranjero.

A.— Ejecución de sentencias nacionales.— Deben anotarse las siguientes reglas:

1) Debe expedirse constancia de que la sentencia está consentida por no haberse interpuesto recurso alguno contra ella. Por lo tanto sólo procede esta —art. 1081— cuando la sentencia no ha sido apelada, pues en los demás casos la expedición de la sentencia de revisión y no aparecer el recurso de nulidad o la resolución de la Corte Suprema es suficiente para comprobar este hecho, desde que las sentencias quedan ejecutoriadas —art. 1080— por no haberse hecho uso contra ella de los recursos que franquea la ley o por haberse agotado estos.

Esta certificación en el caso de ser procedente, debe ordenarse al actuario que la haga previa citación a la contraria. En vista de ella se procede a la ejecución.

El C. de P.C. señala diversas formas de ejecución de las sentencias.

2) La ejecución se solicita ante el juez o tribunal que ha conocido

(1) Romero— Ob. cit. pág. 508 T. III.

del juicio en primera instancia. Así el juez de fallo es también juez ejecutor.

3) Formas de ejecución de las sentencias.— Ejecución de Sentencia que manda pagar una suma de dinero.— El C. de P. distingue varios casos: a) Pago de suma líquida, es decir de monto determinado o fácilmente determinable por medio de simples operaciones aritméticas.— En este caso, a pedido de parte, el juez ordenará que el deudor abone en el acto de la notificación y bajo apercibimiento de embargo.— Si el deudor no verifica el pago, se hace efectivo el apercibimiento, sin necesidad de nuevo mandato del juez, trabándose embargo por el actuario en los bienes que señale el acreedor, sin admitirse mientras tanto al deudor recurso alguno. Si ya hubiese embargo trabado en forma preventiva, se convierte en definitivo para procederse a hacer efectiva la medida. Si este recae sobre un bien se procede a la tasación y remate según lo establecido para el juicio ejecutivo.

b) Pago de suma ilíquida.—Esto es (art. 1149) de una suma no determinada expresamente. Hay que distinguir dos posibilidades: 1) si la sentencia señala la forma de la liquidación expresamente, así si se manda pagar, intereses sobre suma fija por tiempo y porcentaje que también indica, debe ordenarse que el actuario o los peritos hagan la liquidación. 2) si la sentencia no señala la forma de la liquidación, el interesado puede presentarla según las conclusiones de la sentencia, para su respectiva aprobación. En ambos casos de la liquidación hecha o presentada se corre traslado al deudor y se tramita su aprobación como incidente.

c) Pago de sumas en parte líquida y en parte illíquida.—Art. 1150. Se siguen las reglas anteriores para ordenarse el pago de una y otra.

En todos los casos contemplados, una vez que las sumas han quedado liquidadas, se procede como se ha dicho para el pago de sumas líquidas.

d) Ejecución de sentencia que manda entregar un inmueble art. 1151.— Se procede sin más a dar posesión de él al demandante, por el Juez o actuario debidamente autorizado, mediante las medidas que el interesado solicite, como pasar partes del Registro, notificación a los inquilinos, etc.

e) Ejecución de sentencias en los juicios arbitrales.— art. 1153.

Se llaman sentencias homologadas y se pide su ejecución ante el juez de la Instancia de turno en el momento en que se abrió el juicio arbitral.

f) Ejecución de cualquier sentencia.— art. 1153. Se aplicarán las reglas establecidas para el juicio ejecutivo.

g) No debe admitirse recurso alguno que entorpezca la ejecución de la sentencia.—Art. 1154.

B Ejecución de sentencias expedidas en el extranjero.—

En principio corresponde a los jueces nacionales conocer y resolver las cuestiones litigiosas relativas a las personas domiciliadas dentro de su territorio.— Pero esta regla no puede ser admitida sin excepciones con el fin de dar mayor facilidad a las relaciones jurídicas entre las personas de distintos países. Por esto solo se admiten las sentencias expedidas en el extranjero con ciertas condiciones y algunas, por tratarse de cuestiones de

jurisdicción exclusiva, ni aún reuniendo estos requisitos, tienen valor ni eficacia en el Perú.

Por todo esto, para que tales sentencias tengan valor en el Perú, deben obtener previamente el exequatur.

Las sentencias extranjeras tienen fuerza ciñéndose a estas reglas:

a) Si se la conceden los tratados internacionales con el país de su procedencia.

b) Si faltan tratados, si las sentencias nacionales tienen fuerza en el país de donde procede la sentencia que se trata de ejecutar. Esto significa que si las sentencias nacionales no son aceptadas, tampoco tendrán en el Perú fuerza las sentencias que proceden de tal Nación.

Se entiende que no tienen aceptación si los Tribunales extranjeros entran a revisar el fondo del asunto.

c) No tienen validez las sentencias relativas a casos de jurisdicción exclusiva, mencionados en el art. 1160 y son estos:

El inc. 1º del art. 1160 declara de competencia exclusiva de los Tribunales peruanos el conocimiento de los asuntos relativos a bienes raíces situados en el territorio de la República.— Esta norma es justificada por ser el territorio nacional el objeto de la soberanía del Estado. Deben considerarse comprendidos dentro de este precepto todos los derechos reales sobre inmuebles y no únicamente los relativos a la propiedad misma. Los derechos reales de garantía quedan indudablemente dentro de esta prescripción.

El inc. 2º del mismo art. 1160 declara también de competencia exclusiva del Perú a naves con bandera peruana. Este precepto tiene hoy su amplio fundamento en el art. 812 —inc. 4º— del C.C. que da a las naves la calidad de bienes inmuebles y por lo mismo se encuentran comprendidos dentro de lo expresado anteriormente para justificar al inc. 1º del art. 1160.

Según el inc. 3º, las acciones civiles provenientes de delitos y cuasi delitos o faltas perpetrados dentro del territorio de la República. La regla se fundamenta también en el principio de la soberanía del Estado para juzgar los actos delictuosos y sus consecuencias tratándose de los actos penados por la ley y cometidos dentro de su jurisdicción. En otro caso sería fácil, burlar la sanción y no habría la posibilidad de que el Estado ejerciera por sí mismo la facultad punitiva que le concierne en defensa de los bienes que tutela.

Conforme al inc. 4º, también son de jurisdicción exclusiva los asuntos relativos a la sucesión de peruanos o extranjeros domiciliados siempre que existan en el Perú unos u otros, con derecho a la herencia o deba corresponder esta a la Beneficencia o al Fisco, por tratarse de herencia vacante.

Este precepto está hoy en concordancia con el art. VIII del Título Preliminar del C.C. que dice "La sucesión en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento se rige por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana que se aplicaran a los nacionales, a los extranjeros domiciliados y cuando se trate de herencia vacante".— Sin entrar a examinar las cuestiones de derecho Internacional Privado que contiene y las variadas opiniones e inter-

pretaciones sobre el particular solo cabe indicar que de conformidad con autorizada opinión (1) por ley personal debe entenderse en este caso, la ley nacional del causante.

Procedimiento.— Arts. 1161—1162—1163—1164—1165—1166.— Para obtener el exequatur o sea la autorización para que la sentencia extranjera pueda ser ejecutada en el Perú, debe seguirse un procedimiento que se concreta en las reglas siguientes contenidas en los artículos indicados en el rubro:

1) Se pide ante la Sala de turno de la Corte Superior de la jurisdicción dentro de la cual tiene su domicilio la persona contra la que se va a hacer valer la sentencia, art. 1161.

Hay varias opiniones y sistemas sobre el Tribunal a quien debe corresponder la concesión del exequatur. Podría ser el mismo juez executor, la Corte Superior o la Corte Suprema u obtenerse por la vía diplomática.— Este último sistema es el que menos argumentos tiene a su favor. En cambio parece lo más acertado que sea al más alto Tribunal de Justicia dentro de la República al que se le otorgue esta atribución.

Además, esta conclusión eliminaría la cuestión de saber a qué Corte Superior debe corresponder, en cada caso, la facultad que nos ocupa. Nuestra legislación señala la del domicilio del obligado. Es claro que podría haberse optado por cualquiera de los otros elementos que determinan también la competencia y que le fuera aplicable, tales como la de lugar donde debe cumplirse la obligación, o la del lugar donde está ubicado el bien, etc. Pero sin duda se ha pretendido dar una regla de general aplicación y esto justifica que se declare competente la Corte del domicilio del demandado. En esta forma no se agravia ningún derecho, desde que es la regla general que determina la competencia, a falta de sometimiento a un juez determinado, norma que no podría funcionar en este caso desde que se refiere al juez competente para conocer de la controversia y no se trata ya de esto, sino de hacer efectivo lo sentenciado y ejecutoriado. En los casos en que nuestra ley permite hacer uso de las que hemos llamado competencias especiales, no se elimina el domicilio del demandado y sólo se trata de competencias optativas. Por la regla que ahora exponemos ésta competencia acumulativa se convierte en exclusiva con el fin de señalar una norma única, lo que es beneficioso.

2) La solicitud debe aparejarse con documentos —art. 1160.— Esos documentos son: a) copia legalizada de la sentencia de que se trata; y, b) piezas necesarias que acrediten haber sido citado el obligado.

En cuanto al punto a) la legalización significa acá copia certificada de la sentencia obtenida de la autoridad judicial del país que la expidió; las firmas que las suscriben son las que deben estar legalizadas en la forma correspondiente.

Respecto al punto b) relativo a la constancia de haberse hecho la citación puede obtenerse en forma independiente del proceso o simplemente solicitándose copia certificada de lo actuado. La forma de la citación se rige por la ley *locus regit actum*. El solicitante debe constituir apoderado si no se encuentra en el Perú —art. 1168.

(1) Lesú Barandiarán — Comentarios del C.C. T. IV pág. 87.

3) Se corre traslado de la solicitud a la parte contra la que se pretende hacer valer la sentencia, por el término de 10 días.— art. 1163.

4) Se puede abrir a prueba el asunto —art. 1164— si el Tribunal lo estima necesario.— La prueba, siguiendo la regla general, corresponde al solicitante según el art. 1162.

5) Se solicita la vista del Ministerio Fiscal. Esta intervención está justificada por cuanto se está debatiendo sobre derecho del Estado relativo a su soberanía, pero no significa que el Ministerio Fiscal esté obligado a opinar en contra del exequatur, pues debe hacerlo de conformidad con las leyes al respecto, desde que estos son la mejor garantía y resguardo de la soberanía, pudiendo por lo tanto opinar a favor en contra de la concesión del exequatur.

6) Se expide resolución.—art. 1163.— Debe hacerse previo el examen de que se reúnen los requisitos que la ley nacional exige para otorgar fuerza en la República a las sentencias expedidas en el extranjero.— De ésta resolución hay recurso de nulidad.

7) Se archiva el expediente en la Corte Superior y se obtiene copia certificada de lo resuelto con constancia de haber quedado ejecutoriado, si es que no se ha interpuesto recurso de nulidad.

8) Se pide ante el Juzgado de 1.ª Instancia del domicilio del obligado, la ejecución de la sentencia, acompañando a la solicitud las copias certificadas, que acrediten haberse obtenido el respectivo exequatur.

9) El Juez de Primera Instancia procede a la ejecución de la sentencia valiéndose de las mismas formas establecidas para la ejecución de las sentencias nacionales.

Comentarios al Código de Procedimientos Penales

Por el Doctor DOMINGO GARCIA RADA (*)

TITULO PRELIMINAR

Etapas del proceso penal: la instrucción y el juicio oral. La acción penal: pública y privada. Su ejercicio. Cuando en un procedimiento civil aparecen indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio. Cuestiones prejudiciales y su efecto procesal. Las excepciones que pueden oponerse a un proceso penal y sus efectos procesales. Territorialidad de la ley penal.

El Código de Procedimientos Penales, vigente desde el 18 de Marzo de 1940, se divide en un título preliminar y cuatro libros, con un total de 369 artículos.

El C.P. en M.C., que rigió de 1920 a 1940 y cuyos preceptos son reproducidos en gran parte por el actual Código, se componía de tres libros: instrucción, Juicio y Procedimientos Especiales. En el primero, comenzaba el título con varios artículos dedicados a principios generales del procedimiento, reglas de Derecho Internacional y algunas declaraciones que, indudablemente, pertenecen al Derecho Penal Sustantivo como es la referente a la prescripción, que hoy integra el vigente Código Penal, posterior en cuatro años al de Procedimientos en Materia Criminal.

El actual Código quiso seguir, dentro de lo posible la distribución del anterior, a fin de evitar dificultades en el estudio y en la aplicación de la ley procesal. Su autor expresa: "ha sido indispensable agregar un Libro a los tres actuales, intitulado "De la Justicia y de las Partes", que venga a contener instituciones y organismos que no era posible incluirlos en los otros porque se proyectan o repercuten sobre todo ellos". (1).

(*) Vocal de la Corte Suprema de la República. Catedrático Principal en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Con mejor técnica e impecable castellano, el actual Código, además del Título preliminar, tiene cuatro Libros: el primero dedicado a la Justicia y las Partes, en el cual se ocupa de lo que Carnelutti llamaría la Estática Procesal; el segundo de la Instrucción; el Tercero del Juicio Oral, que se lleva a cabo en instancia única ante el Tribunal Correccional; finalmente, el Cuarto Libro trata de los Procedimientos Especiales que regula, no solamente aquellos procedimientos que tienen tramitación distinta de la instrucción y que son los menos, sino que contiene otras disposiciones que no constituyen propiamente un proceso, pero que requieren tramitación judicial, como es la rehabilitación de los condenados, el recurso de revisión, la acción de habeas corpus, etc.

El Título Preliminar tiene ocho artículos "en que se concretan los propósitos y tendencias fundamentales del procedimiento". Los dos primeros contienen declaraciones doctrinarias relativas a la acción penal y a las etapas del proceso. Los artículos cuarto y quinto tratan de las excepciones y cuestiones prejudiciales que, en vía de defensa, puede oponerse a la denuncia criminal; existe abundante jurisprudencia relativa a estos artículos, la que comentaremos brevemente.

El artículo tercero prevé el caso de que en una acción civil aparezcan indicios razonables de la existencia de un hecho delictuoso, en cuyo caso ésta se suspende para dar lugar a la respectiva denuncia criminal; se establece que prevalece la acción penal sobre la civil, dado el carácter público que reviste. Finalmente los tres últimos artículos contienen reglas de Derecho Penal Internacional aplicables a los peruanos que delinquen en el extranjero y a los extranjeros que cometan delito en el territorio nacional.

Comentando el Ante-proyecto Zavala, el Profesor Alcalá Zamora dice que se ha omitido "artículos de tanta envergadura como los actos procesales que ahora pasan en silencio y que no es posible abandonar ni la ley de organización judicial ni aún al Código de Procedimientos Civiles tomado como supletorio" (2) agregando luego que otro vacío es el relativo a las costas procesales.

Además de lo anterior, considera que este título es de "contenido demasiado heterogéneo para asociarse para un solo epígrafe". Cree que en el Libro Primero, debería existir el capítulo Presupuestos Procesales, nombre más apropiado que el de Título Preliminar.

Al convertirse en Código, del Ante-proyecto quedaron únicamente aquellas disposiciones que por abarcar a toda la legislación procesal penal, se colocaban al comienzo.

Art. 1º — El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción o período investigatorio y el juicio oral que se realiza en instancia única.

El proceso penal es el conjunto de actos llevados a cabo por la autoridad judicial o bajo su inmediata dirección, destinados a establecer quien y como se ha cometido determinado delito y comprobado esto, proceder a aplicarle la sanción correspondiente mediante el juicio oral. Esta investigación comprende dos periodos o etapas: el 1º se caracteriza principalmen-

te por la búsqueda, recolección u selección del material probatorio, es el período investigador o de la instrucción; en el 2º se debate el valor procesal de las pruebas acumuladas, es la etapa de control y de discusión que concluye con la apreciación formulada en la sentencia.

No existe facultad de renunciar a la instrucción para presentarse directamente al juicio oral. Faltaría los elementos probatorios necesarios y no se daría la garantía procesal que significa la instrucción dirigida por el juez y controlada por las partes. Aunque procesalmente no puede darse esta situación, sin embargo en la práctica puede ocurrir cuando el responsable sólo es habido en la etapa del juicio oral. En este caso se aprecian las pruebas actuadas y se le juzga según su valor probatorio; también es posible que el Tribunal mande ampliar la instrucción contando con la presencia del presunto responsable.

Dos grandes reformas introdujo el C.P. en M.C.: la primera, estableciendo la separación entre el antiguo sumario y el plenario, para transformar este último en juicio oral; la segunda, instituyendo el criterio de conciencia en el juzgamiento. Hasta 1920, el llamado juez del crimen realizaba doble labor: reunía los elementos que acreditaban la culpabilidad del agente, y, luego, —al igual que el juez civil— dictaba sentencia, de la cual cabía apelación ante la Sala del Crimen de la Corte Superior.

En la Exposición de Motivos del referido Código, se afirmaba, que el juez del crimen, por ser el autor de la instrucción, era el menos llamado a juzgar; que, como consecuencia inevitable de la labor investigatoria, adquiriría prejuicios contra el reo, de los que no podía desprenderse, y que influían en la sentencia, con desmedro de la justicia. Quiso rodear de absoluta imparcialidad al juzgamiento, entregándolo a quienes no habían intervenido en la instrucción. Esta entidad era el Tribunal Correccional que, libre de ideas preconcebidas y colocado en la posibilidad de objetivar la prueba recogida por el inferior, realizaría el juzgamiento, con garantía de imparcialidad; además, por ser tribunal colegiado, ofrecía mayores posibilidades de acierto en sus fallos.

El proceso penal es el conjunto de actividades mediante las cuales los órganos competentes, observando ciertos requisitos, juzgan a los infractores de la ley penal y les aplican las sanciones establecidas. Por eso Florian dice que el objeto del proceso es la relación de derecho penal entre el Estado y el delincuente. Ello determina su calificación de Derecho Público. Como concatenación de actos sucesivos, su ejecución obedece a un criterio determinado: el criterio del fin: "Los actos están ligados entre sí por el vínculo del destino común; los actos están orientados hacia la misma meta por una fuerza inmanente que domina en el proceso, que conduce a la conclusión representada por la sentencia". (3)

Para Manzini el proceso penal o instrucción formal es "el conjunto de los actos procesales particulares dirigidos a la comprobación del delito, a la búsqueda y conservación de las pruebas, a la identificación y sometimiento procesal del autor y de los copartícipes de ese mismo delito", sujeto activo de la instrucción es "el Juez", no el ministerio público que se limita a referirla y luego a ejercitar las facultades que le reconoce la ley". (4)

El momento procesal más importante es la audiencia, culminación

de diversos actos preparatorios. El proceso no puede comenzar por la vista oral; es necesario que le preceda un período de investigación, en el cual se recojan las pruebas que más tarde sirven de fundamento a la sentencia. La instrucción se caracteriza por la acumulación de pruebas y por el análisis crítico de la misma. Es conveniente y de justicia que sólo se lleve al acto oral cuando existan pruebas suficientes para establecer la responsabilidad. Durante la investigación existe la imputación que contiene la denuncia, pero no la acusación escrita que formule el Ministerio Público; cuando ésta se produce, aquella está concluída y sólo falta la audiencia que establezca la situación legal de quienes se encuentran procesados.

El acto oral o audiencia es la síntesis del proceso; es el crisol en el cual entran en contacto todos los elementos acumulados en el proceso para fundirse en un documento llamado sentencia. Aunque también pueden actuarse pruebas en esta etapa, es lo menos corriente; por lo general éstas se actúan en la instrucción.

El proceso, entendido como sinónimo de juicio, se desenvuelve animado por la unidad del fin representado por la obtención de una sentencia que más tarde adquiera la categoría de cosa juzgada y finalice en la ejecución. Esta unidad no basta para que el proceso se fraccione en periodos o fases, que, sin destruirlo, relievan las etapas que atraviesa.

Los tratadistas discrepan en cuanto a su número. El artículo que comentamos, divide el proceso en dos etapas: Instrucción y Juicio Oral. Sin destruir esta afirmación, en nuestra realidad legal existen las siguientes etapas: 1) La investigación policial previa, consistente en el atestado o parte policial. Se realiza por la policía de investigaciones, fuera de todo control Judicial y de las Partes, lo que puede ser motivo de abusos, pero dada su inmediatez al delito y los especiales medios probatorios que posee esa institución, puede constituir elemento probatorio de indudable valor procesal. Conforme a nuestra ley procesal penal, el atestado sólo tiene valor de denuncia, sin constituir prueba privilegiada o única, porque siempre requiere que sus conclusiones sean comprobadas judicialmente. 2) La instrucción a cargo del juez instructor, llevada a cabo con todas las garantías de la ley; es la etapa investigatoria y las pruebas acumuladas durante su curso tienen pleno valor procesal, por haberse actuado bajo el control de las partes. 3) El juicio oral, que se realiza ante el Tribunal Correccional. Por regla general no se actúan pruebas durante esta etapa, limitándose a reproducirse las ya actuadas en la etapa anterior. Pero en ciertos casos pueden actuarse nuevas pruebas ante el Tribunal o el mismo Tribunal llevarlas a cabo. 4) La impugnación de la sentencia, ante la Corte Suprema, que constituye nueva etapa, puesto que ésta puede conocer el fondo del asunto o limitarse a declarar la nulidad por inobservancia de las formas procesales. En esta fase se comprende el recurso de Revisión, realizado con posterioridad a la sentencia. 5) La ejecución de la sentencia, comprende varios casos: la únicamente administrativa cuando se dispone la remisión del reo a una penitenciaría o colonia penal, lo que corre a cargo de la Dirección de Establecimientos Penales y de Tutela del Ministerio de Justicia; la condena condicional en la cual al reo se le suspende la pena pero queda sometido al cumplimiento de diversas condiciones; el pago de la reparación civil a cargo del reo y que debe hacerse efectivo en el Juzgado

de origen; la rehabilitación posterior a cargo del Tribunal sentenciador; la liberación condicional, independiente de la sentencia, pero cuya vinculación está demostrada por el hecho de que los reos sentenciados en Lima, deben solicitarla ante el mismo Tribunal que los condenó. En los delitos de imprenta, la ejecución de la sentencia consiste en una publicación periodística ordenada por el juzgador. Estos son los casos que pueden englobarse dentro del capítulo de la ejecución de sentencia. El artículo que comentamos sólo se refiere a las etapas dos y tres, pero la primera la reconoce al tratar de la Policía Judicial y las dos últimas están comprendidas en los diversos capítulos del mismo Código.

En la instrucción, el juez realiza una labor semejante a la histórica: debe reconstruir el hecho delictuoso, descubriendo la verdad total desde sus antecedentes hasta sus consecuencias. El autor procurará mantenerlo en la oscuridad o hacer desaparecer las huellas para lograr la impunidad. El instructor deberá procurar las pruebas mediante el plan trazado de antemano, rectificándolo cuando las circunstancias lo requieran. Por eso la ley lo denomina "Director de la Instrucción" (art. 49).

En la instrucción se sigue el sistema inquisitivo, pues al juez compete exclusivamente la actividad investigadora. El Ministerio Público colabora en esta labor, mediante sugerencias, pedidos y apelaciones, pero nunca puede realizar una investigación por su cuenta y paralela a la que verifica el instructor. La investigación es potestad exclusiva del juez. La participación de la parte civil es más limitada y sólo en ciertos casos puede formular oposición o hacer pedidos, v.gr. embargos, monto de la caución, etc.

El procedimiento investigatorio es escrito, al revés de la audiencia, cuyo desarrollo principalmente es oral. Todos los actos que se realizan ante el juez instructor, aunque sean verbales, se convierten en documentos inmediatamente, mediante actas singulares. La decisión final del proceso penal se fundamenta en lo actuado ante el juez y el único modo de que ésta tenga permanencia, es hacer que conste en documento escrito todo aquello que se ha realizado verbalmente.

La instrucción es reservada, pero no secreta, pues cae bajo el conocimiento de los que intervienen en ella. En esta etapa la publicidad perturbaría el curso de la investigación, permitiría que los cómplices y encubridores, aún no procesados urdieran tramas preparando su defensa; que los vestigios del delito, documentos y huellas, desaparecieran por la acción de estos terceros interesados en ocultar el hecho criminal. Todo ello obstaculizaría la marcha de la justicia. Por estas razones la instrucción es reservada (art. 73), sin tener el carácter hermético de los antiguos procesos inquisitoriales.

La audiencia es la fase pública del proceso. En concordancia con el mandato constitucional (art. 227 de la Constitución), la ley procesal en su art. 215 ordena que la audiencia sea pública, bajo pena de nulidad; excepcionalmente se realiza en privado, cuando se trata de cierta clase de delitos por naturaleza reservados, o con concurrencia limitada cuando median razones poderosas y el Tribunal así lo ordene.

La publicidad permite conocer la razón de la condena o de la absolución. Realza la majestad de los jueces, quienes ganan en respeto y consideración al difundirse sus fallos mediante la prensa. Contribuye a aumen-

tar el sentido de responsabilidad al saber que sus sentencias serán leídas y comentadas por el público. Es un excelente control que la sociedad, en especial los profesionales, ejercen hacia sus jueces, al mismo tiempo que éstos si ganan en aprecio, será en la medida que dicten fallos justos y bien fundamentados. La audiencia pública crea un ambiente de respeto hacia el Juez, cuyo interrogatorio es oído y apreciado por el público, comprendiéndose así la silenciosa y trascendental labor que desarrolla la magistratura.

Concluida la investigación, desaparece la razón de ser del secreto. Sólo resta la apreciación personal de los jueces, la calificación del hecho y el fallo, que es materia de la sentencia.

La oralidad en la audiencia contribuye eficazmente para que la atención de los magistrados sea atraída hacia aquellas circunstancias que favorecen al acusado, las que deben ser destacadas por el defensor. La audiencia no es exclusivamente oral, porque siempre hay lectura de piezas; existe prueba material que no puede reproducirse oralmente y requiere ser examinada. Pero la oralidad predomina. Chiovenda, tan partidario de la oralidad, reconoce que la lectura de los documentos es necesaria e irremplazable. Couture, afirma, "que no hay proceso oral puro, pues siempre existen piezas escritas, a las cuales debe darse lectura".

La etapa más importante del proceso, es la instrucción. El juicio oral no se puede ceñir de los límites de la instrucción. Lo que no recoge el juez, posiblemente queda perdido para la Justicia. Los peritos y testigos que pueden concurrir a la audiencia, refuerzan las pruebas actuadas ante el instructor, pero, por lo general, no las cambia fundamentalmente.

La primera de las etapas que señala la ley, reviste la forma inquisitoria, y la segunda, el juicio oral, la acusatoria. En el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología reunido en Santiago de Chile en 1951, se recomendó la "División del proceso penal en una etapa de instrucción y otra de juzgamiento, sobre la base de la acusación del Ministerio Público, debiendo encomendarse ambas etapas a Tribunales diferentes" (5). Esta dualidad de formas y diferenciación de Tribunales existe en nuestra ley procesal penal.

Al estudiar el Ante-Proyecto Zavala, el Profesor Alcalá Zamora observó lo siguiente: "que el proceso penal abarca mayor número de etapas; que un crecido número de causas no llegan al juzgamiento, y, en cambio, muchísimas alcanzan una tercera, que es la Corte Suprema, mediante el recurso de nulidad (6).

Consideraba más conveniente que, en vez de tan determinadora declaración, se consignara una de carácter teórico estableciendo que sólo se puede ser juzgado conforme a las disposiciones del Código Indudablemente que esta observación es exacta y técnicamente era preferible suprimir la enumeración de las etapas del proceso y consignar una declaración amplia, como la propuesta, de carácter teórico.

Desapareciendo el carácter de "extraordinario" que el recurso de nulidad tenía en la antigua legislación, éste se ha vuelto común y frecuente en los procesos penales, tanto más que no tiene exigencia económica ni procesal de ninguna clase, excepto la del plazo, y no estar sujeto al pago de costas. Lo corriente en la sentencia penales es la impugnación ante la Corte Suprema.

Pero el Tribunal Supremo no repite el juicio oral realizado ante el Tribunal Correccional. Previa vista fiscal y con el informe oral del defensor y de la parte civil, —siempre que fuera solicitado— resuelve en última instancia.

Existe contradicción entre lo que declara este artículo 2º, la instancia única, y las facultades que los arts. 299 y 300 conceden a la Corte Suprema. Cuál prevalece: la declaración de que el proceso penal tiene una sola instancia o las facultades que el mismo Código concede a la Corte Suprema y que están acordes con el contexto restante? Creemos que lo último. Conforme a la estructura del Código, la Corte Suprema es segunda instancia en lo criminal, con las facultades amplísimas que se le conceden, con la única limitación de no poder condenar a quien ha sido absuelto.

También requiere explicación el hecho de que una sentencia dictada con criterio de conciencia, sea apreciada por otro Tribunal Superior y enmendada, si lo creyere necesario. Las pruebas pueden compulsarse, pero no el criterio personal e íntimo de quienes juzgaron.

Explicando estos puntos, el ponente doctor Zavala Loayza expresa: "que, siendo indispensable garantizar a las partes contra posibles errores judiciales, era necesario conceder algún recurso contra las resoluciones de los Tribunales; que el de casación no permitía la enmienda directa del error y traía consigo los prejuicios y gastos, inherentes a la apelación. En cambio, manteniendo el orden vigente, además de contar con la tradición existente en el Perú de que la Suprema revisara las sentencias criminales y modificara las penas sin necesidad de nuevo Juicio, concedía oportunidad al Tribunal Supremo para que, considerando las pruebas actuadas en la instrucción y en la audiencia, mediante las actas, adquiriera pleno conocimiento de los motivos que fundamentaron la sentencia, pudiendo saber si el fallo había sido dictado conforme a derecho y a lo probado en autos". Finalmente agrega: "que el régimen vigente hasta 1940 ha dado los mejores resultados y nada induce a proceder de contrario, sino, antes bien, a dar mayor amplitud al recurso de nulidad". (5). Al conceder a las partes la posibilidad de recurrir a otro juez, se contribuía a dar mayor seguridad a la sentencia del Tribunal Correccional.

A estas fundadas razones, debe agregarse otra que no ha podido escapar a los autores de los sucesivos códigos que han regido en el Perú: es de orden geográfico. La configuración de nuestro territorio, las dificultades que presentan las vías de comunicación, muchas de ellas intransitables durante algunos meses del año, el correo terrestre, usado en la remisión de los expedientes, es lento y demora semanas y meses para transportar los envíos entre las regiones de nuestro territorio. Ello impone la necesidad de que tengamos un Tribunal con amplias facultades que al mismo tiempo que examina la exacta aplicación de la ley, pueda conceder y resolver sobre el fondo del asunto, sin necesidad de verificar nueva audiencia, evitándose así dilaciones en el juzgamiento que acarrearía graves perjuicios a la pronta administración de la justicia.

Art. 2º — La acción penal es pública o privada. La primera se ejercita por el Ministerio Público, de oficio o a instancia de parte agraviada o por acción popular. La segunda directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querrela que este Código establece.

El concepto de acción nacido en el campo civil, se aplica en el penal. La noción misma está en pleno desenvolvimiento y según Carnelutti (7) aún no ha sido construido el concepto de acción penal y "cada uno debe ingeniarse para hacer su parte lo mejor que pueda, aportando su contribución a la obra común".

En términos generales, la doctrina establece que la acción penal es el ejercicio del derecho que tiene toda persona, para promover la actividad jurisdiccional del Estado; en lugar de castigar personalmente a quien lo ofende, acude al Poder Judicial para que sancione el agravio inferido. En vista de este requerimiento, el juez inicia la instrucción para establecer si existe o no delito y quien es el culpable para, en caso afirmativo, dictar la sanción respectiva.

Si el derecho tiene carácter social y se ejercita por quien representa a la sociedad, la acción penal es pública; si la ejerce el titular del derecho particular, la acción es privada. Cuando la acción privada se realiza sin la intervención del representante de la sociedad, mediante el procedimiento especial de querrela, la acción también es privada, pero el proceso no es común sino especial. La acción popular regulada en el art. 76 es una forma de la acción pública, en la que el ejercicio de la denuncia se concede a cualquier persona, pero el de la acción pública radica siempre en el personero de la sociedad.

Alcalá-Zamora critica la consagración de la acción privada establecida en este artículo, diciendo: "la afirmación es inaceptable; la acción penal hoy día, o sea en el régimen del Estado de Derecho y no de venganza privada, es siempre pública, por lo mismo que su objeto es la realización de una potestad tan esencialmente pública como es el "ius punendi" (8). Muchos tratadistas opinan de igual manera y puede decirse que es el criterio predominante. El Primer Congreso de Ciencias Procesales de Córdoba (Base 17) acordó recomendar que la acción penal sólo fuera ejercida por el Ministerio Público, salvo los casos de acción privada. El grado de participación que debe darse a las personas privadas en el procedimiento, es un antiguo problema doctrinario que escapa a la índole de estos comentarios.

En el Perú la acción privada es necesaria, porque existen delitos cuya denuncia o persecución está reservada al agraviado. Tal es el caso del art. 212 del C.P. que dice: "El cónyuge ofendido es el único que puede acusar por el delito de adulterio".

Debe distinguirse la acción pública de la privada, porque sustancialmente el ejercicio de la primera se encomienda al Ministerio Público y el de la segunda al titular del derecho.

Como notas esenciales de la acción penal, Florián (9) da las siguientes: 1º pública, por cuanto va dirigida a hacer valer un derecho público del Estado, como es la aplicación de la ley penal a aquel que ha cometido un delito; 2º indivisible, por cuanto alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito; 3º irrevocable, porque una vez iniciada sólo puede concluir por sentencia, es decir el actor, salvo casos excepcionales, no puede desistirse de ella y si lo hace, es inválido tal desistimiento.

Cuando el proceso se actúa con intervención del Ministerio Público aunque la acción sea privada, el titular no es aquel sino la parte que tiene la facultad de ponerle término cuando lo desee. Cuando quien ejercita la acción es un particular —parte civil o agraviado— aunque intervenga el Ministerio Público, se dice que la acción es privada. Lo que varía es el órgano o persona que la ejercita y según eso puede ser privada o pública, pero la acción penal, en general, siempre es pública.

El delito, fenómeno social de consecuencias diversas, es complejo en su constitución y en sus derivados. Normalmente produce dos resultados fundamentales: uno de carácter penal y otro de carácter civil. Cada uno corresponde a los distintos aspectos que presenta. Lo primero es la trasgresión de la ley penal; la perturbación del orden social establecido agravia a la sociedad entera. Lo segundo es el daño económico que produce en el patrimonio de alguno de sus miembros, que así resulta especialmente afectado. Con relación a lo primero, el delito es mal público; con relación a lo segundo es mal privado. Como consecuencia del delito nacen dos acciones: una destinada a restablecer el orden social alterado; otra destinada a resarcir el daño —patrimonial o físico— causado a la persona o al patrimonio de un miembro de la sociedad.

Entre la acción penal y la acción civil existen diferencias fundamentales. Castro (10) señala las siguientes: a) la acción penal tiene por objeto aplicar una norma represiva; la civil obtener una indemnización económica. b) la acción penal forma parte del Derecho Público porque interesa a la colectividad; la civil pertenece al ofendido y forma parte de su derecho privado, porque se refiere a su patrimonio. c) la acción penal se extingue con la muerte del ofensor; la acción civil puede pasar a los herederos del ofensor y del ofendido. d) la acción penal debe entablarse contra la persona física; la civil puede entablarse contra persona física y jurídica.

No todos los delitos revisten igual gravedad. Existen algunos que tienen esfera restringida de extensión delictual. Son los denominados delitos de acción privada.

Para el castigo de los delitos, la ley reconoce dos clases de acciones: la pública y la privada.

La acción pública tiene tres caracteres esenciales: 1) es la consecuencia necesaria del delito. 2) es autónoma, no está subordinada al carácter dañoso del hecho ni a la acción civil, es decir, el daño puede desaparecer, v. g. por recuperación de lo robado, abono de su importe, etc., pero siempre existe delito que requiere sanción penal. 3) es acción ejercida en nombre de la sociedad afectada por el delito cometido en agravio de uno de sus miembros; puede darse el caso de que el perjudicado re-

nuncie a la sanción y sin embargo la acción penal continúa hasta llegar a la sentencia, no admite transacciones ni convenios.

A propósito de la acción penal pública surgen varias interrogantes.

El Ministerio Público tiene la libre disposición de la acción penal? No. Por el carácter público que reviste la acción penal, el Ministerio Público sólo tiene su ejercicio. Cuando denuncia un delito lo hace a nombre de la sociedad que representa. No ejerce un derecho propio, sino cumple con un deber.

A quién corresponde el ejercicio de la acción pública?. En la doctrina encontramos diversos sistemas: unos la conceden en forma absoluta al Ministerio Público o al agraviado o a cualquiera del pueblo; otros son eclécticos, la conceden a diversas personas. Nuestro Código combinándolos en forma atinada, concede mayor amplitud al ejercicio de la acción otorgándola al Ministerio Público, en primer término, al Juez instructor, que puede proceder de oficio, al propio agraviado y, para determinados casos, reconoce la acción popular. Así mutuamente se controlan, evitándose que los delitos queden sin sanción por silencio del Ministerio Fiscal o del juez.

La función específica del Ministerio Público es perseguir el delito hasta conseguir que los autores sean identificados y debidamente sancionados. No tiene la exclusiva de denunciar hechos delictuosos, pero forzosa-mente debe formular acusación para que el Tribunal pueda pasar a juicio oral.

La ley concede al juez instructor el derecho de instaurar la acción penal. Procede de oficio en ejercicio de su función. Cuando el juez tiene conocimiento de la comisión de un delito, debe abrir instrucción, aunque no medie denuncia formal de la policía o del agraviado.

La denuncia consiste en notificar a la autoridad judicial de la existencia de un delito de acción pública. Nuestra ley no requiere ninguna formalidad especial, previamente determinada. Basta que el escrito contenga el relato sustancial del hecho considerado delito y, de ser posible, el nombre del autor o autores. Conocida la existencia del delito por la autoridad, ella debe actuar conforme a lo que le compete.

Si el conocimiento del hecho delictuoso proviene de un expediente civil, solamente el Juez de Primera Instancia puede enviar la denuncia respectiva al Agente Fiscal. En este caso, es facultad exclusiva el formular la denuncia. Ni el presunto agraviado con el delito, ni el representante del Ministerio Público pueden hacerlo, conforme veremos al comentar el art. 3º.

También la parte agraviada tiene la atribución de denunciar el hecho considerado delito, quedando siempre al arbitrio del juez abrir instrucción si fuera de igual parecer. En algunos casos especiales, v. g. el adulterio, la ley concede al agraviado la exclusiva de denunciar el delito. Se concede este derecho al agraviado porque su ejercicio puede contribuir al esclarecimiento del hecho. Existe el peligro de que la actividad del agraviado sea determinada por su deseo de venganza y en tal caso más es obstáculo que ayuda. Esta eventualidad puede ser atenuada por la acción moderadora del juez y por el control que el Agente Fiscal debe realizar en el curso del proceso. En cambio existen ventajas indudables: el agraviado puede aportar pruebas decisivas que contribuyan al descubrimiento del delito y al mejor conocimiento de la personalidad del delin-

cuente; también puede impedir la prescripción, gestionando la verificación del acto oral. No debe olvidarse que el juicio criminal puede tener y tiene influencia sobre las acciones civiles que nacen del delito. Todo ello justifica la intervención del agraviado como parte en el proceso penal.

Característica propia de esta intervención es su calidad facultativa. El agraviado no está obligado a denunciar el delito ni a perseguirlo. Por lo general tiene interés en que se sancione al culpable y en el resarcimiento económico del daño que le ha sido inferido; puede, sin embargo, darse el caso de que, por motivos especiales, prefiera silenciar el hecho, en cuyo caso no falta a ningún deber.

La situación del agraviado-denunciante, es distinta de la del Ministerio Fiscal. Puede denunciar el delito cometido en su agravio, ofrecer pruebas y asistir a las diligencias que la ley permita, pero no es acusador. Denunciante y Fiscal responden a distintos estímulos: el primero obedece a la aspiración de que se haga justicia; el deseo del segundo es contribuir a hacer justicia. Sin la concurrencia del agraviado el proceso puede llevarse a cabo hasta la sentencia, no es necesario que persiga la acción para que ésta continúe; en cambio el Fiscal debe participar en el proceso y en algunas diligencias v. g. la audiencia; su presencia es obligatoria. La acción del Ministerio Público debe sentirse desde el inicio de la instrucción; el agraviado puede ser denunciante o solamente apersonarse en el curso del proceso. En cambio es obligatoria la denuncia para quienes, conociendo la existencia del delito, deben hacerlo por razón de su profesión o empleo, no solamente cuando agravian el patrimonio de la entidad a la cual prestan servicios, v. g. contador de un ministerio, sino también cuando se enteran del hecho delictuoso por el puesto que desempeña, v. g. director de un establecimiento hospitalario.

La omisión de este deber configura delito contra la administración de justicia, previsto y penado por el art. 333 del C.P. Además de la sanción allí establecida —prisión o multa—, sufrirán la "pena administrativa de destitución" conforme lo dispone el decreto supremo de 9 de agosto de 1937.

Preguntamos: el funcionario público que, en cumplimiento de esta disposición, formula denuncia ante el Agente Fiscal, está obligado a constituirse en parte civil? Su obligación termina con la denuncia? Creemos que forma parte de su obligación aportar todos los datos que comprueben la veracidad de la denuncia, ratificarse en la misma, concurrir a las diligencias a las cuales fuere citado, etc. El omitir dar los datos a la justicia, no solamente frustraría el propósito que persigue la ley, impidiendo que prosperara la acción penal, sino que, además, permitiría que en represalia, se le iniciara la acción de calumnia por el denunciado que se libra del castigo, por falta de prueba. Con lo anterior concluye su obligación. No tiene porque constituirse en parte civil como actor del proceso. Al Ministerio Público corresponde continuar la acción instaurada y perseguir conjuntamente la sanción penal y la civil.

Se presenta un problema: las personas jurídicas pueden ejercitar acciones penales? Creémos que sí. Se les ha negado tal potestad aduciendo que en el caso de denuncia falsa, no existiría la acción reversible de calumnia, que puede ejercitarse en caso de las personas físicas. A esta ob-

cción se ha contestado que las personas jurídicas son instrumentos de sus personeros, quienes hablan por ellas y que pueden llevarlas al error; en caso de una denuncia falsa, la acción de calumnia puede dirigirse contra los personeros que autorizaron la acción penal. Negarles la acción penal sería dejar impunes delitos que agravan su patrimonio o que vulneren el honor de sus componentes como tales.

Enneccerus (11) las define así: "Las personas jurídicas de derecho civil son organizaciones (esto es uniones o instituciones para determinados fines) reconocidas como sujetos de derecho y de voluntad". Son organizaciones jurídicas para el logro de fines comunes a un grupo numeroso de personas; como carácter propio tienen la permanencia que trasciende la duración de la vida humana; son ficciones legales que tienen existencia jurídica por mandato de la ley, careciendo de presencia física. Nuestro C. C. en su art. 43 dice: "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir los derechos y contraer las obligaciones que son inherentes a la condición natural del hombre". Siendo la persona jurídica agraviada en su patrimonio, puede denunciar el delito y perseguir la sanción del culpable dentro de los límites legales. La limitación que existe es en cuanto a su propia naturaleza. Una ejecutoria suprema (R.J.P. 1952, pág. 1730) establece que el personero de una compañía tiene capacidad para denunciar delitos y el juez abrirá instrucción, si lo cree procedente.

Igual interrogante cabe formularse respecto de los sindicatos y asociaciones. Las corporaciones profesionales, al igual que las personas jurídicas y naturales, en defensa de su patrimonio pueden poner en movimiento el mecanismo judicial, pidiendo la represión de los delitos que se cometen en agravio suyo v. g. el robo de caudales. Pero arrogándose la representación del gremio, pueden pedir sanción contra quienes infrinjan los deberes profesionales? En la doctrina política, existe la tendencia de conceder a los sindicatos la personería de la profesión, constituyéndose en sus representantes legítimos. Pero esta tendencia no ha trascendido al campo de las relaciones de derecho privado. Como excepción, tenemos el caso de los colegios de abogados que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 11363 están autorizados para denunciar el delito de ejercicio ilegal de la abogacía. Esta concesión tiene como razón el hecho de que, siendo obligatoria la agremiación, el Colegio debe velar por el decoro y la honestidad profesionales, para lo cual ha dictado el Código de Ética y está encargado de la represión del tinterillaje. Las otras asociaciones de profesionales no tienen análoga facultad.

En consecuencia los sindicatos y asociaciones no representan oficialmente a las agrupaciones profesionales y no les compete denunciar las infracciones cometidas por sus miembros en el ejercicio de su profesión. La única excepción, lo repetimos, es el Colegio de Abogados. Pero si bien es cierto que carecen de este deber específico, en cambio pueden ampararse en el último párrafo de este artículo 2º y hacer uso de la acción popular, si ella fuera procedente.

Una ejecutoria suprema (R.J.P. 1949, pág. 393) ha establecido que los administradores y depositarios judiciales no pueden ejercer la acción penal, porque ello escapa a sus atribuciones.

La acción popular es la que la ley concede a cualquier individuo

en asuntos que interesan al bien común, para denunciar la infracción a la autoridad judicial competente, aunque al denunciante no le concierne en forma directa o inmediata la sanción del delito. Todas las acciones penales, excepto las que expresamente se reservan a la acción privada, son públicas, pero no todas pueden iniciarse mediante la acción popular, v. g. el matrimonio ilegal. Nuestro Código limita la concesión de esta acción a los delitos de comisión inmediata; ejecutorias supremas (R.P.J. 1949, pág. 395, 1943, pág. 40 y 1950, pág. 1402) establecen que la acción popular sólo procede en los delitos de comisión inmediata y debe ser ejercida conforme al art. 76.

La Constitución Nacional en sus arts. 133 y 231 concede acción popular para denunciar ante el Poder Judicial la infracción de la Carta Magna por reglamentos y resoluciones gubernativas y para denunciar los delitos contra los deberes de función que cometen los miembros del Poder Judicial. Supedita el ejercicio de la primera, o sea la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o resolución, a la norma que reglamente el procedimiento judicial a seguirse. Tres resoluciones de sala plena de la Corte Suprema (A.J. 1948, pág. 348, 364, 367) establecieron que mientras esta ley normativa no se dictare, el Poder Judicial de la República estaba impedido de ejercer la función de declarar la inconstitucionalidad de la ley. Esta situación ha cambiado porque el art. 7º de la vigente (L.O.P.J.) señala la vía ordinaria a emplearse en estos casos.

Contra quién se dirige la acción popular? Solamente puede dirigirse contra el individuo responsable de la infracción penal. La individualización de las penas es consecuencia de la acción. La acción pública solamente puede ser dirigida contra persona natural, cierta y determinada, a quién se responsabiliza de un delito, como autor o como cómplice. Al hacerlo debe sujetarse a lo dispuesto en los artículos 76 y 78, R.J.P. 1946, pág. 118).

Ahora bien, existiendo el hecho delictuoso, pero ignorándose el autor, la acción puede ser dirigida contra desconocido? Es evidente, pues mediante la acción de identificación al autor, el proceso tiene como finalidad identificar al presunto responsable.

Hay que distinguir: la instrucción puede ser abierta y seguida contra desconocidos, pero llegada la etapa del juicio oral sin establecerse quien es el responsable, entonces debe archivarse provisionalmente el proceso hasta que se acredite la identidad del autor. En el auto apertorio debe decirse que se abre instrucción contra quienes resulten responsables. La Suprema ha declarado que no puede seguirse instrucción contra desconocidos. En esta etapa del juicio, va a determinarse el grado de responsabilidad del inculpado y si éste no ha comparecido y más aún, si se ignora su nombre, es imposible determinarla. Si en el curso de la instrucción fallece el autor, deberá cortarse el procedimiento, pues con la muerte termina la acción penal y ésta por ser personalísima no continúa contra sus herederos.

Nuestro Código establece que la acción penal privada se lleva a cabo directamente por el ofendido, mediante querrela; ni aún la esposa o el esposo pueden ejercerla válidamente (R.J.F. 1955, pág. 1625). Se denomina querrela a la acción o instancia de la parte agraviada; es el recurso en el cual se denuncia el delito, pidiéndose la sanción correspondiente. A los

delitos que requieren querrela de parte, también se les denomina "delitos exceptuados".

Los actos humanos ilícitos calificados como delitos en el C.P. son merecedores de sanción; unos, por afectar el interés social, en que se estima que la sociedad es la agraviada, son considerados como delitos de acción pública; en ellos la acción se sigue de oficio, corriendo a cargo del Ministerio Público su prosecución hasta alcanzar el castigo. Pero otros delitos tienen ámbito delictual más restringido y su realización afecta, principalmente, al propio ofendido. En ellos se deja al interesado que persiga el castigo del ofensor, recurriendo a las autoridades judiciales. Es el caso de la acción privada, que pueden ejercerla el propio interesado o sus herederos: el agraviado es el titular de la acción penal y puede ejercerla o no, así como también hacerla cesar cuando quiera, pues de su voluntad depende la prosecución del proceso. Por regla general en estas acciones no interviene el Ministerio Público. Los delitos de injuria, difamación y calumnia constituyen ejemplos de esta clase de infracciones.

Existen excepciones: hay ciertos casos que requieren querrela de parte agraviada para iniciar la acción, pero abierto el proceso, el Ministerio Público toma conocimiento e interviene hasta su conclusión. En estos casos de excepción, la parte agraviada no es dueña exclusiva de la acción penal, es decir le es facultativo iniciarla o no, pero abierta la instrucción su desistimiento puede ser admitido por el juez, siempre que no medie oposición del Ministerio Público. Sólo entonces cesa la acción. Como ejemplos de esta clase de delitos, tenemos los cometidos contra el honor sexual en agravio de mayores de 16 años de edad y menores de 21.

Conviene distinguir entre querellante y denunciante. El denunciante se limita a comunicar la existencia de un delito a la autoridad competente, desentendiéndose luego por completo de la acción penal, porque no es parte en el proceso, quedando sí sujeto a responsabilidad, si a sabiendas denunciare un hecho falso.

En cambio el querellante exterioriza una manifestación de voluntad, interviniendo en el proceso como parte y afectándolo el resultado del juicio.

En el antiguo Código de Enjuiciamientos Penales se concedía al acusado la facultad de denunciar a su denunciante, siguiéndose paralelamente ambas denuncias. Era lo que se llamaba contra-querrela. Hacía el juicio doble, porque entonces cada uno de los litigantes era acusador y acusado. Se interponía dentro de tercero día; después de notificada la querrela (art. 128 del C.E.P.) se seguían en el mismo juicio y estaba sujeta al mismo procedimiento de la querrela.

Tal institución desapareció en el Código de Procedimientos en Materia Criminal. Tampoco existe en el actual C.P.P. Una ejecutoria (R.J.P. 1948, pág. 342) establece que: "No es procesal admitir denuncia del inculcado; es la antigua contra-querrela no permitida por la ley". Una ejecutoria anterior es más explícita: "El instituto de la contra-querrela existente en el C.E.P. del 63; no existió en el C.P. en M.C. del 20, ni existe en el actual C.P.P." (R.J.P. 1946, pág. 213).

Abierta la instrucción por un delito, es inadmisibles la contra-denuncia formulada por el inculcado. El procesado tiene, como medio de defensa

las excepciones y cuestiones pre-judiciales, pero no puede denunciar a quien lo ha denunciado. (A.J. 1948, pág. 301).

Finalmente debe reiterarse la idea de que para denunciar un delito es necesario tener capacidad procesal, exceptuando aquellos de comisión inmediata. La expectativa de derechos, por seguros que sean éstos, mientras no constituyen realidades, no dan facultad para denunciar, porque aún no existe agraviado (R.J.P. 1951, pág. 342).

Art. 3º — Cuando en la sustanciación de un procedimiento civil aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso, el juez suspenderá la tramitación civil siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. El auto que suspende el juicio civil es susceptible de apelación en ambos efectos y de recurso de nulidad.

Existe estrecha vinculación entre el derecho civil y el derecho penal; así el robo es posible porque el Código Civil reconoce la propiedad privada; el adulterio puede darse porque existe el matrimonio amparado por la ley. Son dos campos distintos; el derecho civil regula las relaciones pacíficas de los ciudadanos; el penal las no pacíficas. El primero vigila la armónica convivencia de los hombres; el segundo castiga a quien dolosamente altere esa convivencia indispensable en la vida de sociedad. Cuando se sigue un proceso civil es para devolver la armonía social alterada por el incumplimiento de una obligación. Puede ocurrir y es frecuente que ocurra que al tratar de restablecer judicialmente la armonía entre las partes, se descubra algo más grave que el incumplimiento del obligado; se vislumbra la comisión de un hecho que la ley considera delito y cuyo juzgamiento puede influir en la sentencia a dictarse. En este caso se suspende la acción civil comunicándose la situación al Ministerio Público para que proceda a denunciarlo ante el juez instructor.

En cuanto al concepto de indicios, al comentar el art. 127 trataremos de este punto con más extensión, por ser el lugar que le corresponde como medida probatoria. En esta oportunidad diremos solamente que el indicio es una prueba crítica natural que, apreciada en concordancia con otras, puede llegar a producir certeza en el ánimo del juzgador.

El Código agrega la palabra "razonables" para significar que tales indicios sean de calidad y con fundamento se presuma la existencia del delito.

El juez civil debe proceder con suma prudencia. Es frecuente que el

litigante de mala fe o el que va camino de perder, a fin de frustrar la acción, afirme la existencia de delito que destruiría por su base la pretensión del actor. El aceptar con ligereza esta afirmación, equivaldría a postergar indefinidamente la resolución de esta pretensión. A eso lleva la suspensión del procedimiento civil mientras se esclarece el presunto hecho delictuoso en la vía penal. El adjetivo "razonable" significa precisamente que la existencia del delito no sea mera afirmación, sino que de las pruebas actuadas aparezcan indicios vehementes de la comisión de un acacer que la ley penal califica de delito.

Como condición esencial la ley exige que este delito sea perseguible de oficio, exceptuando así los casos que requieren querrela de parte. Se aplica esta disposición porque los llamados "delitos exceptuados" carecen de trascendencia social y el perjuicio que causan recae, principalmente, sobre la persona más que sobre la sociedad. Además se dispone que el juez civil comunique el hecho al representante del Ministerio Público, que es el Agente Fiscal, para que a su vez, éste lo denuncie ante el juez instructor (R.T. 1946, pág. 449, y A.J. 1938, pág. 319). En los delitos exceptuados no interviene el Ministerio Público como denunciante; su propia naturaleza exige querrela de parte para iniciar el proceso.

La suspensión del procedimiento civil sólo puede decretarse cuando el aspecto penal puede influir decisivamente en la sentencia a dictarse. Se presentan tales situaciones, principalmente, cuando se tachan documentos cuya falsedad es visible a simple vista, los mismos que sirven de base para la acción civil.

Sólo el juez de la causa civil, puede someter los hechos que conoce a la jurisdicción penal (A.J. 1946, pág. 241). La denuncia no puede ser formulada por las partes, sino sólo por el juez.

El Ante-Proyecto Zavala no tenía un artículo redactado en los términos del que comentamos, pero las ideas están contenidas en otras disposiciones.

Este contacto entre las acciones civiles y penales, en las que prevalecen estas últimas por su carácter, presentan problemas interesantes. Así habiendo aceptado las partes debatir la nulidad y falsedad de un testamento, es posible que, iniciada la acción civil, se denuncie la falsedad de tal instrumento?. La ejecutoria suprema de 24 de Mayo de 1946 (A.J. 1946, pág. 241) ha establecido que si los mismos interesados se presentaron al juez civil, fué porque creyeron, con fundamento cierto, que el problema a debatir era civil y no penal; que pedir pasaran los autos al instructor era un ardid de la defensa, pues hallándose la causa en trámite, solamente al juez civil competía remitir la denuncia al Agente Fiscal, si encuentra en aquellos "indicios razonables" de que habla la ley.

El documento notoriamente falso presentado en un juicio civil, constituye el "indicio razonable". En cambio una testimonial vertida en el proceso, que a juicio de la otra parte constituye delito contra la administración de justicia, puede calificarse de indicio razonable y servir para postergar la acción civil? Ejecutorias supremas (A.J. 1943, pág. 378; R.J.P. 1950, pág. 197; 1954, pág. 103) establecen que el Tribunal Correccional, al sentenciar, es el llamado a calificar la testimonial vertida en el curso del proceso o en la audiencia y de establecer su falsedad, —lo que constituiría de-

lito perseguible de oficio—, debe ordenar se remitan copias certificadas suficientes para que el juez instructor de turno abra la correspondiente instrucción. Estas ejecutorias están de acuerdo con el art. 257 del C.P.P. que dispone la detención del testigo que se presume falso, hasta que concluya el juicio oral para resolver lo conveniente en la sentencia. Una testimonial aparentemente falsa no constituye "indicio razonable" y es insuficiente para paralizar un procedimiento civil.

De acuerdo con su naturaleza, la ubicación de este artículo debe estar en la ley procesal civil, porque regula situaciones que sólo pueden presentarse al juez civil y en procesos de esta clase.

La suspensión que autoriza el artículo no se puede calificar de excepción: es una prejudicialidad penal planetada en un juicio civil a fin de determinar previamente la naturaleza delictuosa de un acto que puede influir en la resolución a dictarse en la causa civil. No es excepción, porque la finalidad de la denuncia no es aclaratoria y no pone fin a la acción civil, solamente la paraliza hasta el término de la acción penal. Es una disposición peculiar admitida por la ley para un proceso en el cual los interesados tienen la libre disposición de la acción.

En materia penal no hay ni puede haber disposición semejante, porque en ningún caso se suspende la acción para, de oficio, deducir una cuestión prejudicial. La única excepción que puede ser deducida de oficio es la prescripción (R.J.P. 1954, pág. 617).

La imputación de existir una falsificación de firmas, es insuficiente para abrir instrucción. Es necesario que en el mismo proceso civil se esclarezca la falsificación y sólo si los indicios lo justifican, el juez remitirá lo actuado al instructor en uso de la facultad que le concede el art. 3º. (R.J.P. 1954, pág. 1370).

Art. 4º—Cuando contra la acción penal se promuevan cuestiones que necesiten ser resueltas previamente para establecer si el hecho imputado tiene carácter de delictuoso, el juez instructor las elevará al Tribunal Correccional, con citación del agraviado.

El Tribunal resolverá, sin otro trámite que la citación al interesado y la vista fiscal, si debe continuar el procedimiento penal o no.

Es frecuente que, al investigar la comisión de un hecho delictuoso, surjan cuestiones de carácter extra-penal de cuya apreciación depende establecer el carácter delictuoso del acto incriminado.

Se objeta que conceder importancia a tales cuestiones, dándoles tramitación separada, atenta contra la economía procesal y contra la rapidez que debe primar en el procedimiento penal. Pero a esto se contesta: que la acción penal debe armonizar con la justicia. Si es necesario que previamente

se determine un hecho como requisito para la existencia del delito, silenciarlo sería grave atentado. El procedimiento judicial debe ser rápido, pero principalmente justo. Si se da el dilema entre justicia y rapidez, debe sacrificarse la rapidez y que prevalezca la justicia.

La cuestión prejudicial supone la calificación previa en otra vía, para establecer si los hechos incriminados constituyen o no delito.

Sucede a menudo que un hecho no es considerado delito sino en tanto se relaciona con la existencia de otro hecho anterior: así, para que exista delito de matrimonio ilegal, es necesario que esté vigente el vínculo matrimonial contraído con anterioridad; será necesario acreditar previamente que el primer matrimonio subsiste, para que el posterior constituya delito. Surgen así las llamadas cuestiones prejudiciales, denominación debida a que la decisión que en ellas recaiga resuelve la situación de las que de ella dependen.

Florian las llama "obstáculos al ejercicio de la acción penal".

La cuestión prejudicial siempre es punto jurídico cuya resolución se presenta como antecedente lógico a la de derecho penal, objeto del proceso. Este autor considera que para que tales cuestiones existan deben de: a) estar controvertidas; y b) estar en relación con el delito en el sentido de determinararlo en uno o en todos sus elementos constitutivos.

"Prejudicial es toda cuestión jurídica cuya resolución constituye un presupuesto para la decisión de la controversia principalmente sometida a juicio" (12).

Dos casos pueden presentarse:

- a) que una cuestión penal se presente como prejudicial en un proceso civil; y
- b) que una cuestión de derecho privado se presente como prejudicial en una causa penal. Este segundo caso es el que nos corresponde ver.

Aunque el contenido de lo prejudicial está regulado por rama de derecho diferente de la que rige para la controversia principal, es decir por norma no penal, sin embargo la decisión debe corresponder al juez penal. Corrientemente la decisión debería ser dictada por juez civil, pero para alcanzar unidad de acción, se sacrifica la competencia usual de los jueces.

Manzini recuerda una fórmula no totalmente exacta, pero que la repite como útil recurso mnemotécnico: "el juez de la acción, es también el juez de la excepción". Decimos que no es totalmente exacta porque lo prejudicial no es una excepción, pero puede aplicarse el principio por tener ambas análogo contenido procesal. Luego agrega que la razón de lo anterior reside —dice— en "el principio de la esencial unidad del poder de jurisdicción. Cualquiera que sea el juez y cualquiera que sea la competencia, siempre es la misma función jurisdiccional la que se actúa". En las diversas clases de competencia, no hay antagonismo, sino integración. "La jurisdicción dada en relación al objeto principal del proceso implica la competencia para conocer de toda cuestión jurídica, homogénea o heterogénea, necesaria para la decisión principal (el juez de la acción es también el juez de la excepción), salvo que la ley disponga expresamente en forma diferente" (12).

El efecto natural de la cuestión prejudicial es suspender el procedimiento penal, remitiendo el asunto al juez extra penal correspondiente. Lo que persigue la ley es que la cuestión vaya a resolución del juez que mejor conozca la rama del Derecho a la cual pertenece. El fallo que dicte el juez de la cuestión prejudicial obliga al juez penal en el sentido de que si no existe el antecedente, el instructor se verá obligado a declarar que no procede la apertura de instrucción y si ésta estuviere iniciada, al Tribunal compete resolver en dicho sentido, cortando el procedimiento. (A.J. 1906, pág. 122, 1907, pág. 157, 1908 pág. 332, 1930 pág. 193 y 1943 pág. 7; R.J.P. 1937, págs. 154 y 2212).

La mayoría de las legislaciones reconocen estas cuestiones y las reglamentan. Sólo volviendo espaldas a la realidad, puede negarse su existencia. En el anterior Código no se reconocían pero se aceptaban ciertas cuestiones que anulaban la acción penal con mayor amplitud. Por esta razón la Exposición de Motivos creyó conveniente "legalizar esa situación, encausándola dentro de las disposiciones" y estableció el artículo que comentamos.

Se discute acerca de la jurisdicción que debe sustanciar las cuestiones prejudiciales. Se ha dicho que el juez que conoce el delito debe resolver las incidencias relacionadas con el hecho: es quien está en mejor situación para apreciarlas, evitándose suspensiones en el procedimiento y logrando que la sentencia contemple todos los aspectos del hecho. Se objeta esta tendencia diciendo que el juez instructor carece de competencia para resolver asuntos no penales y su fallo no puede obligar a terceros no comprendidos en la instrucción; además resolviéndose este punto en la instrucción, más tarde podrá estar en contradicción con un fallo civil sobre el mismo asunto.

Nuestra ley establece en este artículo que es el Tribunal Correccional, instancia única en materia penal, quien califica la cuestión propuesta y si la declara fundada, ordenará suspender el procedimiento. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al establecer que "La resolución de cuestiones prejudiciales y de las excepciones corresponde, en todo caso, al Tribunal Correccional. Existiendo instancia única y careciendo el juez de *judicium*, es el Tribunal quien debe resolver estas incidencias". (R. J.P. 1948, pág. 68).

El principio general de que la acción penal puesta en marcha sólo puede terminar con la sentencia; tiene excepciones, una de las cuales es la institución de las cuestiones previas. En aquellas que, afectando el fondo mismo del punto en que incide la acción penal, deben ser resueltas previamente para determinar el carácter delictuoso del acto sujeto a incriminación. Doctrinariamente estas cuestiones son previas a la acción penal, es decir, que ésta se paraliza mientras aquellas actúan.

Es necesario distinguir las cuestiones prejudiciales, de las excepciones y de las cuestiones previas.

La cuestión prejudicial tiene como finalidad suspender el procedimiento y se relaciona con un elemento previo al delito, un antecedente del delito.

La cuestión previa se dirige a extinguir la acción penal y atañe a un elemento fundamental del delito mismo; si no existe, no hay delito.

La excepción puede o no extinguir la acción; se refiere a un elemento procesal, no afecta a los elementos constitutivos del mismo, sino a los procesales.

La cuestión prejudicial surge cuando para proceder al enjuiciamiento, es necesario establecer previamente la existencia de un hecho anterior al delito, y sólo si se llega a conclusión afirmativa, procede la acción penal. (R.J.P. 1955, pág. 2125). Como ejemplo de las cuestiones prejudiciales, existen ejecutorias supremas referentes a la necesidad de establecer previamente la existencia del matrimonio antes de abrir instrucción por delito de matrimonio ilegal (A.J. 1941, pág. 28; 1945, pág. 343; R.J.P. 1946, pág. 209 y 1950, pág. 624); de acreditar el estado civil de la persona en la instrucción en que se investiga la alteración del estado. (A.J. 1943, pág. 7); de que exista resolución declarando el divorcio por causal de adulterio para que proceda abrir instrucción por este delito (A.J. 1942, pág. 303 y 1941, pág. 28); de que se acredite la propiedad en la vía civil para que exista usurpación (A.J. 1943, pág. 10); y de conseguir previamente en la vía civil la nulidad del documento para que proceda la acción penal por falsificación. (A.J. 1947, pág. 363, y exp. 162-1961 de 7 de octubre de 1961).

La excepción es el medio de defensa mediante el cual el inculpado pretende excluir la acción criminal incoada. No es la simple negación del hecho afirmado como cierto por el denunciante, sino es la contraposición de un hecho impeditivo o extinto que excluya los efectos jurídicos de la acción, la que no sería justiciable ante ningún fuero. Es derecho de defensa otorgado al inculpado y dirigido a anular la acción.

Las cuestiones previas son meros incidentes del asunto principal; no tienen existencia independiente ni requieren procedimiento especial. Puede decirse que van anexas a la investigación del delito y son resueltas por el mismo fuero que conoce del hecho. Pero tienen como resultado que, de declararse fundadas, dejan al inculpado exento de pena. Ejemplo de cuestión previa es acreditar el protesto notarial por falta de pago de un cheque o la respectiva constancia del banco sobre la carencia de fondos, antes de abrir instrucción por delito de estafa.

Nuestro Código es parco al tratar de estos puntos, quizás por estimar que tiene más carácter doctrinario que práctico; existen pocas disposiciones referentes a su tramitación, resolución y clasificación. No hay pauta que regule esta materia, de suyo complicada y difícil. Deja al criterio de los jueces la calificación de estas cuestiones, la personería de quienes la pueden interponer, la oportunidad y aún la misma tramitación. Ha omitido conceder al juez la facultad de rechazar las cuestiones manifiestamente maliciosas y como forzosamente tienen que ser resueltas por el Tribunal, en realidad son articulaciones, que a pesar de tramitarse en cuaderno aparte, siempre dilatan el proceso penal y favorecen la prescripción de la acción, con grave desmedro de la justicia. Si los jueces tienen potestad para rechazar denuncias y negarse a abrir instrucción, con mayor razón deberían estar facultados para rechazar de plano aquellas cuestiones que a simple vista son infundadas. El auto que dictaran estaría sujeto a la aprobación del Superior Tribunal.

Por sus características las cuestiones previas están íntimamente vinculadas a las prejudiciales y muchos tratadistas sostienen que ambas insti-

tuciones pertenecen a la misma categoría, diferenciándose en la finalidad y por sus efectos, pues mientras unas remiten el juzgamiento a fuero distinto, las otras son resueltas en la misma vía.

En cuanto a la tramitación: la excepción se tramita en cuaderno aparte y de declararse fundada se extingue la acción y consecuentemente se termina el procedimiento.

La cuestión prejudicial también se sustancia en cuaderno aparte, se resuelve en la misma vía penal pero, de declararse fundada, solamente suspende el procedimiento.

La cuestión previa es inseparable del hecho delictuoso, no requiere tramitación separada y es resuelta por el juez instructor y al declararse fundada extingue el procedimiento.

También existe diferencia sustancial en los alcances de la resolución: la que recaiga en la excepción tiene resultado general, impide que se reabra la instrucción por el hecho incoado y produce cosa juzgada; la que recaiga en la prejudicial también tiene efectos generales, pero suspende el procedimiento penal mientras se establece el carácter delictuoso y, en consecuencia, puede reiniciarse el proceso penal. Finalmente, la que recaiga en la previa está limitada a los fines penales del proceso.

Establecidos los linderos de la cuestión prejudicial, de las excepciones y de las previas, es del caso formular algunas interrogantes:

Es posible plantear conjuntamente una excepción y una cuestión prejudicial? No. Tienen origen distinto y dan lugar a consecuencias diversas. "No puede deducirse acumulativamente, cuestión prejudicial y excepción de naturaleza de juicio, porque ambos son obstáculos procesales implicantes". (R.P.J. 1962 p. 1034). La cuestión tiende a establecer la inexistencia del hecho por ausencia de un requisito que lo convierte en delictuoso; la excepción pretende establecer que el hecho exista, pero que procesalmente no es sancionable. Si bien es cierto que no se deben ejercitar estos medios de defensa al mismo tiempo, pues no pueden ser declaradas ambas fundadas, en cambio al Tribunal debe tramitarlas y resolverlas (A.J. 1949 p. 251; 1957 p. 139 y R.J.P. 192 pág. 2732).

La tramitación —dado el carácter público de la acción— es obligatoria para el Tribunal (A.J. 1949, pág. 257). Más aún, si se promueven una excepción y una cuestión y el Tribunal resuelve sólo la excepción, que era de prescripción, es nulo ese auto (R.J.P. 1952 pág. 2732).

La irresponsabilidad puede plantearse como excepción y/o cuestión prejudicial? Formulamos esta pregunta porque es frecuentísimo que inculcados y defensores la planteen para cortar la acción penal. En toda denuncia criminal se imputa a determinada persona la comisión de un delito; la instrucción tiene por objeto comprobar la veracidad o falsedad del cargo. Entonces la finalidad del proceso es establecer si existe o no responsabilidad en los denunciados. Es decir la irresponsabilidad no cabe resolverla en vía incidental, sino como cuestión de fondo en la sentencia, por ser el objeto de la acción penal. Es la doctrina sentada en las ejecutorias supremas insertas en la R.J.P. (1953, pág. 197) y en los A.J. (1946, pág. 182), que establecen que no puede prosperar como cuestión previa, la excepción de improcedencia de la acción, basada en que los hechos son falsos, puesto que eso es materia de la instrucción. El fundamento de la incidencia no estaba cons-

tituido por la negación del carácter delictuoso de los hechos denunciados, sino en la afirmación de su no ejecución. No hay, pues, cuestión prejudicial ni excepción que requiera resolución anticipada; se trata de establecer la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpado, lo que constituye uno de los fines del proceso penal.

Las mismas razones valen para afirmar que la alegación de la inexistencia de delito no es excepción (R.J.P. 1953, pág. 341). Es la finalidad de la instrucción que no puede ser resuelta como incidente sino con el proceso.

Quiénes pueden formular excepciones y cuestiones prejudiciales? siendo la excepción y la cuestión prejudicial medios de defensa que la ley brinda al inculpado, sólo pueden ser esgrimidos por éste o por sus legítimos personeros; por esta razón el Ministerio Público no puede promoverlos (R. J.P. 1950, pág. 84). Una ejecutoria suprema establece que los defensores no pueden interponer excepciones, pues su labor se reduce a los actos de mera defensa. Otras ejecutorias han resuelto que quien no ha sido comprendido como encausado no puede deducir excepciones. (A.J. 1951, pág. 193 y R. de los T. 1942, pág. 95; R.J.P. 1959, pág. 12633).

En qué momento procede deducir excepciones y cuestiones prejudiciales? Como todo acto procesal, estos medios de defensa que la ley concede al inculpado, están sujetos a términos y para plantearlos con éxito, deben interponerse en su oportunidad. La ley no contiene ninguna disposición al respecto pero la jurisprudencia suprema, de manera uniforme ha establecido que las cuestiones prejudiciales solamente pueden plantarse durante el período investigador: así se ha resuelto que antes de rendir la instructiva el inculpado no puede deducirlas, porque ignora el contenido de la denuncia. (R.J.P. Noviembre 1951, pág. 1335 y 1959, pág. 198). Al rendir su instructiva, el inculpado puede deducir las excepciones y cuestiones que le favorezcan. (A.J. 1945, pág. 271); que declarada la procedencia del juicio oral, son inadmisibles las articulaciones que promueva el acusado y aún el mismo Fiscal. (A.J. 1941, pág. 109; R.T. 1941 págs. 117 y 206; R.J.P. Enero 1950, pág. 84 y 1959, pág. 1390). Las excepciones y cuestiones que se promuevan en el juicio oral se considerarán argumentos de defensa que se apreciarán por el Tribunal.

Las excepciones y cuestiones prejudiciales sólo pueden deducirse desde el momento en que el inculpado rinde su instructiva hasta que el Tribunal declara la procedencia del juicio oral.— Antes son prematuras; después son argumentos de defensa a considerarse en la sentencia. Debe entenderse que pueden deducirse tanto durante el término ordinario de los 6 meses, como en el ampliatorio, si lo hubiere. (R.J.P. 1947, pág. 490).

Es muy frecuente que, al iniciarse la audiencia, la defensa deduzca excepciones amparándose en lo dispuesto en el art. 271. En su oportunidad veremos el alcance que tiene esta disposición legal. Adelantando opinión diremos que el término "cuestiones incidentales que surjan en las audiencias" no puede referirse a excepciones y cuestiones prejudiciales. Estas se fundamentan en hechos y circunstancias que existían antes de iniciarse el proceso penal y no constituyen cosa nueva al acto oral. Legalmente existe el delito, que es objeto de la instrucción y debe ser materia de la sentencia. (A.J. 1946, pág. 182) El caso de la prescripción es distinto y lo veremos al comentar dicho arte 271.

Ahora nos preguntamos: quienes están procesalmente aptos para interponer estas cuestiones? Se ha discutido mucho sobre la capacidad procesal del juez o del Tribunal Correccional para hacerlas valer de oficio. Se sostiene que, en virtud del principio de la economía procesal, es conveniente concederles esta facultad, evitándose así posibles nulidades. Pero ello sería desfigurar la institución del juez de instrucción, pues al otorgarle tales facultades se excedería de sus funciones propias. Es uniforme la jurisprudencia nacional en el sentido que solamente a las partes procesales corresponde deducir estas articulaciones.

Puede el denunciado, antes de comparecer ante el juez y para evitarse las complicaciones derivadas del proceso, presentarse por escrito y deducir las cuestiones y excepciones que le favorecen? Indudablemente que aunque el estar procesado no sea deshonor y no significa culpabilidad, sin embargo trae complicaciones y dificultades. Aunque la ley no lo diga, la Corte suprema ha establecido que mientras el inculpado no rinda su instructiva, no puede deducir ninguna articulación que le favorezca, porque ignora los términos de la denuncia. (A.J. 1951, pág. 197 y R.J.P. 1949, pág. 401).

A pesar de lo anterior, no debe olvidarse que el emplazamiento contiene el motivo de la denuncia y la indicación de la persona que la plantea, de manera que el denunciado sabe porqué se le cita y al comparecer ante el juez va preparado para defenderse de los cargos que se le imputan.

En cuanto a la forma de su tramitación, varias ejecutorias han establecido (R.J.P. 1949, pág. 410; El Peruano 6 Setiembre 1944) que conforme lo dispone el art. 90, debe formarse cuaderno con copias completas, sin pedir la instrucción, evitándose así las paralizaciones del proceso. Es tan terminante este mandato que otra resolución (R.J.P. 1950, pág. 338) ha establecido que es nulo el auto que resuelve la excepción, si previamente no se ha formado el cuaderno con las copias pertinentes. No es legal pedir los autos principales (R.J.P. 1948, pág. 340). Es diligencia esencial en estos incidentes citar al interesado y su omisión acarrea la nulidad de la resolución. (R.J.P. 1951, pág. 1450 y Revista Jurídica 1956, pág. 135; Revista Derecho Penal 1956, pág. 14). Igualmente es trámite obligado la vista fiscal.

Procede interponer una cuestión prejudicial respecto de una prueba o como consecuencia directa de la misma? No. La redacción es clara y una ejecutoria suprema (R.J.P. 1953, pág. 1380) ha establecido que siendo el juez el director de la instrucción, a él compete ordenar las pruebas y contra ellas ni como consecuencia de las mismas, es procedente deducir articulaciones. La única forma de destruir procesalmente una prueba es mediante la tacha.

La cuestión declarada fundada en una instrucción: ampara a otras cuyo origen es la misma actividad del procesado? No. Cada instrucción es independiente. Aunque todas provengan de la conducta desarrollada por el actor, sin embargo el lograr que se declare fundada una excepción o cuestión, no beneficia a los demás; en cada instrucción deberá deducirse la misma excepción o cuestión y sólo entonces lo que se resuelva obliga. R.J.P. 1950, pág. 462). Lo anterior no rige en el caso de acumulación de procesos.

En cuanto al recurso de nulidad, recordemos que el inc. 7º del art. 298 lo concede expresamente contra los autos que "resuelvan las excepciones y cuestiones prejudiciales" bien sea que hayan sido declarados fundados o infundados. Distinta situación se presenta en el Habeas Corpus, caso

en el cual el recurso de nulidad sólo procede cuando el recurso ha sido declarado infundado por el Tribunal Correccional.

Ahora preguntamos: si la excepción o cuestión ha sido desestimada, el Ministerio Público puede interponer recurso de nulidad? Aunque el texto legal es amplio, sin embargo creemos que al declarar infundada la excepción, el Tribunal coincide con el planteamiento del representante de la sociedad y la resolución favorece su punto de vista. En ese caso el Fiscal no puede impugnar esta resolución. La única excepción se presenta con la prescripción que puede ser deducida y declarada de oficio, caso en el cual si procede el recurso si fuere el Fiscal quien la hubiera interpuesto. Tal es el sentido en que debe entenderse la ejecutoria suprema inserta en la R.J.P. año de 1962, pág. 486.

Art. 5º —Contra la acción penal pueden promoverse las excepciones de personalidad, naturaleza de juicio, cosa juzgada, amnistía y prescripción. Si se declara fundada alguna de ellas, se anula la instrucción que se está llevando a cabo.

Comentando este punto, el Profesor Alcalá—Zamora cree que debe formarse "un título o sección a denominarse "De la conclusión del proceso penal sin juicio oral", que estaría integrado por los arts. 5, 77, 191 y 221.

Existiendo vinculación estrecha entre cuestiones prejudiciales y excepciones, conforme lo acabamos de ver, recomendamos la lectura del comentario anterior, pues aunque muchas ideas y citas se repiten, siempre integrará lo referente a este punto.

El campo de las excepciones es exclusivamente procesal y abarca tanto el procedimiento civil como el penal, con las diferencias propias de cada acción.

Hemos dicho que las excepciones son los medios de defensa que la ley concede a los inculcados con el fin de excluir la acción penal contra ellos incoada. Chiovenda la llama "contra-derecho" frente a la acción y Couture las califica de "un verdadero derecho de impugnación". (12). No consiste en la simple negación del hecho aducido como delito, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos de la acción penal.

Discrepando de este criterio, Manzini diferencia entre defensa en sentido estricto y excepción. Por defensa entiende "las simples negaciones o las deducciones circunstanciales que tienden a excluir la existencia del hecho o la ejecución de él o el concurso de él por parte del imputado, y toda otra deducción capaz de excluir o de atenuar la imputabilidad o la responsabilidad por razones del hecho" (12). En medio, en las excepciones, el interesado hace valer un derecho propio con miras a desconocer la pretensión punitiva o para demostrar que la acción penal es improseguible o sacando a relucir vicios procesales, aplaza o enerva la acción interpuesta.

Respetando la opinión del ilustre maestro italiano creemos que no se

da tan clara distancia entre defensa y excepción; estas últimas emergen cuando hay instrucción abierta y aunque se diga que son derechos propios, en realidad ellos sólo operan contra una acción penal ya deducida y con el fin exclusivo de destruirla o aplazarla. Además, si se deducen ante el Tribunal, se consideran meros argumentos de defensa y se resuelven conjuntamente con lo principal. Allí se da la perfecta identidad entre una y otra.

La clasificación más frecuente en Derecho, es la que distingue las excepciones en dilatorias y perentorias. Esta distinción proviene de considerar su finalidad procesal: según tiendan a postergar la iniciación de la acción o provocando una defensa del fondo del asunto que mate la acción o mediante una cuestión incidental se procura la liquidación del juicio.

Se llaman excepciones dilatorias aquellas que suspenden o enervan la acción penal, impidiendo temporalmente la decisión judicial. Es decir, dilatan la acción postergándola para más tarde. Por medio de estas excepciones se niega o contradice un elemento de tal naturaleza que si prospera la acción perdería su eficacia actual, pero más tarde puede volver a reproducirse con posibilidades de éxito. Como dice Guasp, la excepción dilatoria hiere la acción pero no la mata. Se refieren a la persona del juez o del demandante, al negocio o materia de la demanda, o al modo de pedir ésta por estimarla defectuosa. No va contra el derecho mismo, sino al modo de ejercerlo. Se justifican porque tienen como finalidad velar por la economía procesal evitándose procesos nulos por inobservancia de las reglas del procedimiento.

Por su nombre de dilatorias puede creerse que su fin es dilatar los juicios y en realidad es el empleo que los abogados inescrupulosos hacen de las mismas; pero esto puede ser una consecuencia, nunca constituye su verdadero contenido. La excepción dilatoria es el medio de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, que no va al fondo del asunto, pero que compromete la eficacia y validez de todo el proceso. Por esa razón se plantean antes de contestarse la demanda y requieren resolución previa favorable al actor para que éste pueda iniciar la acción válidamente.

El art. 312 del Código de Procedimientos Civiles, señala taxativamente cuáles son las únicas excepciones admitidas en un proceso civil con el carácter de dilatorias. Ellas son: incompetencia; pleito pendiente; falta de personería; inoficiosidad de la demanda; naturaleza de juicio; transacción y cosa juzgada.

Las excepciones perentorias no constituyen defensa del proceso sino del derecho mismo. No tienden a depurar el procedimiento de elementos ajenos al mismo ni procuran la economía procesal como las anteriores, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.

Su nombre deriva del verbo "perimere", que significa destruir, extinguir y su finalidad es acabar con la pretensión del actor, terminando definitivamente con el pleito. Es una resistencia a la acción basada en elementos de derecho procesal o sustantivo; y de triunfar, determina su ineficacia posterior absoluta. Según Guasp, esta pretensión va directamente contra el derecho esgrimido en la acción; y lo destruye por completo.

A diferencia de las dilatorias, su enumeración no es taxativa; por lo general no aparecen enunciadas en los códigos y toman el nombre de los hechos extincivos de las obligaciones, es decir, son tantas las excepcio-

nes perentorias cuantas son las causas por las cuales se extinguen las obligaciones y las acciones. Nuestro C.P.C. no las enumera.

En cuanto a su tramitación, también, a diferencia de las anteriores, pueden interponerse en cualquier estado de la causa y se resuelven en la sentencia. No suspenden al procedimiento investigador ni impiden que éste continúe por sus cauces normales, pero si suspenden la expedición de la sentencia. Mientras la excepción no sea resuelta definitivamente, no es procesal realizar la audiencia ni expedir fallo.

Algunos autores como Couture, reconocen una tercera clase de excepciones: las mixtas. Son aquellas que, teniendo carácter previo, sin embargo plantean una cuestión de fondo que de ser amparada, mata la acción. Se dice que las mixtas tienen la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Se cita como ejemplo la cosa juzgada y la transacción. Como hemos visto, nuestra ley procesal civil no reconoce esta clase de excepciones, involucrándolas dentro de las dilatorias.

Tal es la teoría de las excepciones en el campo procesal, especialmente en el civil. Nuestro C.P.P., reconoce cinco excepciones deducidas contra la acción penal. Ellas son: personería, cosa juzgada, naturaleza de juicio, amnistía y prescripción. Solamente se admiten las excepciones enumeradas en este artículo y una ejecutoria suprema (R.J.P. 1949, pág. 571) declara que "es infundada la excepción de improcedencia de la acción penal que no esté contemplada en el C.P.P."

Se critica esta limitación considerando que de esa manera se desconoce el derecho de defensa, sagrado e irrestricto, se ataca los derechos del acusado que son irrenunciables y se constriñe el procedimiento penal. Esta crítica tiene cierto fundamento, pero es conveniente que el encausado conozca los medios de defensa que la ley le franquea, de los cuales puede hacer uso para destruir la acusación que se le formula. Además, la no limitación de las excepciones traería como consecuencia la proliferación de éstas y los abogados escrupulosos serían incansables deduciendo excepciones de toda clase, con sólo cambiarle nombre, aunque no el contenido. En aras de la correcta y oportuna sanción penal, es necesario que el Código declare previamente cuáles son las excepciones que pueden usarse por el inculpado como medios de defensa.

Pero, indudablemente, esta enumeración es incompleta. Se ha omitido considerar la excepción de naturaleza de la acción, distinta de la de juicio, por lo que generalmente se plantea con este nombre para salvar el vacío de la ley; otras veces se deduce como cuestión pre-judicial. Si el Código establece los casos en que el hecho delictuoso requiere denuncia de parte agraviada, es necesaria la determinación de la competencia y la excepción consiguiente cuando la denuncia se presenta ante juez incompetente o por quien no tiene capacidad para formularla. Otro vacío aparece cuando el art. 27 califica de excepción —nombre que verdaderamente le corresponde— a la contienda o declinatoria de jurisdicción, la que sin embargo no aparece enumerada en este artículo. Una ejecutoria suprema lo reconoce expresamente. (A.J. 1945, pág. 320).

Salvo la de prescripción, las demás excepciones deben ser deducidas por la parte interesada. También ha merecido críticas esta disposición por considerar que, siendo el procedimiento penal de orden público, el juez

es el llamado a subsanar las deficiencias procesales que presenta la defensa del encausado, y así como ordena la actuación de pruebas que pueden constituir descargo para el imputado, también debería estar autorizado para plantear excepciones que beneficien al reo. Tendría dos consecuencias importantes: evitaría la actuación de un proceso inútil e impediría que continuara la detención —o por lo menos las molestias inherentes a estar procesado— de quien no resulta responsable de delito. Además, conforme a nuestra ley procesal penal, el encausado —salvo que sea menor de edad o analfabeto— puede renunciar a la asistencia de letrado, en cuyo caso no está en aptitud de deducir excepciones que le pueden favorecer por ignorancia de la materia. Como solamente en la audiencia es obligatoria la presencia de defensor, puede darse el caso de que llegue a esta última etapa del proceso después de haber sufrido detención y molestias, quien sólo es culpable de un ilícito civil pero no de delito, o ni siquiera de lo primero.

En cuanto a la tramitación, el Código en el art. 90 establece que se sustanciarán en cuaderno aparte con las copias de las piezas pertinentes, se elevarán al Tribunal y éste, previa vista Fiscal y citación al interesado, resolverá; y contra esta resolución puede interponerse recurso de nulidad. Las ejecutorias citadas en el artículo anterior, también se refieren a excepciones y, por consiguiente, valen para este comentario.

La excepción de prescripción es la única que puede ser deducida de oficio en cualquier estado del juicio, aún en audiencia y de declararse fundada, impide que se dicte sentencia, limitándose a la expedición de un auto. En este punto existe cierta incongruencia: si conforme al art. 77 el juez instructor puede denegar la apertura de instrucción cuando considera que la acción ha prescrito, no se concibe que cuando esté en trámite la instrucción y se produce la prescripción, el juez carezca de la facultad que tenía el día de la apertura del proceso y con mayor razón debería tener cuando está conociendo de la denuncia y sabe si ésta ha prescrito o nó.

El Código ordena que al Tribunal Correccional compete la resolución de las excepciones y cuestiones que surjan dentro del proceso. Esta disposición constituye una inexplicable limitación a los poderes del juez que, por lo demás, son amplios como director de la instrucción. En el curso del proceso, el Instructor puede dictar resoluciones que afectan a la instrucción misma, a la persona y bienes del inculpado, a un tercero civilmente responsable; puede ordenar inscribir una partida de defunción en los Registros de Estado Civil, dando término a la personalidad, puede conceder o negar la personería del agraviado para constituirse como parte civil, ordenar el internamiento del encausado en un asilo de insanos, o también mandar trabar embargo en bienes determinados, etc. Estas resoluciones tienen efectos importantes y no requieren consulta al Superior, pudiendo quedar consentidas. Además —conforme al art. 77—, le corresponde la calificación del delito y según ello abrir o no instrucción.

Si el juez instructor tiene potestad suficiente para dictar estas resoluciones, que en determinado momento pueden tener trascendencia, es inexplicable que carezca de la facultad de resolver excepciones y cuestiones que puedan llegar a la Corte Suprema, lo que no ocurre con los autos relativos a la libertad o al embargo que forzosamente concluyen en el Tribunal Correccional.

En qué momento procesal se deducen excepciones? El Código omite señalar punto tan importante, lo que permite la proliferación de excepciones con grave desmedro de la justicia. Por la redacción se infiere que es durante el período investigador, pues finaliza diciendo "se anulará la investigación que se está llevando a cabo". Repetidas y uniformes ejecutorias supremas establecen que sólo puede deducirse excepciones durante la instrucción y en el plazo ampliatorio, si lo hubiere. Mientras el Tribunal no dicta el auto que declara la procedencia del juicio oral —como es costumbre— o simplemente señala día y hora para la audiencia —como lo ordena la ley— es oportuno deducir excepciones, pero dictado este auto, queda clausurado el período investigador y ya no es procedente plantearlas, salvo aquellas que surjan durante el juicio oral como la prescripción. (R.J.P. 1947, pág. 490; id. 1945, pág. 239; id. 1949, pág. 573; id. 1951, pág. 1451; A.J. 1945, págs. 62 y 155).

Antes de rendir su inductiva el encausado tampoco puede interponer excepciones, porque oficialmente ignora los términos de la denuncia. (R. J.P. 1951, pg. 1335 y 1959, pág. 198).

Si en la audiencia se interpusiera excepciones —lo que es muy frecuente— se considerarán como argumentos de la defensa y serán apreciadas como tales en la sentencia. Ya no es la oportunidad para deducirlas, porque el delito ha quedado comprobado y únicamente falta la decisión judicial. Es inoperante considerar excepciones que tienen como finalidad evitar el fallo. Como dicen las ejecutorias "sería desnaturalizar el procedimiento" (A.J. 1941, pág. 109á R.J.P. 1946, pág. 183). Iniciada la audiencia sólo termina por sentencia o por auto que declara fundada la prescripción, pero nunca puede suspenderse el acto oral para tramitar "una alegación de irresponsabilidad con el nombre de excepción". (A.J. 1947, pág. 416).

En los delitos exceptuados, la oportunidad para deducir excepciones es el comparendo y se resolverán en la sentencia (R.J.P. 1945, pág. 365 y Exp. 713/58 Nov. 1958).

Comentando este artículo el profesor Alcalá—Zamora (14) considera necesario establecer una disposición que ordene la notificación a los interesados haciéndoles saber que la oportunidad para interponer excepciones se encontraba abierta, la que duraba mientras el proceso penal se encontrara en estado de investigación.

Quién puede deducir excepciones? Solamente quien es parte en el proceso como encausado. El defensor no puede plantear excepciones porque ello escapa a sus atribuciones. (A.J. 1940, pág. 243). El Tribunal Supremo, en ausencia de declaración expresa de la ley y considerando que la institución de la excepción tiene como finalidad la defensa de quien está acusado de delito, la concede única y exclusivamente al procesado y a sus legítimos personeros (R. de los T. 1942, pág. 95).

Finalmente queda una situación: si la resolución planteada, se encuentra pendiente de revisión ante la Corte Suprema, puede el Tribunal Correccional realizar la audiencia, si éste fuere el estado del proceso? No. La Corte Suprema ha establecido (R.J.P. 1949, pág., 398) que como la resolución que expida en la excepción o cuestión prejudicial, puede afectar al proceso entero, mientras ésta no quede definitivamente rsuelta, es prematuro realizar la audiencia; es decir, debe esperarse la resolución de la excepción antes

de realizar la audiencia con la cual se daría fin al proceso penal.

Examinemos ahora separadamente, las excepciones que contempla nuestro Código:

Personería.— Desviándose del significado histórico-jurídico de "personería", esta excepción tiene como finalidad la legitimación procesal de las partes en el proceso.

Pueden darse tres situaciones que la justifiquen: del acusador privado no siendo agraviado ni representante legal y caso de acción popular; del Ministerio Público cuando se trate de delitos de acción privada; y de la parte civil cuando no acredita su condición de tal.

En el procedimiento civil, esta excepción se opone a aquel que interviene en juicio a nombre de otro, sin poder bastante. Dos ejecutorias supremas (A.J. 1946, pág. 281) establecen que el art. 314 del C.P.C., es el que rige los requisitos a exigirse para que prospere la excepción de falta de personería en la vía penal.

En los casos en que el hecho delictuoso puede ser denunciado por persona que no sea precisamente el agraviado y la instrucción se siga de oficio, esta excepción no paraliza la acción penal, pero si neutraliza a quien sin tener personería como parte civil, pretende intervenir en el proceso.

Puede deducirse cuando el denunciante proceda a nombre de determinada entidad en calidad de gerente, apoderado, etc. Se tramitará en incidente aparte y durante la prueba deberá acreditar legalmente que tiene poder suficiente para representarla en el proceso penal y eventualmente, constituirse en parte civil.

De declararse fundada la excepción, se anulará la instrucción? Creemos que no. Se anulará en lo relativo a considerar como agraviada a la entidad en cuyo nombre se hizo la demanda, pero la instrucción seguirá su curso por ser el procedimiento de oficio si ésta fuera su naturaleza. La diferencia radica en que se investiga un hecho delictuoso sin parte civil. Por consiguiente, el denunciante no puede hacer valer los recursos que la ley franquea a la parte civil. Hay entidad que ha sufrido agravio en su patrimonio económico pero no está determinada la personería de quien la representa, quedando ésta encomendada al Ministerio Público. La reparación civil se mandará pagar a quien acredite representar legalmente al agraviado.

Naturaleza de juicio.— Según el art. 316 del C.P.C., esta excepción puede ser deducida "cuando se de a la demanda una sustanciación distinta de la que le corresponde". Aplicando este criterio procesal civil al campo penal, será procedente cuando a la denuncia criminal se le de tramitación distinta de la que por su naturaleza le corresponda: v.gr., cuando a una acción privada, que requiere querrela de parte, se le de tramitación de instrucción como si fuera hecho perseguible de oficio, o haciendo intervenir al Ministerio Público tratándose de acción que requiere pedido de parte. Esta acción siempre se refiere al elemento procesal del delito.

Sin embargo se ha desvirtuado este concepto. Se emplea cuando se quiere destruir una acción penal, aduciendo que es asunto civil. Es muy frecuente en los delitos patrimoniales, dada la estrecha vinculación que en el campo económico existe entre lo civil y lo penal; a veces no están delimitados ambos campos y tiene que establecerse cual es el que prevalece, es decir, si hay delito o si la ilicitud es simplemente civil.

Ha sido y es muy común deducir esta excepción para enervar la acción penal, cuando se afirma que el hecho denunciado como delito es asunto civil y no penal. Existen innumerables ejecutorias que resuelven estos casos, muchas de ellas amparando la excepción. Proviene esta interpretación de una ejecutoria suprema de 1928 (A.J. 1928, pág. 137) que establece que: "la excepción sobre naturaleza de juicio no puede referirse al caso único de haberse dado a la acción penal una sustanciación distinta de la que le corresponde, sino más bien, a que los hechos denunciados deben ser objeto de una calificación previa en la vía civil; pues sólo a esa condición su subsistencia podría excluir el delito, lo que significa que esta excepción importa una verdadera cuestión prejudicial". Esta ejecutoria dió una amplitud equivocada al concepto procesal de naturaleza de juicio, confundiéndola con la cuestión prejudicial o con la excepción de naturaleza de acción que no admite la ley.

Como ya hemos visto, son conceptos distintos la excepción y la cuestión, pero como nuestro Código no contempla la excepción de naturaleza de la acción, siendo infundada la que se deduzca con este nombre (R.J.P. 1949, pág. 571), lo procedente es deducir una cuestión prejudicial en forma directa. Una ejecutoria suprema de 1950, rectificando el criterio fijado en la de 1928, que se explica por ser anterior el Código vigente, establece que la excepción de naturaleza de juicio sólo procede cuando se da a la acción una tramitación distinta de la que la ley señala; en cambio, cuando el carácter delictuoso de un hecho debe terminarse en otra vía, procede la cuestión prejudicial. R.J.P. 1950, pág. 1540).

Con esta resolución judicial queda bien determinada que esta excepción es procedente cuando a la acción penal se le da tramitación que no le corresponde. Tal es el caso de una instrucción abierta por desacato: el procesado dedujo esta excepción aduciendo que la ofensa al juez no se había producido en ejercicio de sus funciones y era contra el honor, que exigía tramitación distinta, pues no era de oficio sino mediante querrela de parte. La Corte Suprema declaró fundada la excepción y anuló la instrucción. (R.J.P. 1955, pág. 1736, y 1955., pág. 2261). Cuando se requiere deslindar si la materia es de carácter civil o penal, lo procesal es deducir una cuestión prejudicial.

La excepción de naturaleza de juicio es un remedio procesal que anula la instrucción, sin llegar a conocer el fondo del asunto, refiriéndose sólo al aspecto externo del procedimiento. Al resolver la excepción, el Tribunal Correccional, fundándose en motivos de orden procesal, anula la instrucción que se está llevando a cabo, sin pronunciarse sobre la materia denunciada. R.J.P. 1960, pág. 1085; 1962, pág. 1034 y 1963, pág. 1386).

En el caso de perseguirse como delito algún hecho ilícito cuya resolución compete a las autoridades administrativas, no es procedente deducir esta excepción, porque no se trata de tramitación distinta sino de acción distinta. No existiendo en nuestra legislación la excepción de naturaleza de la acción, lo procedente es deducir cuestión prejudicial para evitar juzgar como delito lo que no lo es. Tal es el caso del contrabando sancionado por ley de 7 de Enero de 1896 y en el Código de Procedimientos Aduaneros que establece que la vía administrativa es previa a la penal. La Resolución Suprema de 26 de Julio de 1945 establece las pautas para la tramitación de los juicios

de comiso. Existe una ejecutoria suprema en ese sentido. (A.J. 1950, pág. 133).

El ilícito civil o el ilícito administrativo no generan delito y por ello, no pueden presentar situaciones que motivan procesos judiciales. Una ejecutoria reciente dice: "Es infundada la excepción de naturaleza de juicio basada en que se ha impuesto una multa administrativa y hay supuesta duplicidad de condenas: por la persecución penal del delito y por el ejercicio de la potestad administrativa". (R.J.P. 1962, pág. 1160).

La imposición de la multa prescrita en el art. 88 del Estatuto Provisorio del Seguro Social del Empleado importa el epílogo de una declaración de responsabilidad administrativa, que es diferente de la derivada de la comisión de un evento criminal. Ambas menciones son sanciones provenientes de diferente actividad estatal y la imposición de la administrativa no impide que —de ser el caso— se aplique la sanción penal por el Poder Judicial.

Cuando equivocadamente se interpusiere cuestión prejudicial en lugar de excepción de naturaleza de juicio, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema ha declarado que el juzgador puede rectificar el error considerando la acción como la que debió ser y ampararla, si fuere el caso. (R. del F. 1954, pág. 816).

Esta ejecutoria plantea un problema interesante: hasta qué punto la Corte Suprema puede enmendar las deficiencias de la defensa en el planteamiento de los problemas doctrinarios? Ejerciendo esta atribución, el Tribunal Supremo puede llegar al extremo de variar las instituciones contenidas en el recurso del procesado? Creemos que no. Es cierto que la justicia debe ser buscada en los fallos judiciales, especialmente en materia penal en que la libertad humana está de por medio. Pero existe un límite: el respeto a las normas procesales que son de orden público y obligan por igual a litigantes y jueces. Quien fundamenta su defensa en forma procesal equivocada, no puede esperar éxito. Debe quedarle abierto el camino para que haga uso de su derecho más tarde. No es aceptable que el juez interpretando lo que el interesado quiso decir y no dijo, cambie sustancialmente la institución amparando un recurso no deducido en debida forma. Esto se prestaría a la arbitrariedad judicial y abriría un camino de peligros incalculables.

Cosa Juzgada.— Para alcanzar mayor certeza en los fallos, existen las instancias a las cuales se recurre en vía de apelación y de recurso de nulidad. Cuando estas vías se agotan, la sentencia queda firme, inalterable. Entonces adquiere la sentencia categoría de cosa juzgada, es decir el asunto ha sido resuelto en forma definitiva.

Pero puede darse el caso de que una nueva denuncia pretenda revivir la investigación acerca de un delito que ya ha sido materia de una sentencia. Entonces es procedente deducir la excepción de cosa juzgada que impide debatir el delito denunciado. Quien la deduce no discute el delito ni la responsabilidad que pudiera caberle. Solamente exhibe una situación de hecho —la sentencia anterior que se encuentra ejecutoriada— y en virtud de ella pide que no prospere la nueva denuncia. La sentencia anterior le ahorra toda nueva discusión. Es una manera de resolver la denuncia por razones ajenas al conflicto, pero procesalmente válidas.

Para que funcione esta excepción, es necesario que el nuevo delito que se denuncia sea el mismo que el que fue objeto de la sentencia anterior; que la persona a quien se imputa el hecho sea la misma; y que exista una sentencia anterior que lo juzgue y se encuentre ejecutoriada.

Hay falta de identidad entre la acción civil de nulidad de matrimonio y la acción penal por bigamia considerando, además, que ambas acciones tienen finalidades distintas. En consecuencia no procede amparar la excepción de cosa juzgada deducida contra la denuncia penal. (R.J.P. 1963, pág. 228).

El art. 1º de la Ley Nº 9014 (inc. 3º) modificatoria del art. 118 del C.P. establece que la acción penal se extingue: "Por autoridad de la cosa juzgada" agregando en su segundo párrafo: "La sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil impide la acción penal respecto del hecho declarado lícito en esa sentencia entre las personas que fueron parte en el juicio o derivan de estas su derecho. Lo resuelto en la jurisdicción penal impide cualquier acción que pudiera derivarse del hecho materia del juzgamiento".

Esta disposición legal se refiere al caso resuelto previamente en la vía civil, que así adquiere categoría de cosa juzgada con respecto a una posible denuncia penal relativa al mismo hecho.

Una ejecutoria suprema de 1960 fundamentándose en esta ley declara: "Para que exista cosa juzgada, es indispensable que la sentencia civil declare lícito el hecho que más tarde sirve de fundamento al proceso penal. No habiendo tal declaración, no se produce el hecho constitutivo de la excepción juzgada. (R.J.P. 1960, pág. 610).

Los contornos de esta excepción son más nítidos cuando se trata del mismo hecho sancionado con anterioridad en la vía penal. En este caso sólo es necesario acreditar esta circunstancia mediante copia certificada de la sentencia penal, consentida, para que sea fundada la excepción de cosa juzgada.

En cuanto a la naturaleza de la cosa juzgada, fijaremos los caracteres de esta institución.

La paz y el orden social exigen imperativamente estabilidad en las relaciones sociales y ésta no podría darse si los juicios pudieran renovarse indefinidamente. La seguridad social es exigencia de la sociedad civil. Dada la imperfectibilidad humana, el fallo de la Corte Suprema puede estar equivocado pero debe presumirse lo contrario. Frente a esta posibilidad, existe la exigencia de que los litigios terminen en forma definitiva; que exista algún tribunal que los resuelva de una vez por todas; se garantiza el acierto mediante las instancias revisoras pero, agotadas, la resolución debe ser definitiva e inalterable.

La posibilidad de iniciar una acción penal o de pronunciar sentencia cesa, entre otras causas, por autoridad de la cosa juzgada. (Art. 118 inc. 3º C.P.).

Después de tratar este punto, Couture concluye así: "La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica; no es la razón natural sino de exigencia práctica". (13). No siendo de ley natural, la ley positiva es la que le da contenido y fija su eficacia. Por consiguiente también en determinados casos, puede quitarla como es en la revisión.

Esta materia está regida por el art. 127 del C. P., que dice: "Nadie podrá ser perseguido por segunda vez, por razón de un hecho punible fallado respecto de él definitivamente".

El planteamiento de esta excepción puede presentar situaciones diversas:

Si la sentencia condena por robo y la denuncia se refiere a la violación de domicilio, necesaria para consumar el robo, procede la excepción, mejor dicho, hay cosa juzgada? Este caso puede darse si la sentencia fue absoluta o condenatoria con pena mínima y el agraviado insatisfecho pretende castigo mayor, aunque sea por delito distinto. Creemos que en este caso existe cosa juzgada. La penetración al domicilio ajeno era el medio necesario para que el autor consumara su delito. No puede considerarse como delito autónomo, merecedor de sanción penal, al hecho que ha servido de medio para cometer otro más grave, que ya ha sido materia de sentencia en la cual se ha contemplado todos los aspectos del delito.

Lo mismo puede decirse de otras situaciones análogas: v. gr., sustraer cartas, sellos, etc., para falsificar documentos; proferir amenazas en el calor de una riña; abandonar a una persona después de haberla atropellado, etc.

El auto que declara sin lugar la apertura de instrucción, constituye cosa juzgada? La jurisprudencia (R.J.P. 1944, pág. 156, A.J. 1943, pág. 110) establece que si los datos posteriores desvirtúan los fundamentos que sirvieron para dictar este auto, no existe cosa juzgada. Considera que esta resolución tiene finalidad transitoria; califica los elementos presentados y según ellos ordena o no abrir instrucción. Si los nuevos documentos cambian sustancialmente el hecho y configuran delito, es procedente abrir instrucción. No puede impedírsele una resolución dictada con datos diminutos y sin oír al Ministerio Público ni a la parte agraviada. Al comentar el art. 77, trataremos nuevamente este punto.

La sentencia expedida por un tribunal privativo, puede servir de fundamento para deducir esta excepción, ante denuncia presentada al juez instructor? Hay cosa juzgada siempre que exista sentencia consentida que resuelva definitivamente el mismo evento criminal y que el fuero haya sido establecido por ley especial. (R.T. 1933, pág. 254). Es necesario que el hecho que fundamenta la sentencia del tribunal privativo constituya delito, es decir, esté considerado como tal por el Código Penal. Si no lo estuviera, no es delito y no hay cosa juzgada, pudiendo prosperar la denuncia si el juez ampara y tramita con arreglo a la ley.

Surge una interrogante: si el Tribunal declaró que no procede el juicio oral contra uno de los inculcados y señala día y hora para la audiencia de los otros procesados, puede más tarde en la sentencia que ponga fin al proceso, ordenar abrir instrucción contra el primeramente citado, y la Corte Suprema puede hacerlo? Existen ejecutorias en desacuerdo con la solución. En una se expresa que no constituyendo cosa juzgada el auto en referencia, el Tribunal Supremo puede ordenar que continúe el proceso contra aquel a quien se excluyó de la audiencia; en cambio otras establecen lo contrario. Apreciando las razones expuestas nos inclinamos por la segunda solución. Creemos que el auto del Tribunal Correccional que ha quedado consentido, resuelve definitivamente la situación procesal de un inculcado. La resolución consentida de un Tribunal Superior tiene los mismos efectos procesales

que la ejecutoriada; la circunstancia de no ser recurrida de nulidad por el Fiscal ni por la parte agraviada le da firmeza y adquiere los mismos caracteres, con iguales efectos que la del Tribunal Supremo. En consecuencia creemos que declarada la improcedencia del juicio oral y quedando consentida la resolución, ésta constituye cosa juzgada. (R.J.P. 1947, pág. 488).

Amnistía.— Es excepción propia del procedimiento penal. Es el acto de la autoridad que cubre con el olvido cierta clase de delitos, perdonando a los autores y remitiendo las penas. La amnistía se dicta en aquellos delitos que se refieren al orden político o social, a la seguridad del Estado y que atacan sus instituciones fundamentales aunque su apariencia externa los caracterice como delitos comunes.

Nuestro Código Penal se ocupa de la amnistía al tratar de la extinción de la acción penal y de la pena, en el Título XV del Libro Primero.

El procedimiento que deberá seguirse es el que corresponde a toda excepción. Decretada la amnistía, el juez o tribunal a pedido de parte o de oficio, deberá dictar auto que establezca esa situación ordenando la inmediata libertad del procesado. No es necesario esperar la sentencia para hacerlo.

Por expresa disposición de la ley (art. 126 C.P.), la amnistía deja subsistentes las sanciones de reparación. La sociedad perdona la comisión del delito pero no exime del resarcimiento económico por el daño causado, porque aquello corresponde a la víctima o a sus herederos.

Prescripción.—El tiempo influye en los fenómenos jurídicos como en todos los actos de la vida de relación. Especialmente en el procedimiento civil, los actos procesales requieren realizarse en determinado lapso para que tengan validez. En el procedimiento penal existe mayor amplitud en cuanto a la oportunidad en que deben verificarse las etapas del proceso, pero siempre existen términos como veremos en su oportunidad.

El mero discurrir del tiempo tiene como consecuencia el nacimiento de un derecho, como cuando la posesión continuada y pacífica se convierte en propiedad. También puede transformar derechos, como en el caso de la falta de protesto de una letra de cambio vencida, que determina la pérdida del mérito ejecutivo. Finalmente, el silencio o inacción del acreedor durante determinado lapso libera al deudor de la acreencia.

Este último transcurso de tiempo generador de situaciones jurídicas se denomina prescripción. De dos maneras influye el tiempo en el Derecho: liberando de obligaciones o adquiriendo derechos. Es decir, puede darse la prescripción adquisitiva, que es modo civil de adquirir derechos y la prescripción extintiva, que es la manera de liberarse de una obligación o carga.

En Derecho Penal existe solamente esta última, bajo dos formas: la prescripción de la acción penal regulada en el art. 119 del Código de la materia; y la prescripción de la pena considerada en el art. 123 del mismo cuerpo de leyes.

Tratándose de un Código en que se establecen los principios relativos a la instrucción, el artículo que comentamos se refiere a la acción penal; su consecuencia es anular "la instrucción que se está llevando a cabo".

La excepción perentoria de prescripción es defensa que la ley concede al procesado con el objeto de atacar directamente la acción penal ins-

taurada en su contra. Se funda exclusivamente en el transcurso del tiempo entre el acto incriminado y la fecha de la denuncia. Su finalidad es destruir la denuncia criminal aduciendo como única defensa el transcurso del tiempo que, en este caso, libera del castigo.

Como nota característica, esta exposición procede en cualquier etapa del proceso, desde el momento en que se denuncia un hecho considerado como delito, en cuyo caso el juez no abrirá instrucción, rechazando la audiencia en que comprobado el transcurso del tiempo, se declara fundada la excepción y, de ese modo, concluye la causa. En este último caso la excepción se plantea al abrirse la audiencia y sin haberse realizado formalmente el acto oral, el Tribunal al declararla fundada, da por terminado el proceso penal, sin dictar sentencia. El mero transcurso del tiempo libera al autor de un delito, de la sanción que debería sufrir por este hecho. (A.J. 1943, págs. 43 y 155).

La prescripción ha sido atacada por considerar que el solo transcurso del tiempo no debe ser factor suficiente para eximir de pena a quien se ha hecho acreedor a ella por comisión de un delito. Pero se considera que transcurrido cierto tiempo desde el hecho delictuoso, sin haberse sancionado al actor, se ha dado cierto perdón de la sociedad; si no se le ha castigado a pesar de hallarse en la condición de presente, es que la justicia considera que su delito no es tan grave como para imponerle una sanción inmediata y se ha dado preferencia a otros, dejándolo a él para más tarde. Si el acusado ha estado ausente —oculto— ya ha sufrido. El inc. 1º del art. 51 del C.P. ordena que al sentenciar el Juez tome en cuenta el tiempo transcurrido desde que ocurrió el hecho, sin que el reo haya delinquir nuevamente. En realidad este olvido viene a ser una amnistía que la sociedad concede cuando considera que se ha logrado uno de los fines de la pena, cual es la readaptación del delincuente.

Análogamente a la cosa juzgada, el fundamento de la prescripción reside en el Derecho Positivo. No tiene su origen en el Derecho natural. Es la legislación de cada país, la que ha creado esta ficción jurídica estableciendo que el transcurso del tiempo libera al autor de un delito, del castigo que le correspondería. Es necesidad social que alguna vez termine la situación de incertidumbre que sigue ante la no sanción de un evento criminal.

Aunque los principios relativos a la prescripción, se encuentran en el Código Penal, sin embargo nos referiremos brevemente a ellos para completar las ideas relacionadas con esta excepción.

La prescripción comienza a contarse "desde el día en que se cometió el delito, o si fuere continuo, desde el día que concluyó" dice el art. 120. La realización del delito marca el inicio de la prescripción. Se interrumpe por cualquier acto de la instrucción o de la audiencia. (Art. 121). Cada interrupción determina que el plazo empiece a correr nuevamente.

La última parte de este mismo art. 121 contiene una excepción: "la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad". Es decir, existen o no interrupciones, siempre funciona la prescripción cuando el término ordinario ha sido sobrepasado en una mitad. Es caso frecuente que cuando se ha pedido pena de prisión, cuyo plazo de extinción es de cinco años, en aplicación

de esa regla, la prescripción opera a los siete años y medio desde que se cometió el delito. La única exigencia es que, desde el hecho que motiva la instrucción, el procesado no haya cometido ningún nuevo delito, porque éste interrumpiría el plazo de acuerdo al art. 125 del Código Penal.

Las articulaciones promovidas en la instrucción, que requieran resolución en proceso aparte y que forzosamente interrumpen el curso de la instrucción, se consideran que suspenden el plazo de la prescripción. (art. 122). Resuelta la incidencia, el plazo sigue corriendo. Naturalmente en estos casos también funciona la última parte del art. 121 antes citado.

El art. 119 establece los plazos para la prescripción de la acción penal: 20 años para los delitos que merezcan pena de internamiento; 10 para los de penitenciaría o relegación; 5 para los de prisión o expatriación y un año para los delitos que merezcan otra clase de pena, v.gr.: pecuniarias, inhabilitación, etc. Esta excepción tiene varias notas distintivas.

Conforme al art. 129 del Código Penal es irrenunciable. La prescripción se establece en interés general; es un derecho futuro que no puede ser renunciado. Es inadmisibles la renuncia previa a un derecho. Se pueden renunciar los derechos presentes, cuyo uso tenemos, pero no los futuros de los cuales aún no disponemos. Una vez adquirida la prescripción, tampoco es renunciable, porque opera de puro derecho, la declaratoria es mera formalidad.

Habiendo transcurrido el plazo de ley, debe ser declarada de oficio por el Tribunal. Es de orden público. El carácter de institución que tiene efecto liberatorio ipso-jure impone esta obligación al juzgador. Aunque el reo no la haga valer, es obligación del Tribunal declararla. Existe una ejecutoria suprema de 28 de Noviembre de 1940 (R. de los T. 1941, pág. 48), que declara la nulidad de una sentencia consentida por el reo; porque había transcurrido el término de la prescripción, la que se declaró de oficio por la Corte Suprema. Es costumbre que los Tribunales Correccionales envíen al Fiscal las instrucciones cuyo plazo esté vencido, recabando previamente los antecedentes penales y judiciales; con el vista fiscal favorable declaran la prescripción de la acción penal. Puede ser que los propios interesados ignoren esta situación, a pesar de lo cual está válidamente concluido el proceso y archivada la instrucción.

Para declararla no se requiere la presencia del procesado. En otras excepciones, mientras el imputado no comparezca ante el juez, no puede deducir excepciones referentes a denuncia cuyo tenor desconoce. Pero ésta, por ser de oficio, se declara aún cuando el inculcado no haya rendido su instructiva. No es necesario que medie requerimiento de parte interesada.

En los delitos en los que existe un momento cierto de consumación, v. gr.: robo, lesiones, etc. no hay problema para computar la prescripción. Pero cuando, por razón de la modalidad del delito, no existe esta certidumbre, entonces se presentan las situaciones que requieren interpretación. Veamos algunos casos:.

En la falsificación de documentos, la consumación se realiza al hacerse uso de los documentos apócrifos; en este instante se configura el delito. (R. J.P. 1951, pág. 69).

En el matrimonio ilegal se consuma al celebrarse la ceremonia. Aunque no se de la vida en común, mejor dicho, la cohabitación, siempre existe delito.

La injuria mediante carta se perfecciona cuando ésta llega a su destino; o si fuera mediante impreso periodístico, cuando se publica. Si la primera se extravía o el segundo queda en la imprenta, no hay delito.

La violación no es, por naturaleza, delito continuado; aunque las relaciones entre acusado y agraviada hayan proseguido durante lapso apreciable, la prescripción comienza a correr desde la fecha en que tuvo lugar el último contacto. (R.J.P. 1949, pág. 514; R. del F. 1952, pág. 610).

Existe el aspecto extensivo de la prescripción. Declarada ésta en un proceso, favorece a todos los comprendidos en ella, siempre que se encuentren en idéntica situación procesal.

A este principio general se oponen excepciones: así, hay casos en que la prescripción puede favorecer a unos —v.gr. menor de edad— pero no a otros, que carecen de este atenuante. También a veces puede amparar al cómplice —contra quien se pide pena de prisión— pero no al autor, cuyo delito se sanciona con mayor pena. Estas excepciones derivan de la distinta situación procesal de los encausados en un proceso.

Como el término de la prescripción varía según la clase de pena que merezca el delito (multa, prisión, penitenciaría, etc.), pueden presentarse diversas situaciones, que vamos a examinar:

a) la instrucción se encuentra concluída, con dictamen fiscal acusatorio, faltando sólo la realización del juicio oral. El Tribunal deberá guiarse por este documento. si cree que la pena pedida, es la que le sería aplicada, resolvería la prescripción conforme a ella. Ejecutorias supremas disponen que el juzgador se oriente por la acusación escrita del Fiscal. (R.J.P. 1950, pág. 617).

b) la instrucción se encuentra sin dictamen fiscal, pero bastante avanzada en cuanto a las pruebas alegadas. En este caso el Tribunal deberá apreciar estos elementos probatorios y, según ellos, determinarse sobre la pena a aplicar para declarar fundada o no la prescripción. Pueden darse dos situaciones: 1º) que el delito investigado merezca determinada clase de pena —unicidad en la pena—; tal es el caso del matrimonio ilegal, sancionado con pena de un año a cuatro de prisión (art. 214 C.P.). En este caso no existe dilema alguno, porque siempre y en todo caso, se aplica la regla referente a la prescripción de los delitos sancionados con prisión —cinco años y en todo caso siete años y medio.— Acreditado el transcurso del tiempo, el Tribunal dictará el auto correspondiente.

2º) Mayor complejidad presenta la situación del delito sancionado con penas alternativas. Si el evento es sancionado con prisión o multa (v.gr. violación de la correspondencia, art. 232 C.P.), se aplica la norma que regula la prescripción de la pena de prisión. Diferente es la situación en que —como ocurre en la gran mayoría de los delitos tipificados en nuestro ordenamiento penal— la sanción varía entre prisión y penitenciaría. Si aplicáramos el criterio anterior, muy pocos podrían ampararse en ella. Hallándose en trámite la instrucción y siendo 10 años, el término de la prescripción para la pena de penitenciaría, se requeriría el transcurso de 15 años para alcanzar la extinción de ella.

La solución de este grave problema de técnica penal, ha variado. Antes la Corte Suprema había establecido que, tratándose de penas alternativas, solamente en la audiencia, podía establecerse cuál era la aplicable

y en ese acto declararse la prescripción; cuando el juicio oral no llegaba a realizarse —hecho muy frecuente en delitos con reos libres— la instrucción quedaba sin concluirse, es decir sin darle término en ninguna de las formas previstas por la ley. (R.J.P. 1955, págs. 1628, 170, 1741 y 2128; R. del F. 1954, pág. 615).

Esta jurisprudencia ha variado sustancialmente en el sentido de declarar que si, con los elementos acumulados en la instrucción, el Tribunal puede establecer con certeza cuál sería la pena que correspondería al inculpado, entonces debe pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal, bien sea amparándola o desechándola. El Tribunal Supremo considera que la ratio legis de nuestro ordenamiento penal reside en la individualización de la pena y si las pruebas acumuladas le permiten alcanzar esa finalidad, entonces aunque no exista un elemento importante en el proceso penal, como es la acusación fiscal, sin embargo puede opinar sobre la excepción de prescripción deducida por las partes o resolverla de oficio. De este modo la instrucción queda concluida, terminando la indefinición que significa el procesamiento. No existe norma general para alcanzar esta apreciación, sino que en cada caso el juzgador deberá resolver lo conveniente, con el examen de los autos. (R.J.P. 1949, pág. 93 y 95).

Art. 6º — El peruano que fuera del territorio de la República haya cometido un delito penado por la ley nacional y por la del país en que se perpetró, puede ser juzgado a su regreso al Perú.

Los tres últimos artículos del Título Preliminar tienen íntima relación con la aplicación de la ley penal en el espacio, lo que obliga a incursionar en el campo del derecho sustantivo. Los comentarios de estos artículos se completan y para no repetir las ideas aquí expuestas, deberá consultarse esta parte al estudiar las dos restantes.

Dice Soler (14) "La determinación del ámbito espacial de aplicación de la ley penal es el resultado de un conjunto de principios jurídicos que fijan el alcance de validez de las leyes penales del Estado en relación al espacio".

La ley penal tiene un ámbito de aplicación mayor que el territorio. El conocido concepto de que la ley alcanza hasta donde llega la soberanía aunque cierto, hoy por diversas circunstancias, deja de ser del todo exacto. La ley como manifestación de la voluntad del Estado, rige en todo su territorio y por cierta ficción jurídica, se acepta sea aplicada en lugares que no constituyen su ámbito geográfico.

Escapa a la naturaleza de este estudio procesal, examinar los principios que justifican la validez de la ley penal en relación al espacio.

En el Perú la ley penal se aplica a todo aquel que cometa un delito en el territorio de la República (Art. 4º del C.P.), sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros (art. 23 de la Constitución Nacional).

Conviene examinar el concepto de territorio, campo de aplicación de la ley. Territorio es el espacio del globo terráqueo dentro del cual un Estado ejerce su soberanía. No debe entenderse en estricto sentido material;

debe considerarse no tanto los límites físicos como los jurídicos. El art. 4º del Código Penal, cuando somete a la ley peruana los delitos cometidos dentro del territorio agrega: "buques nacionales, etc." ampliando así el concepto.

Para los efectos de la ley penal, el territorio peruano comprende:

1º.—La extensión del suelo nacional, es decir el espacio comprendido dentro de las fronteras peruanas, donde el Estado ejerce su soberanía en forma amplia e irrestricta.

2º.—La extensión del mar territorial. Ramos lo define así: "Es una prolongación del territorio, mejor dicho, una integración jurídica del concepto de territorio". (15). Por razones de defensa los Estados se reservan una línea ideal, paralela a la playa. El inc. 2º del art. 822 del Código Civil considera como bien del Estado "el mar territorial y sus playas". El art. 37 de la Constitución, dentro de las riquezas de la Nación, señala "las minas, bosques y aguas". El Reglamento sobre visitas y permanencia de naves extranjeras (de 14 de Noviembre de 1934) fija las aguas territoriales en tres millas de las costas e islas. El Decreto Supremo de 1º de Agosto de 1947, declara la soberanía y jurisdicción nacionales y en su art. 3º, establece que el territorio peruano abarca "una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre la mar a una distancia de 200 millas marinas" (16).

3º.—El llamado territorio flotante constituido por las naves de bandera nacional cuando se hallan fuera del mar territorial y en la zona denominada mar libre. Los delitos que ocurran en naves que se hallen en estas condiciones, deben ser juzgados conforme a las leyes del país cuya bandera enarbola la nave. Este es un principio de Derecho Internacional Privado reconocido sin excepción por todos los pueblos civilizados del mundo (art. 8º del Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1940, concordando con el Código de Bustamante). Existe una diferencia: en los buques de guerra —que constituyen territorio del país cuya bandera llevan— aunque se encuentren surtos en puerto, casi sin excepción se juzgan conforme a las leyes del país a que pertenece el buque (art. 3º del referido Tratado y art. 300 del indicado Código). En los mercantes se aplica la ley del país en que se encuentren, salvo que no tenga relación con el país ni perturben su tranquilidad (art. 10º del Tratado y art. 301 del Código).

4º.—El espacio aéreo cubre el suelo nacional y las aguas jurisdiccionales. Existen diversas teorías sobre el dominio aéreo; sin embargo, el ejercicio de los derechos de soberanía es indiscutible y ha sido reconocido en forma constante y uniforme. Desde el Convenio Internacional de Navegación Aérea de 1919, revisado en 1929 y en 1933, hasta el Reglamento de la Aviación Comercial y Civil, aprobado por Decreto Supremo de Diciembre de 1933, se reconoce el espacio aéreo y éste último en su art. 1º dice: "La República del Perú ejerce soberanía absoluta sobre el espacio aéreo comprendido dentro de los límites de su territorio y sus aguas territoriales".

5º.—El territorio volante constituido por los aviones de bandera nacional. Cada día es mayor la tendencia a igualar naves con aeronaves, lográndose apreciable progreso en sanidad y aduanas. Debe distinguirse entre aviones militares y los que no poseen este carácter, bien sean de co-

mercio o particulares. Para los delitos cometidos a bordo de aeronaves militares, rige lo dispuesto para iguales casos en los buques: si se halla en tierra o en aires territoriales, se aplica la ley del Estado a que pertenezca la aeronave, exceptuando el caso de que el delito afecte especialmente al país donde se cometa. Para las no militares, los delitos cometidos en el aeropuerto o durante el vuelo, se sancionan por la ley del país a que pertenece la tierra o aire. Como excepción para facilitar la investigación y sanción del hecho punible, se acepta que se aplique la ley del país donde corresponde hacer la próxima escala al momento de la comisión del delito. (arts. 10º y 15º del Tratado y art. 301 del Código).

6º.—Las inmunidades de las Embajadas y Legaciones. Las representaciones diplomáticas están dotadas de ciertas inmunidades y privilegios. Hugo Grocio creó la ficción de la "extra-territorialidad", fundándola en que el diplomático se encontraba idealmente fuera del territorio en que ejercía sus funciones y se le reputaba como domiciliado en su propio país. En tales circunstancias, el agente diplomático, no tenía porque someterse a las exigencias que imponía el Estado ante el cual estaba acreditado, pues hipotéticamente estaba radicado en su país de origen y sometido a su propio régimen legal.

Este concepto ha evolucionado y hoy no se acepta. Pero la necesidad de que los representantes diplomáticos disfruten de ciertos derechos indispensables para que puedan llevar su misión con éxito y la respetabilidad de la representación que ejercen, exige que estén eximidos de registros policiales, del examen de sus archivos y de todo lo que pueda convertirse en insulto y vejamen a la persona del Jefe de Misión. Los fines de la representación diplomática son los que justifican la inviolabilidad del local en la cual tiene su sede.

Las inmunidades y privilegios son los estrictamente indispensables para el buen desempeño de sus deberes oficiales. Una de las consecuencias de la inmunidad diplomática es la exención de la jurisdicción civil y penal, rigiendo para ello la del país que representan.

Otra de las consecuencias es el asilo diplomático, que se concede en casos de delitos políticos y siempre que se encuentre en peligro la seguridad del asilado. La inmunidad diplomática hace posible el asilo. Al eximirlo de la jurisdicción local, la misión diplomática constituye un país enclavado en otro, donde la autoridad local está impedida de ingresar. Mientras el local de la legación o embajada constituya —aunque sea ficticiamente— territorio nacional, no se admitirá que potencia extranjera (el país donde está acreditada la misión) ejerza actos de jurisdicción en territorio que no le es propio, sino que como local de la misión, pertenece a otro país.

Del asilo derivan dos problemas interesantes: el caso de los delitos conexos; y el de las diligencias judiciales con los asilados.

El primero se refiere a los delitos conexos íntimamente vinculados al móvil político. El que fue Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, don Carlos Saavedra Lamas, con motivo de los sucesos ocurridos en Madrid durante la guerra civil española, estimaba que era necesario tomar en cuenta el móvil que el hecho exteriorizaba porque "si la ejecución del acto político implica la comisión de un delito común, es evidente que este

último sigue a aquél". Esta tesis fue incorporada al Tratado de Asilo Diplomático de Montevideo de 1939, pero entraña graves peligros como principio general. Puede aceptarse, siempre que sean de ámbito delictual restringido los actos cometidos con ocasión de la actividad política, v.gr.: violación de un domicilio particular para ingresar al local de la embajada o legación, lesiones leves a los custodios del orden público que quisieron detenerlo, etc. Pero si el hecho reviste gravedad, v.gr.: homicidio, entonces deberá prevalecer el delito común sobre el político, privándolo del asilo diplomático y sometiéndolo a la justicia ordinaria. El móvil es importante, pero está vinculado a la gravedad del delito cometido con ocasión directa del acto político. (17).

El segundo problema a dilucidar es el relativo a las diligencias judiciales a realizarse con intervención del asilado. Puede ocurrir que la justicia necesite que éste reconozca documentos, preste declaraciones, sea confrontado, etc. La finalidad del asilo es —por motivos humanitarios— evitar que se ejerzan venganzas y se apliquen medidas punitivas motivadas por su actuación política, pero nunca sustraer al asilado de los actos de jurisdicción ordinaria que no atenten contra su vida y que son necesarios para el esclarecimiento de hechos delictuosos. En tales casos el jefe de la misión, no puede oponerse a que tales diligencias se practiquen. Podrá impedir el ingreso del funcionario judicial, pero no la práctica de la diligencia la que en tal caso, deberá realizarse fuera del local lo que, por otra parte, significa el fin del asilo. La misión debe dar facilidades para que la justicia llene sus fines, sin que se afecte la calidad del asilo concedido conforme a normas internacionales vigentes.

La norma procesal está limitada en el tiempo y en el espacio. A diferencia de la sustantiva, la procesal se aplica a todos los procesos, tanto a los nuevos como a los pendientes. Mientras en Derecho Penal rige el principio de la irretroactividad de la ley (art. 3º C.P.), en el procedimiento se aplica la retroactividad, porque se considera que si se ha dictado nueva norma es porque responde mejor a los fines de la justicia. Los mandatos que regulan la competencia de los jueces, la organización de los tribunales, las formas del procedimiento, etc. son de interés público y no constituyen derechos adquiridos, de manera que su vigencia es inmediata con algunas excepciones.

En cuanto a la limitación especial, la ley procesal se aplica en todo el territorio de la República, sin que pueda regir otra. Es exclusiva, por ser norma de orden público. El poder jurisdiccional es emanación de la soberanía y alcanza hasta donde llega ésta, es decir, está limitada por el territorio nacional, que es donde se ejerce la soberanía del Estado. Excepcionalmente la norma procesal rige fuera del país, en los mismos casos de vigencia de la ley penal, antes reseñados.

El delito agravia a la sociedad, ataca a la moral imperante en el país en que se comete; pero también injuria a la de todos los pueblos. Quien vulnera los principios morales aceptados por el mundo civilizado, en realidad ataca los fundamentos de las sociedades contemporáneas. Cualquiera atentado repercute en todos los países, quienes se sienten solidarios para perseguir al criminal. En ese momento el Estado que castiga al delincuente, representa al mundo civilizado que sanciona la infracción de u-

na norma por todos respetada. La fuga —hoy tan fácil por los rápidos medios de transportes— no puede ser premiada con la impunidad y todos están acordes en detener al delincuente y entregarlo al Estado agraviado, para su juzgamiento. Es la lucha contra el crimen en que está empeñada la sociedad civilizada.

Por eso este art. 6º establece el juzgamiento del peruano que en el extranjero haya cometido un delito. Los Tribunales peruanos pueden conocer de un hecho delictuoso cometido fuera del país, si el autor es ciudadano peruano y se encuentra detenido en el Perú. La única exigencia es que el hecho sea considerado delito en el lugar donde se cometió y en el Perú. Si no fuera delito en alguno de estos países no hay nada que juzgar. Este artículo no funciona si el reo fué sentenciado en el país donde delinquirió (art. 8º).

Pero surge una cuestión: si el país donde cometió el delito, lo solicita mediante extradición, los Tribunales peruanos podrán conocer del hecho? Creemos que no. Esta autorización funciona subsidiariamente, es decir, para los casos en que el delincuente no sea pedido. Si el país en que cometió el hecho criminal se dirige a las autoridades peruanas solicitando su extradición y si ésta fuere procedente, deberá ser entregado para su juzgamiento por los Tribunales del Estado en que delinquirió. Solamente si no fuere pedido —por olvido u otra causa no excusable— es que puede ser sometido a juicio por la justicia peruana.

Esta facultad de juzgamiento tiene como limitación natural la prescripción. Aunque esta disposición procesal no lo diga expresamente, lo dice el inc. 1º del art. 6º del Código Penal. Además la prescripción es irrenunciable y se aplicará de oficio.

Art. 7º — El extranjero que fuera del territorio del Perú sea culpable, como autor o cómplice, de un delito contra la seguridad del Estado o de falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales, será juzgado conforme a las leyes peruanas si es detenido en el Perú, o si el Gobierno obtiene su extradición.

El delito agravia a la sociedad y la sanción viene como exigencia indispensable para restablecer la paz social alterada y evitar la repetición de tales actos. Es la finalidad preventiva de la pena.

Pero existen otros delitos que, además de ofender a la sociedad, de manera especial atentan contra la soberanía nacional y el respeto que el Estado se debe. Es regla común en Derecho Penal Internacionales que estos delitos estén sometidos expresamente a los Tribunales de justicia del país ofendido.

Tales son los denominados delitos "contra el Estado y la Defensa Nacional", que nuestro Código Penal considera en el Libro 2º Sección IX.

La moneda, los billetes y documentos públicos, merecen igualmente ser protegidos porque en su ámbito de acción cada uno representa al país y cualquier adulteración, afecta su decoro y respetabilidad.

Estos documentos contienen la palabra del Estado. Ellos garantizan que constituyen un valor cierto que sirve para determinados usos. En la sociedad es necesario que exista un estado general de salud mental llamado buena fe en virtud del cual, cada uno cree que aquello que ve es lo que realmente representa; que la moneda es verdadera, que el timbre es auténtico, que el billete no ha sido adulterado, etc. La falsificación de cualquier signo o documento estatal, destruye este estado de salud colectivo y entonces los individuos dudan de la autenticidad de esos valores y la duda engendra la desconfianza general y el rechazo de tales valores, billetes o monedas. Es pues indispensable que el Estado garantice la fidelidad y exactitud de los documentos que pone en circulación y castigue severamente a quien, con su delito, atenta contra esta buena fe, la misma que debe ser mantenida incólume. En estos delitos existe no sólo engaño a la propia víctima, sino lo que es más grave, procura el descrédito de los valores y documentos estatales. Cumpliendo su función de guardián del orden público, el Estado debe reprimir severamente tales delitos. De allí deriva la exigencia de que sean los Tribunales nacionales quienes juzguen y castiguen a los infractores nacionales o extranjeros que cometan el delito en el país o fuera de él. Solamente los jueces nacionales pueden apreciar en su verdadero valor la gravedad del delito sometido a juzgamiento. Para estos casos, el Código autoriza la extradición conforme a las normas vigentes.

El único problema que surge en este artículo es cuando el Gobierno se entera tarde del paradero del acusado y en el intervalo, éste ha sido juzgado por tribunal extranjero, por el mismo delito, suponiendo que éste haya sido cometido fuera. En este caso, aplicando el principio contenido en el artículo siguiente, no procede nuevo juzgamiento, ni tampoco solicitar la extradición.

Concordando con esta disposición procesal, el art. 5º del Código Penal, establece qué infracciones cometidas fuera del territorio nacional serán castigadas por los Tribunales peruanos. Los delitos que señala son: piratería, traición y atentado contra la seguridad militar, falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales; luego dice que también lo serán todos los delitos susceptibles de extradición, bien fueren cometidos por nacionales o extranjeros nacionalizados después de la comisión del hecho, siempre que éste fuere punible en el Estado en que se perpetró y cuando el culpable entrare al Perú. También coloca en esta situación especial, cuando la infracción la comete un extranjero en agravio de peruano y siempre que el autor entrare al Perú, no habiendo sido juzgado antes por el hecho. Finalmente comprende en este caso especial a todas las infracciones cometidas por funcionarios y empleados del Estado en el desempeño de su cargo.

Esta extensión de la jurisdicción penal se explica por las razones expuestas. Se amplía la esfera de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del país. Pero se fundamenta en principios universales, acep-

tados por todas las legislaciones del mundo civilizado y responden a una exigencia de seguridad colectiva frente al delito.

Art. 8° — No procede la persecución contra el peruano que haya delinuido fuera del país o el extranjero que cometiera un delito en el Perú, si uno u otro acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido su remisión o que ella ha prescrito.

La sentencia es el medio ordinario de dar término a un proceso. Sea absolutoria o condenatoria, ella establece que el procesado ha sido juzgado y, por consiguiente, no puede estar sometido a nuevo proceso por el mismo hecho. Queda libre de toda persecución.

Conforme al art. 6°, el peruano que fuera del territorio nacional comete un delito, a su regreso al Perú puede ser juzgado. Este juzgamiento es improcedente cuando el delincuente ha sido sentenciado y cumplido la pena, si es que hubo condena. Igual disposición contiene el art. 6° inc. 3° del Código Penal.

También el art. 7° establece castigo para el extranjero que fuera del país, cometiera determinados delitos que afectan a la soberanía nacional. También está exento de pena si acredita haber sido juzgado en el país en que cometió su delito. Concuerda con lo dispuesto en el art. 6° inc. 3° del Código Penal.

Esta disposición de dar por válida una sentencia expedida por Tribunal extranjero, se fundamenta en un principio de derecho universal. Todo individuo tiene derecho a ser juzgado una sola vez y que la sentencia que sanciona el delito sea reconocida en el mundo civilizado. Así como existe una virtual asociación de los Estados civilizados para luchar contra el crimen, también existe el consenso universal basado en el respeto a la persona humana, de que por un delito sólo puede juzgarse una vez. Si la sentencia es expedida en un país, que se rige por normas de Derecho, se presume que está dictada conforme a ciertas reglas jurídicas y aunque no se ciñe estrictamente a nuestro ordenamiento procesal, siempre realiza los fines superiores de la Justicia.

Ahora preguntamos: la sentencia penal a que se refiere este artículo, requiere exequátur, como las civiles? Es principio general de Derecho que toda sentencia extranjera para que surta sus efectos legales en el Perú, requiere exequátur. En este caso la sentencia penal dictada por Tribunal extranjero, bien sea contra peruano que ha delinuido en el exterior o contra extranjero que cometa algún delito que vulnere la soberanía nacional, se esgrimiría para liberar al nacional o extranjero, según sea el caso, de la persecución de la justicia. Tendría un efecto liberatorio, puesto que impediría nuevo juzgamiento. En consecuencia, creemos que requiere exe-

quátur. Lo contrario sería facilitar la presentación de documento falso que, con el nombre de sentencia, procuraría la impunidad del delincuente. El exequátur es un tamiz que purifica las sentencias extranjeras y evita que se filtren documentos falsos con ese nombre.

La diferencia con el campo civil, sería que en este caso se seguiría de oficio el procedimiento del exequátur para establecer si ha habido sentencia o no y en consecuencia, si procede o no el enjuiciamiento.

Tampoco puede ser juzgado si la causa ha prescrito. La prescripción libera al reo de la sanción merecedora por su delito. Si ésta se ha producido no puede ser sometido a nuevo juzgamiento.

El único problema a dilucidar es si la prescripción tiene plazos diferentes en el país donde ocurrieron los hechos, del que fija la ley penal peruana. Ante esta divergencia de términos, conforme al principio de que en caso de duda debe estarse a lo favorable al reo, creemos que se aplicará el plazo más beneficioso —sea el del lugar donde se realizó el evento criminal o el del Perú— y se le eximirá del juzgamiento, aunque conforme a la otra legislación, no se haya producido el perdón que implica esta institución.

El Código Bustamante (arts. 312 y 313) establece que la prescripción se rige por la ley del Estado a quien corresponde conocer del delito.

B I B L I O G R A F I A

- (1) Carlos Zavala Loayza.— El proceso penal y sus problemas. Lima 1947, pág. 137.
- (2) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.— La reforma procesal penal en el Perú.— El Ante-Proyecto Zavala. Revista del Foro. 1939, pág. 329.
- (3) Eugenio Florián.— Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona 1934, pág. 136 y 338.
- (4) Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. 1953. Tomo IV, pág. 178.
- (5) Zavala Loayza. Obr. cit., pág. 50 y siguientes; p. 205 y sgts.
- (6) Alcalá-Zamora. Art. citado, pág. 346.
- (7) Francesco Carnelutti. Lecciones sobre el proceso penal. Buenos Aires. 1950. Tomo II, pág. 12.
- (8) Alcalá-Zamora. Art. citado, pág. 346.
- (9) Florián. Obr. cit., pág. 178.
- (10) Máximo Castro. Curso de Procedimientos Penales. Buenos Aires. 1937. Tomo II, pág. 89.
- (11) Ennecerus, Kipp y Wolf. Derecho Civil. Parte General. Tomo I vol. I pág. 439. Barcelona. 1944.
- (12) Manzini. Obra cit. Tomo I págs. 342, 343 y sgtes.
- (13) Eduardo J. Couture. Fundamentos de Derecho Procesal Civil Buenos Aires. 3ª edición. 1958. pág. 89 y sgtes.; pág. 247 y sgtes.

- (14) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires. 1940-1945 Tomo I. pág. 160.
- (15) Juan P. Ramos. Curso de Derecho Penal. Buenos Aires. 1936. Tomo IV pág. 160.
- (16) Luis A. Bramont Arias. La ley Penal. Lima. 1950 pág. 152.
- (17) Alejandro Deustua. Derecho de Asilo. Revista de Derecho Internacional. Lima. 1947. Tomo VII.
-

ABREVIATURAS:

- R.J.P. Revista de Jurisprudencia Peruana.
A.J. Anales Judiciales.
R. del F. Revista del Foro
R.T. Revista de los Tribunales.
C.P. Código Penal.
-

Nota.—En el año 1956, en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Marcos, el autor publicó este "Comentario al Título Preliminar". Hoy completado lo entrega por segunda vez para su publicación, esperando que tenga utilidad para los estudiosos.

Comisión Internacional de Juristas

Conclusiones del Informe sobre los sucesos ocurridos en Panamá
(Enero de 1964)

A. Generalidades

85. En el curso de nuestras actividades, se han planteado diversos problemas de derecho internacional, entre ellos la interpretación de la Convención de 1903 y de otros convenios entre los Estados Unidos y la República de Panamá, los aspectos jurídicos de los disparos efectuados desde un territorio contra otro, las violaciones de territorio nacional, el derecho de reunión pacífica de los ciudadanos de un país en el territorio de otro país y cierto número de otras cuestiones dimanantes de la interpretación y definición de las normas concretas de derecho internacional, interno o de ambos que sean aplicables al caso. A nuestro modo de ver, la función que nos fue confiada no consiste en ocuparnos de estos problemas ni en resolverlos.

86. Los asuntos que hemos de resolver dependen de cuestiones de hecho y de la interpretación acertada de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de sus consecuencias. En las conclusiones a que hemos llegado, procuramos interpretar los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de conformidad con los principios generalmente aceptados en relación con dichos artículos, los principios de la justicia natural, los conceptos generalmente reconocidos del imperio de la ley y el sentido común más elemental. Al hacerlo, hemos examinado también con cuidado los artículos pertinentes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, así como las disposiciones correspondientes enunciadas en las constituciones nacionales.

B. Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

87. En el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

NOTA.—Publicamos solamente las conclusiones del extenso informe que fue elaborado por el Comité de Encuestas designado por la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra.

88. Según la acusación formulada, que nosotros debíamos investigar, los Estados Unidos habían violado este artículo. Según los hechos establecidos de que tuvimos noticia, no hemos podido llegar a esta conclusión.

89. Sin duda, como consecuencia de los disparos efectuados por las fuerzas armadas de los Estados Unidos, hubo una trágica pérdida de vidas panameñas. Ha de reconocerse que en todas las colectividades civilizadas el derecho absoluto que se enuncia en el artículo 3 no excluye algunas excepciones necesarias y razonables. Así, no sería una conculcación del artículo 3 privar a una persona de su vida, libertad o seguridad para impedir que se causen daños a otras personas con actos ilegales de violencia y con objeto de reprimir disturbios o desórdenes graves, siempre que la fuerza empleada no exceda de la absolutamente necesaria. La fuerza mínima necesaria puede comprender el uso de armas de fuego.

90. La intensidad y la violencia de los desórdenes fueron tales que puede haber pocas dudas de que constituían una verdadera amenaza para la libertad y la seguridad, a la que sólo se podía responder con medidas enérgicas. En estas circunstancias, las autoridades de la zona del canal y las fuerzas militares de los Estados Unidos tenían derecho a servirse de la fuerza. Sin embargo, abrigamos algunas dudas acerca de la cuestión de saber si la fuerza utilizada no excedió, en algunos momentos, del mínimo absolutamente necesario. En particular, nos preocupan los hechos siguientes:

1. En relación con los disparos hechos por la policía de la zona del canal con pistolas durante la primera parte de la tarde del 9 de enero, sentimos preocupación por los hechos siguientes:
 - a) Una vez que la policía de la zona del canal hubo agotado la mayor parte de sus reservas de gas lacrimógeno, es un hecho que no procuró obtener más suministros.
 - b) No parece que nadie procurara utilizar las mangas de riego para calmar a la multitud y dominarla.
 - c) Parece además que, si bien se dio orden de disparar por encima de la cabeza o en el suelo delante de la multitud, los manifestantes fueron alcanzados por proyectiles que no eran balas de rebote.
2. Un gran número de proyectiles (de 400 a 500) fue disparado por tiradores especiales del Ejército de los Estados Unidos que utilizan fusiles de tiro rápido. En una zona residencial, densamente poblada, el empleo generalizado de potentes armas de fuego es un acto que causa preocupación.
3. El despliegue y la demostración de fuerza realizados por soldados del Ejército de los Estados Unidos en forma de avance con equipo completo de combate hacia la multitud congregada en Colón, con fusiles y bayonetas caladas en posición de ataque.

91. Si bien estos hechos nos han causado preocupación, hemos de tener en cuenta todas las circunstancias reinantes y, en particular, las siguientes:

Fuego de pistola (véase el párrafo 1)

- a) El número comparativamente reducido de agentes de la policía de la zona del canal (75-80).
- b) La magnitud y el genio violento de las multitudes.
- c) El empleo deliberado y extenso de bombas incendiarias ("cócteles Molotov").
- d) El hecho de que las autoridades panameñas y la Guardia Nacional no adoptaran medidas eficaces para dominar la multitud y para mantener el orden en el territorio de la República de Panamá.

Fuego de fusil (véase el párrafo 2)

- a) El fuego nutrido hecho desde el lado panameño con armas diversas y con el disparo de centenares de proyectiles (según los cálculos, cerca de 1.000).
- b) El hecho de que el Ejército de los Estados Unidos no ordenara que se hiciera fuego de fusil hasta después de haber sufrido varias bajas como resultado de los disparos efectuados desde territorio panameño.
- c) El hecho de que las autoridades panameñas y la Guardia Nacional no procuraran eliminar a los tiradores aislados y a otros elementos que utilizaban armas de fuego en el territorio panameño contra la zona del canal.

Uso de bayonetas (véase el párrafo 3)

- a) Una muchedumbre numerosa y amenazadora se había congregado y parte de ella había empezado a causar destrozos y daños.
- b) La demostración de fuerza se podría considerar como un medio eficaz para dispersar la multitud.
- c) El hecho de que la Guardia Nacional no mantuviera el orden, ni dispersara la multitud ni impidiera actos ilegales de violencia.

92. Considerando todas las circunstancias del caso y, en particular, los graves actos de violencia y la consiguiente amenaza para la vida y la seguridad, hemos llegado a la conclusión de que, si bien la fuerza utilizada por las autoridades de la zona del canal y por el Ejército de los Estados Unidos puede haber excedido en algunos momentos de lo que era estrictamente necesario, el uso de la fuerza parece haber estado justificado; teniendo en cuenta las condiciones en rápida evolución, críticas y violentas, es imposible fijar una línea escrupulosamente precisa para determinar lo que habría sido el mínimo absolutamente necesario.

93. Deploramos profundamente que durante las críticas horas iniciales, así como durante casi todos los tres días subsiguientes, las autoridades panameñas no hicieran nada para limitar y dominar las violentas actividades de la bullente multitud. Al contrario, hay pruebas bastantes para considerar que las emisiones radiofónicas y televisadas, los altavoces, la prensa y otros medios se utilizaron para incitar e informar falsamente al público panameño sin que las autoridades panameñas adoptasen ninguna medida a fin de restringir o moderar estas actividades.

C. Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

94. En el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que:

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

95. La acusación que se nos pidió investigar bajo este epígrafe era la de que los Estados Unidos habían violado este artículo como resultado de las medidas adoptadas por la policía de la zona del canal y por las fuerzas armadas de los Estados Unidos y consistentes en el disparo de armas de fuego contra civiles panameños. Como se ha descrito detalladamente en la parte II, los casos en que la policía de la zona del canal o los soldados norteamericanos hicieron uso de armas de fuego fueron los siguientes: 1) los disparos de pistola efectuados por la policía de la zona del canal para impedir que la muchedumbre avanzara e irrumpiera en la zona del canal, cuando se puso de manifiesto que el propósito de la multitud era cometer actos ilegales de violencia; 2) los disparos de fusil efectuados por tiradores especiales del Ejército de los Estados Unidos para eliminar a los tiradores aislados del lado panameño y prevenir así más bajas entre los soldados norteamericanos, así como entre los civiles; 3) los disparos efectuados con munición menuda para impedir que la muchedumbre agitada consiguiera entrar en la zona del canal y también para eliminar a tiradores aislados; 4) los disparos efectuados para apagar lámparas del alumbrado público.

96. No creemos que la finalidad de este artículo sea referido a casos como los que son objetos de examen. A nuestro juicio, el artículo 5 tiene por fin regular la situación de las personas que han perdido ya su libertad o que están sujetas permanentemente a malos tratos, y no se aplica a una situación temporal de urgencia.

97. Ahora bien, incluso si estamos desacertados, entendemos que las cuestiones planteadas al respecto son idénticas a las examinadas ya en relación con la acusación relativa a la violación del artículo 3. Por consiguiente, con arreglo al mismo razonamiento seguido por nosotros en relación con nuestra conclusión precedente, no aceptamos la acusación de que los Estados Unidos violaron el artículo 5.

D. Artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

98. Según la acusación de la Asociación Nacional de Abogados de Panamá bajo este epígrafe, los Estados Unidos habían conculcado el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, entendemos que la acusación se limita de hecho al párrafo 1 del artículo 20; no parece que el párrafo 2 tenga la menor relación con los asuntos objeto de investigación.

99. En el párrafo 1 del artículo 20 se dispone que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

100. Todo el mundo acepta que, inclusive en la sociedad más libre y democrática, el derecho absoluto que se reconoce en el párrafo 1 del artículo habrá de ser limitado forzosamente en aras de la seguridad nacional o pública, para impedir el desorden, la violencia o el crimen y para proteger los derechos y libertades de los demás.

101. Consideramos oportuno hacer referencia al artículo 12 del proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Humanos, que dispone:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

102. Disposiciones análogas, limitativas de la libertad de reunión, figuran en casi todas las constituciones nacionales, entre ellas la de Panamá.

103. Los hechos y antecedentes relacionados con el incidente de la bandera y con la manifestación de estudiantes del Instituto Nacional de Panamá en la tarde del 9 de enero en la Escuela Superior de Balboa, en la zona del canal, se han expuesto con bastante detalle en la parte I.

104. En vista del cariz que adquirieron los acontecimientos, no podemos llegar a la conclusión de que se violó el derecho de reunión garantizado por el párrafo 1 del artículo 20, porque la policía de la zona del canal tenía derecho a emplear la fuerza y a disolver la reunión para prevenir desórdenes y el estallido de violencias.

105. Ahora bien, no podemos por menos de considerar que las autoridades de la zona del canal y, en particular, la policía de dicha zona habrían podido atender a la situación con mayor previsión. Se autorizó a los estudiantes panameños a que manifestaran y entraran en el recinto de la Escuela Superior de Balboa, y el capitán de la policía garantizó el paso libre del pequeño grupo de estudiantes panameños que habían de desplegar su bandera y cantar el himno nacional; por ello, creemos que los estudiantes panameños habían de ser mejor protegidos y que se debía responder con mayor firmeza a los actos de provocación realizados por estudiantes y adultos norteamericanos. Es muy de lamentar que no se evitara el empleo de la fuerza física, con la utilización de porras contra los estudiantes panameños a los que se había garantizado previamente el paso libre.

106. Deseamos además hacer notar que evidentemente, en la car-

gada atmósfera del país, el pabellón se había convertido en un símbolo especial tanto para los panameños como para los ciudadanos de los Estados Unidos, particularmente los estudiantes. En esta atmósfera, y a la luz de lo convenido en junio de 1963 por los presidentes Chiari y Kennedy, no alcanzamos a comprender por qué las autoridades de la zona del canal, comprendidas las de la Escuela Superior de Balboa, no adoptaron medidas más firmes y enérgicas para hacer efectivo el acuerdo sobre la bandera en relación con sus estudiantes.

107. En relación con la acusación de que el derecho de reunión fue violado en los días 9, 10 y 11 de enero como resultado de los actos realizados por la policía de la zona del canal y por las fuerzas armadas de los Estados Unidos y consistentes en el disparo de armas cortas y en la utilización de gas lacrimógeno para impedir el ejercicio de dicho derecho dentro de la República de Panamá, no podemos aceptar que ocurriera tal violación porque las multitudes contra las que se utilizaron las medidas mencionadas no eran pacíficas, sino violentas, y constituían una amenaza inmediata para la seguridad pública.

E. Párrafo 1 del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

108. En el párrafo 1 del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que:

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

109. Según la acusación panameña de "bloqueo", las inspecciones realizadas por el Ejército de los Estados Unidos en el corredor de Colón y en el puente de las Américas (Thatcher Ferry Bridge) constituyeron una violación del párrafo 1 del artículo 13 de la Declaración Universal. No consideramos que esta acusación tenga fundamento.

110. En lo que concierne al corredor de Colón, es un hecho comprobado que, en la madrugada del 10 de enero, elementos de las fuerzas armadas de los Estados Unidos instalaron un puesto de inspección al final del corredor de Colón, en la intersección con la avenida Central, dentro de los límites de la zona del canal. La finalidad de este puesto era impedir el paso de personas con pertrechos y armas de fuego, y no parece que se impidiera a nadie pasar más allá del puesto. A nuestro juicio, la instalación de un puesto de esta índole no es una ingerencia en la libertad de circulación enunciada en el párrafo 1 del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

111. Según parece, durante algunas horas de la noche el puente de las Américas (Thatcher Ferry Bridge) estuvo totalmente cerrado al tráfico, con la excepción de cierto tráfico oficial. Además, la circulación fue objeto de inspección y vigilancia a ambos extremos del puente. Esta medida no constituye una limitación de la libre circulación del tráfico. La interrupción del tráfico nocturno causó molestias y hasta perjuicios en el caso del tráfico comercial para el transporte de abastecimientos y artículos

de primera necesidad que se trasladan de noche, entre ellos la leche. Ahora bien, en vista de las circunstancias reinantes y, en particular, la importancia de garantizar el estado y la seguridad del puente y del tráfico que por él circula, consideramos que esta restricción tuvo el carácter de fiscalización justificada en una situación de urgencia y que, por serlo, no constituyó una ingerencia en la libertad de circulación enunciada en el párrafo 1 del artículo 13.

F. Desigualdad de tratamiento.

112. En relación con la pretendida desigualdad de tratamiento en la zona del canal, no podemos, a la vista de los limitados materiales recibidos, llegar a una conclusión concreta. Ahora bien, consideramos que debemos exponer algunas impresiones claras que nos hemos formado.

113. Desde la construcción del canal, viven a los dos lados de lo que se denomina la frontera de la zona del canal colectividades separadas. En un sitio, viven los ciudadanos de los Estados Unidos de la zona del canal, y en el otro los panameños de la República de Panamá. A lo largo de los años, se ha acusado la divergencia existente entre el género de vida, la economía y la mentalidad de los dos pueblos que viven muy cerca uno de otro y, no obstante, virtualmente aislados uno de otro. Es de lamentar que los ciudadanos de los Estados Unidos que han vivido toda su vida en la zona del canal y, quizá más particularmente, los de la segunda y la tercera generación, que han nacido y se han criado en la zona del canal, hayan adquirido un estado de ánimo peculiar que no contribuye al fomento de relaciones más felices entre ellos y el pueblo panameño. En realidad, y al contrario, este peculiar estado de ánimo ha tenido por resultado la acumulación de resentimientos a lo largo de decenios, resentimientos que han hallado expresión, como se ha relatado, en actitudes desequilibradas de las dos partes como la cuestión de enarbolar los pabellones respectivos, según se puso de manifiesto durante los desgraciados días abarcados por el presente informe y era evidente desde hacía bastante tiempo. En lugar de borrar estas tendencias antagónicas, el transcurso del tiempo parece haberlas agravado. La tirantez y el resentimiento se han intensificado en círculo vicioso y no han sido moderados por determinadas reacciones de los panameños.

114. No podemos por menos de considerar que los Estados Unidos, teniendo en cuenta la situación especial que ocupan en el mundo y en vista de sus recursos e ideales, deberían reflexionar sobre estos tristes hechos y adoptar medidas eficaces para hacer posible una reorientación y transformación de la mentalidad e ideas de los que viven en la zona del canal. Sin duda, esta tarea es difícil y ardua, pero devengaría ricos dividendos en forma de relaciones más sanas con el pueblo de Panamá. En múltiples aspectos, el Gobierno de Panamá y la vida y la economía de este país están tan estrechamente relacionados con el Canal de Panamá que no estará fuera de lugar señalar que el gobierno y el pueblo panameños deberían reflexionar también sobre los hechos como los ven observadores imparciales y actuar con tolerancia, ecuanimidad y comprensión en sus

relaciones con los Estados Unidos y con las autoridades de la zona del canal.

115. Por último, expresamos la ferviente esperanza de que, en alguna medida y por poca que sea, nuestra labor contribuya al acrecentamiento de la avenencia, la cooperación y la amistad entre los dos países y los dos pueblos, de suerte que puedan seguir progresando para el logro de sus mutuos intereses vitales.

A. D. Belinfante
Gustaf Petrán
Navroz Vakil

Medios de Prueba no previstos especialmente en la Legislación Positiva*

Ponencia presentada a la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Procesal (San Juan de Puerto Rico)

Por el Dr. ADOLFO GELSI BIDART (1)

1) Problemas planteados.

A — Conviene recordar como el Derecho, para que revista la eficacia a que aspira en la regulación de la conducta humana en las interrelaciones de la Sociedad, necesariamente ha de tomar en cuenta los resultados de otras ciencias y las aplicaciones de artes y técnicas especiales.

No hay que olvidar que junto a la filosofía y a las ciencias del Derecho — en el plano del puro conocimiento está el arte o la técnica para la creación y aplicación del mismo. Por más que se dispute acerca de la naturaleza del derecho, es forzoso reconocer aún por quienes se refieren a normas ideales, que las normas jurídicas positivas nacen para (ser aplicadas a) una realidad humana y necesariamente —para ser tales normas— han de fijar un modelo o programa de conducta que pueda ser (o no) cumplido, es decir que pueda ser (o no) cumplido, es decir que pueda ser realizable y cuya necesidad de realización responda a una valoración de la conducta (ajuste a un ideal).

En consecuencia, para una más adecuada aplicación del derecho, es indispensable un conocimiento de la realidad humana, lo cual involucra no solo a los hombres en sí, sino también al ámbito de cultura involucrado, a los efectos naturales y culturales de cada momento.

Cada vez son de más dilatado estudio y aplicación las llamadas ciencias sociales (Sociología, Economía, Política...) y auxiliares (v.g. para el Derecho Penal, Criminología, Antropología...) Lo propio cabe decir del Derecho Procesal: no es lo mismo organizar la administración de la justicia en Suiza que en el Congo, ni cabe realizar una adecuada crítica de un medio de prueba clásico, como es el testimonio, sin acudir a otra ciencia, en primer lugar, la Psicología. No se trata de integrar éstas en el Derecho

(*) Publicamos este interesante trabajo con especial autorización de su autor.

(1) Catedrático Titular de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Montevideo (Uruguay).

Procesal, sino de indicar como el juez, en su menester de apreciación de la declaración del testigo, no lo encuentra todo en los Códigos; generalmente, en cambio, solo tiene una orientación — v.g. las reglas de la sana crítica. Como en diversas leyes latino-americanas que lo remiten a esas otras ciencias aludidas.

B — En el estudio de los medios de prueba pues, podemos distinguir, por un lado, la reglamentación legal concreta, relativa a los diversos temas probatorios (objeto, admisión, pertinencia, iniciativa, diligenciamiento, reflexión, estimación...) es decir, el cauce legal en el que ha de efectuarse la prueba.

Por otro lado, el contenido mismo de esa prueba, cuyas características, en si mismas, no son (al menos exclusivamente) del ámbito del Derecho Procesal; añádase v.g., a la prueba testimonial, las diversas modalidades de la prueba pericial.

Lo cual significa que en el momento de la captación o aprehensión del medio de prueba y, en segundo lugar, en el de su valoración, el juez deberá hacer uso de un conocimiento que excede del solo conocimiento del derecho. Para poder fallar "a conciencia", el juez tendrá que hacerlo "conciencia" variada.

C — Según esto, nuestra presente consideración, en el marco del Derecho Procesal, no realiza el análisis de cada uno de los medios de prueba no previstos por la ley vigente, para analizarlo en sus diversos aspectos, señalar su modo de realización y su verdadera significación en el plano del conocimiento: todo ello habrá de ser un dato para el Derecho Procesal. Serán por ej., los hemoterapeutas quienes deberán realizar este estudio, con respecto a la llamada "prueba hematológica" pues se trata de establecer como los datos de la ciencia y de la técnica (médica) en ese punto pueden ser utilizados para demostrar tal o cual hecho que importa al proceso (pertinente).

Nuestro enfoque va orientado a examinar:

a) Si en el proceso (civil y poco más o menos podría decirse lo mismo del proceso aplicado a las demás ramas del derecho sustantivo) son admisibles, además de los previstos en forma expresa en la legislación procesal (civil o la que corresponda), otros medios probatorios. De otro modo: si solo pueden utilizarse medios de prueba que la ley haya categorizados (autorizado) expresamente.

b) En el supuesto de que puedan admitirse tales medios de prueba no referidos por la ley, de que manera podrán adaptarse a los procedimientos legales, encauzarse legalmente; es decir, como se solucionarán los problemas relativos a su diligenciamiento (especialmente: iniciativas, realización y recepción) de manera particular en el plano de la determinación de su autoría (en general complementación procesal del medio de prueba para que sea tal) y estimación o valoración del mismo.

D — En todo este problema, la indicada consideración de que el derecho está orientado a la realidad humana y que ésta es histórica y, por ende, cambiante, vale decir, que los principios pueden permanecer, sin perjuicio de que sea necesario adaptar su aplicación, para que tengan efectividad, a las mudables circunstancias de los tiempos, puede servir de guía u orientación para encontrar soluciones concretas.

2) Alcance de la enumeración legal.

A — El primer problema indicado es de interpretación legal: la enumeración de la ley ¿es taxativa o de mera enumeración? La respuesta puede ser variable según las fórmulas empleadas por el legislador. Así, v. gr., el C. Proc. Civ. de Chile indica que "los medios de que puede hacerse uso en juicio son..." y aquí la enumeración; de ahí que generalmente se interprete por la doctrina y la jurisprudencia de ese país, que no vale la utilización de otros medios probativos.

En tanto la fórmula del C. Proc. Civ. del Uruguay se presta a una interpretación más amplia: "las pruebas se hacen con instrumentos, declaraciones de testigos, con dictamen de peritos, con la vista de los lugares, con el juramento o confesión contraria y con presunciones o indicios" (a. 349).

B — Como antes se dijo, el Derecho que está referido a la realidad, surge como hecho histórico — aunque para prolongarse más allá — en un momento determinado.

De ahí esa doble circunstancia, de que el Derecho parte de una realidad determinada, frente a la cual adopta su reglamentación peculiar; es lógico, pues, que cuando alude a medios de prueba concretamente individualizados, no pueda ir más allá de los existentes: no puede exigírsele al legislador el don de profecía.

Pero entonces, particularmente en el caso del Derecho Procesal, que aparece como instrumento para garantizar la vigencia de las normas que corresponden a las otras ramas del Derecho, cabe exigirle que, para que no presente ese retraso con respecto a la vida que suele exhibir, adopte una fórmula más amplia o genérica, para abarcar las modificaciones o innovaciones que aporten a los medios de prueba, la evolución de las ciencias, las artes y las técnicas.

C — Aún la fórmula del derecho uruguayo se presta a las dos interpretaciones extremas. Para negarlo, por ej., se interpreta la enunciación como cerrada por la conjunción que culmina y una los dos últimos medios de prueba, a lo que puede agregarse que al definir el concepto de prueba, el C. Proc. Civ. habla de "investigación jurídica", pareciendo referirse, en consecuencia, a los medios probatorios indicados por la ley.

Pero en realidad la fórmula del Código del Uruguay no es claramente limitativa y la calificación de "jurídica" no tiene porqué entenderse con ese alcance, bastando que se aluda a los cauces u orientaciones que para la averiguación señale la ley.

Las reglas relativas a la prueba tienen por fin indicar de qué manera ha de convencerse el juez de que los hechos pertinentes al proceso han ocurrido de un modo u otro. Se trata de disciplinar las operaciones conexas con el conocimiento directo de los hechos que fundarían una determinada solución en el juicio y que indirectamente permiten llegar a aquél, para servirle de soporte o apoyo. No parece lógico que se excluya deliberadamente por el legislador (y si no lo dice claramente se le haga excluir, a pesar de ello) los elementos que permiten juzgar con más seguridad en un determinado sentido, solamente porque en 1878 no existían.

¿Se justificaría usar sólo el caballo porque en aquella época no po-

día preverse la existencia del avión? El uso de un instrumento o medio técnico nuevo, no modifica el problema de fondo, ni tiene porqué eliminar las seguridades procesales; las garantías legales han de conservarse, sin perjuicio de añadirse estas facilidades técnicas a la labor de investigación.

En rigor lo que se tiene es un aumento en los medios para alcanzar la seguridad en el conocimiento, medios que el Derecho no inventa sino que recoge (como se indicó) de otras ciencias y técnicas.

D — Desde el punto de vista jurídico, lo que importa no es la determinación de los medios, — variables según épocas, que evolucionan fuera del ámbito del derecho (puede pensarse en las diversas formas de la pericia y aún en las diferentes modalidades de la escritura), — sino las garantías que, en todo caso, se requieren por la ley para que tales medios puedan adoptarse en el proceso.

No cabe cualquier clase de investigación: ésta ha de realizarse de acuerdo a la reglamentación legal; el legislador ha buscado determinados cauces por entenderlos más seguros y el intérprete no puede desecharlos. Habría aquí una tarea de adaptación o adecuación de los nuevos medios de prueba, que incluso podrán llevar a su rechazo, si por su modalidad no encuadran en las previsiones positivas.

3) Adopción de medios de prueba previstos en otras leyes procesales.

A — Cabe distinguir, pues, para el intérprete, el problema tendría diversa dimensión, los medios de prueba que, no previstos en la legislación procesal civil, lo están en otras leyes procesales y, por otro lado, los medios de prueba no disciplinados en ninguna norma.

B — En la primera situación, tenemos un elemento favorable dado por el tratamiento legislativo de ese instrumento técnico, incorporado a la reglamentación de las actividades humanas con significación en el campo del Derecho: es un nuevo elemento de la realidad incorporado, así, a su ámbito por el sistema jurídico.

Desde luego que la mayor o menor importancia que puede darse a tal incorporación depende, en segundo lugar, del enfoque que se tenga acerca de la unidad esencial del Derecho Procesal, que puede variar según las exigencias de las ramas sustantivas que sirve, pero manteniendo, en todo caso, lo fundamental de sus conceptos y orientaciones.

Por otra parte, en la mayoría de los sistemas positivos, el C. Procedimiento Civil suele preceder a las demás leyes procesales, aún al C. Proc. Penal, que se redactan para subrayar los aspectos diferenciales con aquél y se remiten al mismo en los aspectos que considera que han de permanecer comunes; tales disposiciones (normas de remisión) no suelen existir en el C. Proc. Civil.

Sin embargo, en base a la unidad del Derecho Procesal y al principio analógico para la integración del Derecho, establecido en general por el sistema positivo — estimamos que este procede, sin perjuicio de considerar (como lo exige la analogía) las peculiaridades, no menos que las semejanzas de los casos comparados.

Así por ej., las facultades del juez — al menos en la etapa del

sumario — acentuadas en el juicio penal; la finalidad protectora de la personalidad del imputado, subrayada en el proceso penal moderno (desde Beccaria), etc.

C — Un primer ejemplo que podría proponerse es el del careo que puede considerarse, al menos en cuanto a su finalidad esencial, más que como medio originario de prueba, como medio para la apreciación de otros, para confrontar diversos medios de prueba y extraer conclusiones en cuanto a su eficacia demostrativa. Sin perjuicio de que, eventualmente, puedan obtenerse demostraciones que, de lo contrario, no se lograrían (v. gr.: rectificaciones de un testigo, que añaden un nuevo testimonio a los allegados).

Con relación al careo entre testigos, la ley procesal civil es muy clara en el sentido de indicar que las declaraciones deben tomarse en forma totalmente separada y que el medio para que las partes puedan colaborar en la valoración de los testimonios es indicar las tachas (vicios o defectos de la persona o de la declaración que disminuyen o destruyen la fe que puede tenerse en su representación) y comprobarlas. A todo lo cual agrega el C. Proc. Penal el instrumento del careo, que aparece, así, como un aspecto diferencial en su régimen y que no parece lógico incorporar, por analogía, al C. Proc. Civil.

A igual conclusión negativa llegaríamos con respecto al careo de los testigos con la parte. En nuestro proceso civil se admite, después del diligenciamiento de la prueba, la prueba de posiciones, proponer a la parte, por su contraria, que responda a proposiciones acerca de hechos pertinentes y personales. Domina en el proceso civil la nítida separación, en cuanto a la asunción de tales diversos medios de prueba.

En cuanto al careo de peritos con testigos o con las partes, el sistema de nuestro proceso civil establece un medio especial para lograr una mayor aclaración y estimación de la prueba pericial: se pueden pedir aclaraciones a los peritos o se puede pedir y el juez puede acordar o de oficio, disponer, nueva pericia sobre el mismo punto.

D — En el proceso penal se le da bastante importancia a un medio, la inspección domiciliaria, que no es sino una forma del medio común de la inspección judicial y que, dentro de los límites y con las garantías constitucionales y legales del caso, podría admitirse también en materia civil.

E — El proceso penal, por sus necesidades específicas, ha dado un gran desarrollo a la admisión de la pericia en diversas formas y particularmente a la que recae sobre las personas.

La reglamentación legal de la pericia, tanto en el C. Proc. Civil como en el Penal suele realizarse en la forma abstracto-genérica que quería Guasp, 'de jure condenado' para los diversos medios de prueba (v. gr. para el documento), para recoger en sus cauces más amplios las presentes o futuras innovaciones de la técnica, por lo cual, en principio, todas las formas de la pericia serían admisibles.

Sin embargo, aquí se acentúa la diferenciación entre el proceso penal y el civil, cuando de pericias sobre persona se trata. En el primero, la sujeción de la persona al proceso se hace más intensa y más fácilmente puede ser, además de sujeto del proceso, objeto (de la prueba).

Por tanto, al admitir una pericia sobre la persona en el proceso ci-

vil, hay que tener presente el "jus in se ipsum", la zona de absoluta indisponibilidad para otros y de soberanía para la persona (el derecho sobre la propia personalidad y el propio cuerpo en ella), además del principio del "nemo teneatur aedere contra se" en ausencia de disposición expresa en contrario. Por otro lado, en el proceso penal, cabe una más dilatada aplicación de la coacción que en el proceso civil.

El juez de lo civil dispondrá del sistema de las presunciones, apreciando la conducta procesal (negativa de prueba, de someterse a determinado medio), a los efectos de la prueba del fondo del asunto.

F — Otra situación conflictual se plantea en la llamada "reconstrucción de hechos". En lo que ésta signifique una inspección judicial no hay, desde luego dificultades de admisión.

Estas aparecen, en cuanto requieran la intervención (obligada) de las partes o de terceros, pues tropiezan con las objeciones ya indicadas, que tienen vigencia —si cabe con mayor razón— también para los terceros frente al proceso.

G — En nuestro concepto, pues, cabría la extensión al proceso civil de los medios de prueba disciplinada por otras leyes procesales, salvo que expresamente los rechacen disposiciones o principios consagrados en la ley procesal civil.

4 Adopción de medios no expresamente previstos por la legislación positiva.

A — El medio de prueba es el elemento o factor con el cual se verifica la demostración en el proceso (finalidad instrumental) y supone una cierta manifestación o traducción en el mundo exterior y una cierta separación con respecto a las operaciones intelectuales que el juez realiza al sentenciar (aún las que se refieren a los elementos del juicio), a los factores que le permiten fallar y que, en cuanto a los hechos, son, justamente estos medios de prueba.

B — Desde el punto de vista de la participación que cabe al juez en la realización del medio de prueba (sin perjuicio de que el ideal probatorio esté en que siempre el juez asuma el medio probatorio, lo recepcione), hay medios de prueba que son realizados por el juez, en que éste es el autor, el que lo elabora (directo) y otras en que, por ser otros los autores, el magistrado se limita a recibirlos. Aquí es importante considerar las diferencias en cuanto a la acentuación o restricción de las facultades otorgadas al juez en la faz instructiva del proceso, para admitir más o menos ampliamente, nuevos instrumentos probatorios que supongan una directa participación del juez.

Igualmente tiene importancia la distinción entre los medios de prueba de carácter personal y aquellos en que predomina la naturaleza material: la admisión en el proceso civil (por lo ya dicho en cuanto a sus limitaciones en esta materia) sería menos amplia de los primeros y más fácil en cuanto a los segundos.

Todavía, desde un punto de vista procesal estricto, corresponde recordar la distinción —que aquí tiene gran importancia— entre los medios

pre-constituídos y los que tienen que constituirse total o parcialmente (complementarse) en el proceso.

Y desde el punto de vista del contenido —directamente representativo del hecho a probar o de indirecta referencia al mismo y, por tanto, de la mayor o menor trascendencia que revista el razonamiento para lograr, con su base, la pertinente demostración, conviene recordar los medios representativos y los indiciarios.

C — El problema procesal consiste, en consecuencia, en la adaptación de los nuevos medios a las reglas previstas por la ley para medios diferentes. En consecuencia, el 'quid' del asunto radica en determinar la analogía —que puede existir— y en aplicar, luego de acuerdo con las modalidades del nuevo instrumento, las normas fijadas por la ley procesal.

5) Medios "materiales" no previstos especialmente.

A — Entre los medios predominantemente materiales, vale decir, aquellos ya efectuados por el hombre antes del proceso, permaneciendo su traducción o manifestación exterior en el mundo de la naturaleza, puede hablarse de 'grabación' en sentido amplio, refiriéndose a la grabación en cinta magnetofónica, el cine, la fotografía, el disco, etc.

Si tenemos en consideración el concepto amplio o genérico de documento (y no tomamos la parte —documento escrito— por el todo), como elemento material representativo de un hecho, encontramos aquí modalidades de un antiguo medio de prueba.

El problema fundamental radica en establecer la autenticidad del documento. Porque no puede negarse que los medios indicados sirven admirablemente para traducir ciertos hechos, pero también se prestan a disfrazarlos, a disimularlos. Pero como se trata de medios a constituir, parcialmente (o complementar) en el proceso, especialmente en el aspecto de su autenticidad, habrá que tomar de las reglamentaciones legales, los medios más adecuados para establecerlas.

En tal sentido, presentando uno de estos medios, podrá acudir a la absolución de posiciones, para que el interesado confirme que la grabación le corresponda. O complementar (reforzar) la prueba con la deposición de testigos que afirman que realmente se tomó la fotografía en tal lugar, o tal momento o a tal persona, etc.

B — La televisión en rigor, más que un medio de prueba en sí, que sirva para presentar hechos del pasado, podría utilizarse para facilitar otros medios de prueba, porque en realidad (salvo cuando va unida al cinematográfico), aplicada en forma directa o pura, sirve para llevar a la sede del tribunal el conocimiento de un hecho que no ocurre en el presente, que no está directamente al alcance de la visión y el oído del magistrado.

Puede considerarse como un medio para facilitar la inspección judicial, algo así como el microscopio o el telescopio, (cada uno en su plano), para suplir las deficiencias o las limitaciones de nuestros sentidos.

Para que una plena seguridad la acompañe (autenticidad) el actuario debería dejar constancia, acompañado a la máquina que toma directamente los hechos, que efectivamente así se procedió.

C — A la prueba pericial suelen ir vinculados diversos medios pro-

batorios, que en rigor deben quedar incluidos en la reglamentación de la prueba pericial.

El perito (técnico, o sujeto idóneo, con conocimientos especiales sobre algún punto, designado judicialmente para dictaminar sobre problemas de hechos pertinentes al proceso) elabora su dictamen, en cual hace constar su opinión. A este dictamen suelen unirse otros elementos gráficos y técnicos, como mapas, croquis, fotografías, placas, etc.

Dado que al perito corresponde no sólo realizar razonamientos para los que se requieren conocimientos especiales, sino también percepciones de hechos, de los cuales suele quedar constancia, además de su relato, en los elementos auxiliares indicados.

D — Un medio de prueba que ha adquirido mucha difusión es el de la llamada 'prueba de informes' de una oficina pública. En la cual cabe discernir el caso en que simplemente ésta ha de remitir certificados o testimonios (copias) de documentos que obran en su poder, para lo cual habremos de remitirnos a las reglas que disciplinen la prueba documental.

En otras oportunidades, en el informe se indica la actividad realizada por algún funcionario y en tal caso, habrá que considerar si la misma le está encomendada legalmente, para saber de su importancia probatoria. Por ej., el parte policial que expide la policía en ocasión de accidentes de tránsito, tiene importancia en cuanto al relato de lo que percibió el propio agente en el lugar del hecho. Pero si se trata de transcribir declaraciones de los terceros que presenciaron el accidente, el parte carece de eficacia, pues no puede sustituirse, por ese medio, el diligenciamiento, en legal forma, de la prueba testimonial.

E — Para el informe solicitado a instituciones privadas (v. gr. bancarias) el problema, como siempre que el instrumento no emane de funcionario público no autorizado al efecto, es el de la autenticidad.

Desde el punto de vista del proceso civil, la admisión de las partes, en aplicación del principio dispositivo, podría bastar para adoptarlo. En caso de objeción en cuanto a la autenticidad sería menester acudir a otros elementos complejos: v. gr. declaración de persona autorizada por la institución, certificado de la Oficina Actuarial, previa exhibición de libros, o bien solicitar el dictamen pericial al respecto.

6) Medios "personales" no previstos legalmente.

A — Pueden recordarse, en cuanto a los medios 'personales' ante todo los que pueden colocarse dentro del ámbito de la prueba pericial, que traducen la percepción o la opinión de personas (que actúan en Oficinas) especialmente calificadas para pronunciarse sobre determinados problemas.

Por ej. la Policía técnica (balística, impresiones digitales, fotografía, etc.), Instituto Técnico-Forense (pericias psicológicas y psiquiátricas) Institutos de Psicología, Escuelas de Servicio Social (problemas del medio ambiente), Inspecciones Agronómica y Veterinaria, Banco de la República, Médicos Forenses, Dirección de Catastro, etc.

Desde luego que aquí procede una distinción. El perito es un encargado judicial, de manera que si a tales institutos se realiza el referido encargo en el proceso, estamos en la situación habitual, acudiendo a quien por las

condiciones demostradas y reconocidas, estén en mejores condiciones para efectuar el dictamen.

La situación es diversa, en cambio, cuando se incorporan al proceso dictámenes de personas versadas en el asunto, admitidas al margen del proceso, sin haber recibido designación en el mismo. En tal caso, si se realizó, además, una pericia, ésta predomina (garantía procesal). En todo caso, no se planteará el problema de la admisibilidad, si las partes no lo objetan. En cuanto a la valoración, podrán tomarse como elementos presuncionales, si se basan en hechos reales y probados en el juicio.

B — Desde el punto de vista de las partes hay diversos elementos novedosos, que la técnica incorpora a la demostración en el proceso. v. gr.: prueba hematológica, retrato hablado, interrogatorio de las partes por el juez, careo de partes, suero o drogas de verdad, detector de mentiras, etc.

En cuanto a la admisibilidad de estos medios, son de aplicación las observaciones y limitaciones ya indicadas (supra 3 E—), incluso en cuanto a lo que respecta a las facultades del juez. Si bien la reglamentación legal ha seguido, en general, preocupaciones diferentes en materia penal (garantía al imputado: evitar toda coacción, incluso psicológica, como en el caso de la supresión del juramento) y en materia civil. Razones políticas y prácticas llevaron a tales conclusiones, pero son de vigencia (si acaso "a fortiori") las mismas limitaciones basadas en idénticos principios.

En el diligenciamiento, el aspecto técnico escapa un poco a la precisión del juez, pero subsisten las reglamentaciones legales para verificarlo con toda garantía, para las partes y la justicia. Habrá que acudir, en consecuencia, a la analogía con lo reglamentado en materia de testimonio, pericia y confesión provocada.

Así, por ej., en la prueba hematológica, habrá que tener presente que se trata de pericia (el médico es el perito) sobre la persona de una de las partes (el cuerpo de la parte, objeto de la prueba). En el caso de los sueros de verdad (en nuestro concepto inadmisibles en razón del principio constitucional del respeto a la dignidad del hombre, puesto que se trata de un medio sutil de abolir la personalidad), en la hipótesis de ser admisibles, el perito sería el que realiza la aplicación y autor éste y quien la admita sobre si mismo. El retrato hallado es una inspección judicial sobre la parte. El interrogatorio y careo de partes, no serían admisibles en nuestro proceso civil, pues el modo de obtener la declaración de la parte está precisamente determinado por la ley (juramento, confesión, absolución de posiciones) y de modo diverso.

La apreciación de estos novedosos medios requerirá especial atención del juez para obtener, ante todo, la comprensión de lo que el medio técnico significa. Y luego, la valoración propiamente dicha seguirá las soluciones que se dan expresamente por la ley (v. gr. pericia) o por analogía para medios similares.

7) Conclusiones.

En el Derecho del Uruguay podría concluirse, en nuestro concepto:

A — Aún sin expresa disposición, pueden admitirse en la actualidad los medios de prueba no previstos expresamente en la legislación

procesal civil, siempre que exista la posibilidad de adaptar las reglas procesales a los mismos, para los diversos aspectos del procedimiento probatorio (analogía).

B — Sería conveniente, para evitar problemas de interpretación una norma genérica que disponga la posibilidad de utilizar otros medios probatorios además de los expresamente indicados, aplicando analógicamente a su admisibilidad, pertinencia, iniciativa, diligenciamiento y apreciación, las reglas previstas por la ley para los reglamentados en él.

C — En una nueva ley de procedimiento tales problemas podrían solucionarse —como sugiere Guasp— mediante una reglamentación más abstracta, similar, añadimos, a la que ya existe para algunos (v. gr. pericia).

Adolfo Gelsi Bidart

Desarrollo: Desafío al Derecho

Por LUIS H. PASARA (1)

I

El desarrollo ha adquirido hoy dos notas típicas y que lo definen plenamente en el marco de nuestro siglo. En primer lugar, ha dejado de ser una teoría. Mucho más que un cuadro de hipótesis demostrables con estadísticas o materia de discusión abstracta para especialistas, el desarrollo se precisa en nuestro tiempo como una aspiración gigantesca, masiva, de esa porción mayoritaria de la humanidad que vive en condiciones infrahumanas (dentro de la que debemos incluir a 6 millones de peruanos o un poco más) y asimismo como una **praxis**, puesta en marcha por la experiencia de un grupo de países constituyentes del Tercer Mundo al decir de Perroux o sea, "en vías de desarrollo", expresión que lejos de ser —como en su origen— una condescendencia de los estudiosos europeos, es al presente una pujante realidad. El desarrollo en consecuencia es el camino de surgimiento por el que ya caminan o cuando menos se disponen a caminar, millones de hombres —en su mayoría conscientes de tal rumbo— con el firme objetivo de alcanzar su plenitud, de alcanzar las condiciones y los medios para ser realmente hombres.

En segundo lugar, el desarrollo es hoy un concepto cuyos alcances son más que técnicos, más que económicos —realidades que lo circunscribieron cuando nació— y alcanza a ser político, social y dentro de ello: religioso, educativo, familiar, etc. Es decir, el desarrollo se sitúa hoy como un proceso complejo a través del cual, los miembros de la sociedad deben alcanzar su realización plena, en todos sus aspectos, a través de todas sus actividades, en la comunicación vital con los demás hombres.

El desarrollo pues, es un proceso de cambio en las condiciones sociales, económicas y políticas con el objeto de hacer posible que la estructuración, el ordenamiento social sea realmente conducente al logro del hombre y de todos los hombres. Este proceso —traducido en términos concretos de acción— requiere ser planificado; introduciendo así un criterio de previsión y planeamiento de los medios a través de los cuales será logrado.

Siendo el desarrollo, un proceso que abarca todos los aspectos del

(1) Alumno del Tercer año de nuestra Facultad.

ordenamiento y la constitución social, ¿qué tiene en relación, de qué manera es condicionado o condiciona al factor jurídico? Lo jurídico en cualquier sociedad es el conjunto de normas con vigencia y obligatoriedad social, dirigidas a encauzar las relaciones entre los hombres y las vinculaciones del hombre con las cosas; personas, cosas y relaciones humanas caen así en el ordenamiento jurídico que es un aspecto de toda la constitución social.

Un rápido y sintético análisis de la experiencia histórica nos hace concluir en que los grandes logros, las grandes conquistas sociales, los grandes y revolucionarios pasos dados por la humanidad en uno u otro sentido, delineando un modo de pensar, una tendencia que fue la aceptada en el contexto social de la época, estos grandes giros han sido preparados y valorizados socialmente antes de ser consagrados por el Derecho. Para citar sólo un ejemplo, la Revolución Francesa, que lleva invívita una filosofía individualista al par que libertaria, acaece en el siglo XVIII, habiendo sido gestada y preparada por la tarea y la fecundación de los precursores desde los comienzos de ese siglo. Sin embargo, la consagración jurídica, la acogida legal de los principios y logros de la Revolución, tiene lugar recién en los inicios del siglo siguiente, es decir, con el Código de Napoleón.

La historia nos indica que esa concreción en normas vigentes y obligatorias para todos, que caracteriza la efectividad del derecho, viene a llevarse a cabo siempre, después de que los principios inspiradores e incluso las instituciones fundamentales que el cambio introduce, han sido aceptados y a veces, han ido viviendo, casi marginales al ordenamiento legal, hasta que ganan carta de ciudadanía. Y en caso contrario, si el derecho se ha adelantado a ese contexto, si ha pretendido encarnar simplemente ideales de una voluntad dominante, por encima del hecho social aceptado, ha caído en el desuso, castigo implacable del medio para aquello que le es ajeno. Un magnífico ejemplo de esto, lo encontramos muy cerca de nosotros, en el Perú interior, donde millones de hombres viven al margen, ignorando un "derecho republicano" que no tiene nada que ver con sus normas de vida y sólo llega a ellos brusca, esporádicamente, pero que en verdad, no regla sus conductas.

Sólo puede el derecho —siempre a la luz de la experiencia— dar pequeños impulsos: una ley de promoción, un artículo que se deroga. Pero los grandes cambios son primero en la sociedad; luego el derecho les da fuerza obligatoria e imperativa. Sin embargo, cuando intentamos relacionar el derecho y el desarrollo para ver sus mútuas implicancias, el problema se presenta justamente en términos inversos. Hemos dicho que el desarrollo es hoy una conciencia masiva pero también requiere de un planeamiento, o sea de un ordenamiento previsor que lo encauce... Podría decirse teóricamente que es el campo propicio del derecho, y sin embargo la experiencia no lo suscribe.

La práctica nos ha enseñado que el desarrollo —lento proceso de transformación progresiva, que sin embargo puede alcanzar etapas críticas y violentas— es obstaculizado por el factor jurídico. En los hechos, la existencia de una serie de disposiciones jurídicas obstaculizan el tomar rápidos caminos de transformación social y económica. Mencionemos un ejemplo simple como el de pago en bonos para la expropiación de tierras

con el objeto de la Reforma Agraria. Pero, más aún que la existencia de determinado ordenamiento, la carencia de normas adecuadas, idóneas en determinados aspectos de la vida social, frustran o dificultan cuando menos, ese proceso del desarrollo.

La estabilidad, y la seguridad, típicamente conservadoras del derecho, se resisten a crear cauces para satisfacer las aspiraciones sociales que conlleva el desarrollo. Un ordenamiento legal, nuestro, con notas occidentales que lo demarcan por completo quizá no es lo más adecuado para la realidad peruana. Hemos hecho ya referencia a la situación del Perú interior; las comunidades indígenas, el concubinato —con óptica occidental— y en general todas las formas de relación en estas zonas rurales, obedecen a principios y costumbres distintos a los que el derecho occidental hace regir en nuestros códigos. No se ha hecho una adaptación de los principios del derecho a nuestra realidad, incorporando las instituciones ya existentes y respetando una fusión de culturas y de usos jurídicos, aunque no escritos, igualmente válidos y obligatorios. Podemos hacer una mención también a nuestros típicos "golpes de estado", vacíos de legislación, figura no contemplada por un sistema legal que presupone ser respetado. Hay grandes sectores no legislados, modos de ser de la realidad no asumidos por el derecho.

La transformación sustancial del condicionamiento socio-económico en el cual se desenvuelve el hombre, proceso que es el desarrollo, presenta un dilema frente al factor jurídico: o el derecho se transforma en sí mismo de modo que sea un factor hábil y realmente conducente del proceso, o toda la estructura jurídica será puesta entre paréntesis por un rebasamiento, fruto de la presión social sobre los cauces legales estrechos e inadecuados. De hecho, el factor jurídico parece estar conduciendo a la segunda hipótesis: una juridicidad formalista, reacia a transformarse, carente de la necesaria flexibilidad para el cambio en sí y normativa de la sociedad. Ante esta situación, es conveniente que revisemos someramente cuando menos, en lo limitado de esta nota, los fundamentos mismos del derecho, para juzgar su autenticidad, cotejando lo que la realidad nos presenta.

I I

¿Cuál es el origen del derecho? ¿De dónde provienen las bases constitutivas de ese ordenamiento preceptivo que denominamos derecho? Dos grandes corrientes de pensamiento responden a esta pregunta que ha inquietado desde siempre a los tratadistas. La primera, el Iusnaturalismo considerando que el hombre tiene una naturaleza, que es constante, postula que el ordenamiento legal de su conducta debe deducirse de los caracteres típicos de esa naturaleza. Esto supone una concepción del hombre, inspiradora del derecho. La segunda, la Escuela Histórica, niega el Iusnaturalismo por desvirtuar la realidad cambiante que es el hombre y la situación propia, original de cada comunidad de hombres y postula que el derecho es fruto de la realidad histórica, de la condición situada de una determinada cultura.

Es este el primer problema, sobre el que no se han llegado a ponerse de acuerdo los filósofos del Derecho. Pero indudablemente el rumbo que

en la práctica tomen los seguidores de una y otra corriente, para responder al desafío del desarrollo, será bien distinto. Los que piensan que el derecho es un simple producto de la evolución social y la situación histórica, esperarán con paciencia a que el cambio social a la postre transforme al derecho, siguiendo la experiencia hasta hoy habida y dándole —probablemente sin saberlo— la razón a Marx, cuando pensaba que el derecho no pasaba de ser una "superestructura", simple emanación de las relaciones económicas de base. Los que postulan el derecho como deducido de un orden axiológico estricto, se esmerarán por adelantarse en constituir un nuevo orden jurídico, de tipo preceptivo, que norme, regle y conduzca el cambio que define al desarrollo.

Puede decirse sin temor que el momento presente y la realidad no nos dan hoy seguidores netos de ambas tendencias. Y es que ¿de veras son irreconciliables ambos modos de ver el derecho? Sin pretender elaborar doctrina, sino recogiendo lo que otros han meditado, no como forzada posición intermedia sino como sano equilibrio, debe reconocerse la posibilidad de la síntesis. En primer lugar, el derecho es básicamente una aspiración a la justicia. Desde el punto de vista del análisis social, esta aspiración se concreta en un orden legal vigente, pero antes que él, por encima de él, el valor justicia, lo inspira, lo conduce. Esto supone un punto de vista axiológico, mas no platónico. No se trata de la "idea" de justicia, perteneciente a otro mundo, y que debe reflejarse en éste, a través de un pálido ordenamiento. Por el contrario, la justicia se encarna, definiéndose a través de la circunstancia, en opciones concretas, en situaciones dadas. Una información del derecho por la justicia no supone que se deduzca de "un derecho pre-existente", el orden legal; así como la realización de cada hombre no supone el calco de un modelo pre-fabricado. El derecho se juega por la justicia en cada inserción histórica, busca ese valor a través de un orden adecuado a su situación. El hombre se realiza como proyecto, original, en su propia circunstancia. La naturaleza del hombre no es una, acabada, fijada para siempre. El derecho no está fijado desde el principio del mundo, se hace en la realidad, hacia la justicia.

¿Cuál es entonces la relación entre el derecho y la realidad? Es una cierta dialéctica en la que el derecho es circunscrito, informado, demarcado por la realidad; pero a su vez ésta es transformada, conducida, orientada por el orden legal que plasma en un momento dado la búsqueda de la justicia. Cada realidad requiere de una respuesta propia del derecho. Cada situación requiere y exige su derecho original. Y el desarrollo es una realidad originalísima, propia de este siglo que no ha enfrentado Europa y exige una respuesta especial del derecho. El derecho tiene que transformarse en el cauce del desarrollo, en lo que le concierne. El derecho debe, a partir de la realidad, dar un paso adelante y señalar los rumbos, añadiendo esa nota típica de nuestra era: la previsión racional. Este verdaderamente es el papel del derecho, el auténtico, a pesar de una realidad y una experiencia que nos parecen decir lo contrario.

En este sentido se explica toda una evolución constante del derecho, que en el fondo nos hace comprender la relación profunda entre el desarrollo y el derecho, realidades no ajenas en tanto que ambas buscan la justicia. Queremos señalar sólo un aspecto fundamental de esa evolución

que nos interesa de modo especial para el cotejo que estamos haciendo. La intervención creciente del interés público y por tanto de su representante, el Estado, en las relaciones humanas y los preceptos legales que las norman, es un hecho evidente, fuera de la discusión doctrinal. Es esa "socialización" de las relaciones entre los hombres, y del hombre con las cosas, que ha hecho hoy —principios aceptados por todos— que no sea permisible el abuso del derecho, que la propiedad tenga un sentido social (y en las legislaciones más avanzadas que sólo mediante ese ejercicio social se legitime), que en las relaciones laborales haya una intervención del Estado incluso por encima de la voluntad de las partes en cuanto una de ellas puede ser afectada por una situación desventajosa, que en la interpretación de la ley se considere más el contexto social que la voluntad del legislador, que esté en revisión toda la teoría de los derechos adquiridos y que los derechos subjetivos pasen a segundo orden cuando el interés de la comunidad está de por medio.

Todos estos ejemplos nos hablan con claridad de que el derecho no sólo tiene que responder sino que además, de hecho ha respondido a las exigencias de la realidad. Y la realidad presente, plantea como una salida inevitable, la transformación de las condiciones de la estructura social, para alcanzar la plenitud de todos los hombres. Realmente el derecho tiene allí un aporte y una tarea, que va a significarle un esfuerzo grande pero —tal como acabamos de ver— no será un esfuerzo insólito. El desarrollo es la forma que hoy adopta —con notas típicas de integralidad y planeamiento— la necesidad social a ser normada; al responderle el derecho, no será la primera vez que lo haga: desde que existen el hombre y el orden, lo está haciendo.

I I I

Una nota introductoria a un tema —como lo es ésta— debe procurar fundamentalmente, delinear campos de preocupación, investigación y acción concretas, antes que agotar el aspecto doctrinal del asunto. Consideramos entonces necesario, deducir algunas consecuencias lógicas del planteo que estamos examinando, para el rol que a una Facultad de Derecho corresponde, es decir el de los estudios jurídicos.

Conviene recordar que es la Universidad, la encargada y la responsable de preparar a los profesionales que a muy corto plazo —sobre todo en un país joven como el nuestro en el que las obligaciones se tienen que asumir a menudo prematuramente— serán dirigentes claves en la organización del Perú. Un vistazo rápido al origen de los actuales responsables de la actividad pública y privada, nos indicará con facilidad su extracción universitaria. Y bien, ¿de qué formas concretas puede afrontar un profesional la perspectiva del desarrollo, el desafío que supone ese proceso? ¿Qué supone para un abogado la exigencia del desarrollo y el proceso en marcha que el país vive? Las respuestas a estas interrogantes las tiene que elaborar la tarea universitaria: se tiene que trabajar en el esfuerzo formativo de los estudios universitarios. Es aquí, en la Facultad de Derecho, que se preparará a los futuros profesionales, para responder a esa exigen-

cia planteada, o no responderán jamás a ella sino con la improvisación o el escamoteo.

La Facultad de Derecho debe afrontar este crítico problema de las relaciones entre el desarrollo y el derecho en varios niveles. El primero de ellos, podríamos denominarlo, el del pensamiento jurídico, la filosofía del derecho. Una reflexión doctrinal, teórica —no sólo deductiva sino incorporando los datos de la experiencia— sobre los problemas que hemos examinado. Tarea ésta que no debe limitarse a transmitir "soluciones" a problemas, halladas después de una fácil crítica a unos cuantos tratadistas, sino que tiene que dirigirse a realmente investigar, pensar, reflexionar sobre el asunto discutido y elaborar en esa comunidad de trabajo que es la universidad, respuestas propias —que no siempre serán originales—, fruto de un esfuerzo creativo.

El segundo nivel, es el de la sociología jurídica que debe analizar en la realidad, las relaciones entre el ordenamiento legal y el medio. Una básica formación científica en este campo, debe preparar al especialista en derecho para vincular su rubro con los fundamentos sociales del mismo: normas sociales y normas jurídicas, instituciones sociales e instituciones jurídicas, orden social y orden jurídico. Es decir, esta formación debe abrir al estudiante hacia la realidad, para analizarla con la óptica del derecho. De aquí nacerán proyecciones y posibles reformas del sistema legal a partir de una evaluación crítica del orden existente en función de su aplicabilidad y su vigencia.

Más concretamente ésto se tiene que traducir en estudios, en investigación empírica, para aquello que el profesor Mendieta y Núñez ha denominado "detectar la distorsión social de la ley" (1) es decir, el cumplimiento, el incumplimiento del derecho vigente y la ausencia de legislación en ciertos aspectos. Rubros muy importantes a examinar en esta línea de trabajo son: la constitucionalidad, la economía, la propiedad, el trabajo y la relación laboral, la seguridad social, la tributación, la educación, la salud pública y la vivienda. Cada uno de estos temas debe ser materia de un cuidadoso análisis a cargo de la Facultad de Derecho, son su propia perspectiva para revisar lo que en ellos significa la ley vigente o la inexistente, las necesidades de legislación y las posibilidades o tendencias que el ritmo social plantea al derecho.

De esta manera, fecundando los fundamentos teóricos con la investigación socio-jurídico empírica —que podría combinarse en programación coordinada con la Facultad de Ciencias Sociales de nuestra Universidad, para facilitar el trabajo académico— podemos llevar adelante una tarea que va progresivamente poniendo al día, la preparación de los futuros profesionales en derecho, con lo que el Perú de hoy exige de la respuesta universitaria: perspectiva del desarrollo. Y allí el esfuerzo de maestros y alumnos, trabajando juntos, con voluntad reunida por una renovación común, será la clave que pueda garantizar la auténtica labor de la Universidad.

(1) MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. Influencia del factor jurídico en el desarrollo económico, en Boletín del Centro Latinoamericano de Investigaciones en Ciencias Sociales, año IV, N° 1, febrero de 1961, Río de Janeiro, pág. 20.

Por la Creación de una Sociedad de Historia Judicial

El vocal de la Corte de Apelación de Colmar (Francia), Doctor C. Laplatte, de quien hemos publicado interesantes colaboraciones, nos ha enviado, muy gentilmente, el texto de un artículo sobre la conveniencia de crear, en Francia una Sociedad de Historia Judicial. Esta interesante sugerencia merecería también estudiarse entre nosotros. Hemos tenido en el Perú grandes Magistrados cuya vida y obra merecerían ser más conocidas. No dejemos que el tiempo se encargue de hacer olvidar a quienes dieron en el pasado lustre y prestigio a nuestra Magistratura.

A continuación publicamos la traducción del referido artículo:

“No hay duda que el interés por un oficio despierte curiosidad sobre el pasado de una profesión: los buenos operarios siempre tienen curiosidad por saber lo que hicieron sus antecesores, de donde provienen las herramientas y las técnicas que utilizan diariamente.

En las profesiones intelectuales, esta encomiable curiosidad ha dado lugar a la fundación de numerosas Sociedades de Historia Corporativa.

Los farmacéuticos tienen la suya, también la tienen los médicos, el clero; la Magistratura no tiene nada semejante.

Creemos que esta es una deficiencia lamentable que debe colmarse. No es porque falta el material. Es todo lo contrario.

Acaso no es cierto que todo, entre nosotros, termina con un juicio? Que se trate de la epopeya de Juana de Arco o de los dramas de la Revolución, de los golpes de Estado o de los grandes descubrimientos, todos los grandes acontecimientos de nuestra historia han hallado eco en nuestros tribunales. La ocupación con sus consecuencias; resistencia y colaboración, no escapa a esta ley. No son por cierto los Magistrados que ocupan sitial en nuestras Cortes de Justicia quienes nos han de desmentir!

Hay en este aspecto investigaciones sumamente interesantes que pueden hacerse, y la menor contribución —aunque fuera la simple mención de quienes constituían la Sala de un Tribunal del siglo XIX— tiene su utilidad.— Conozco pocas lecturas tan atrayentes como la *Gazeta de los Tribunales*, de hace un siglo. El menor hecho adquiere, por la discordancia entre su mediocridad interna y el estilo pomposo con el cual es tratado, un sentido peculiar que le dá un carácter de gran diversión. Esta comicidad involuntaria se repite continuamente y mantiene el interés. Abrid el tomo correspondiente al año 1827 y leereis la nota referente al “Código del Coche” (*voiture*), antepasado del “Código del Tránsito”, que se había puesto en venta en las librerías. La breve información hará que leereis este libro, y que no lo dejareis antes de terminarlo.

Si la materia es abundante, tampoco faltan los colaboradores: numerosos son los Magistrados historiadores. Desde el Presidente Tenon, historiador de los Tribunales de la Inquisición, quien fué Miembro de la Corte Suprema, hasta Marcel Dupont, autor de admirables trabajos sobre la Historia del Monte Saint Michel, quien falleció siendo Juez de segunda clase en Saint Malo, la jerarquía judicial siempre ha acogido historiadores en sus diversas categorías. Algunos se han especializado en la Historia Judicial, como el Presidente Wattine, quien hizo revivir, con gran erudición, a los grandes Magistrados del siglo XVIII, y, en nuestros días, su sucesor, el Presidente Rousselet cuyo estudio tan documentado sobre "La Magistratura bajo la Monarquía de Julio", debe ser continuado.

La historia judicial presenta otro interés mayor que el de mera curiosidad: al hacer conocer al público la vida y la obra de los grandes Magistrados, que fueron los artesanos de la grandeza de Francia, servimos a nuestra propia causa. La servimos también mostrando al público, que está lejos de sospecharlo, que hoy día la Magistratura desempeña sus funciones en condiciones mucho más difíciles. A quienes se indignan —y son muchos— por el aumento del personal de la administración pública, conviene hacerles notar que un Tribunal que se componía en 1846 de dieciseis miembros, cuenta solamente con cuatro en la actualidad, uno de los cuales desempeña además las funciones de Juez de Paz en dos cantones (sin gozar por eso de doble sueldo). En cuanto a quienes se quejan de la lentitud de los procedimientos, no será inútil hacerles ver mediante pruebas que, a pesar de la reducción del personal, los juicios se desarrollan con mayor rapidez que antaño.

Al respecto, no son tal vez los "Grandes Juicios de la Historia", los grandes asuntos políticos, cuyo estudio retrospectivo presenta el mayor interés. Hay que dedicarse al estudio de la técnica jurídica. Cómo se juzgaba en el pasado?, cómo se efectuaban las instrucciones?, etc.

La naturaleza de los asuntos dará lugar a útiles reflexiones: en cada época se han cometido crímenes y delitos que les eran propios (existe una repartición geográfica de los crímenes y delitos, que merecería también ser estudiada).

Las dificultades actuales no permitirán, sin duda, crear una Sociedad de Historia Judicial, ni menos aún publicar un boletín o una revista. Sin embargo, sería útil que, en cuanto sea posible, los Magistrados que se interesan al estudio de su profesión establezcan contactos entre ellos. Esta es la razón que nos ha aconsejado publicar el presente llamado".

C. Laplatte,
Vocal de la Corte de Apelación de Colmar (Francia)

La idea sugerida por este distinguido Magistrado nos ha parecido muy interesante. Esperamos poder iniciar, a partir de nuestro próximo número, la publicación de estudios sobre la vida y la obra de los Magistrados que se han distinguido especialmente en nuestro País y que merecen ser conocidos. El trabajo será lento y modesto, pero confiamos obtener las colaboraciones que solicitamos desde ahora.

J.K.M.

Algo Nuevo Sobre la Regla: "Nadie Puede Ignorar la Ley"

En 1906, el recordado Presidente Dereux, entonces juez suplente del Tribunal Civil de Laon, publicó en la prestigiosa *Revista Trimestral de Derecho Civil* un "Estudio crítico del adagio "Nadie puede ignorar la ley".

Este gran jurisconsulto, que tanto se preocupaba de la equidad como del derecho positivo, criticó intensamente los abusos motivados por una ciega y arbitraria aplicación de esta regla. Citemos algunas líneas de su artículo:

"La justicia y la verdad! Ciertamente, no es hacia ellas que nos conducirá el adagio... Admitir que nadie puede ignorar la ley, es, lógicamente, verse condenado en definitiva a dar soluciones inicuas, dejándose guiar por una ilusión voluntaria, por una especie de mentira que el jurista se hace a sí mismo".

Y el autor hace observar que, basándose sobre esta regla, se llega a crear un *homo juridicus*, tan diferente del hombre de la calle y aún del mismo hombre corriente, como lo es el *homo oeconomicus*.

La Corte de Colmar ya ha reaccionado contra la aplicación, demasiado generalizada, de esta regla, en una resolución del 12 de julio de 1960 (*Revista Jurídica de Alsacia*, 1960, pág. 278). Dice un considerando del fallo:

"Teniendo en cuenta que estas consideraciones jurídicas, han podido ser desconocidas por los inculpados y que éstos han podido creer legítimamente que locales vacíos, sin muebles, habían dejado de constituir un domicilio..."

Este considerando ha permitido a la Corte confirmar el fallo que declaraba no haber lugar a juicio y favorecer así a dos personas que habían ayudado a un padre de familia carente de vivienda para ocupar un local abandonado.

Pero he aquí algo mucho mejor: estando reunida en Sala Plena, la Corte de Casación ha considerado libre de responsabilidad, ya no a un ciudadano sin autoridad, sino a un Prefecto a quien se acusaba ante los Tribunales de una detención administrativa irregular e injustificada.

El fallo reconoce que todos los elementos del delito de secuestro arbitrario están acreditados, pero declara que siendo posible que el Prefecto haya podido ignorar la ley, falta la intención delictuosa. Dice el fallo:

"Si el Prefecto P. ha hecho uso de los poderes que le han conferido la Ordenanza y la Resolución mencionadas en un caso en el cual no eran

de aplicación estos textos, este error, sin embargo, no implica necesariamente que haya violado voluntariamente la ley al ordenar la detención de la señorita N."

Este fallo tiene fecha 20 de julio de 1962, pero es sólo recientemente que lo hemos conocido, pues ha sido publicado con bastante demora y únicamente en el "Recueil" de Derecho Penal (1963, pág. 284).

Todos los demás boletines y Revistas de Jurisprudencia se han abstenido de mencionarlo; ni siquiera ha sido publicado en el Boletín de las Resoluciones de la Corte de Casación. Es cierto que, en su número de abril de 1964, la "Jurisprudencia Automovilística" ha publicado algunos extractos del fallo (pág. 108), bajo la forma de una nota a otra Resolución de la Corte de Colmar, que lo había citado.

Se reconocerá, sin embargo, con nosotros, que merece una gran divulgación, ya que sometido a discusión, permite ser utilizado en provecho de terceros, además de quien ha sido favorecido por esta nueva jurisprudencia; si un Prefecto no es considerado culpable porque ignora la ley, con mayor razón podría descartarse la regla. "Nadie puede ignorar la Ley", cuando nos hallamos frente a un zapatero remendón.

C. Laplatte,
Vocal de la Corte de
Apelación de Colmar.

COMENTARIO

La ley no solamente regula las relaciones entre los hombres; también les da seguridad. Esta seguridad requiere el cumplimiento de la norma por todos los asociados y que, por lo tanto, les puede ser exigible. Pero si cada cual puede premunirse de la ignorancia para incumplir, es evidente que la exigibilidad de la norma fracasa, y con ella la existencia de todo el orden jurídico, porque si puede ignorarse una disposición legal de derecho privado, nada impide que pueda serlo también una de derecho público y hasta de orden constitucional.

La máxima de que "nadie puede ignorar la ley" no pretende crear un hombre abstracto. Pretende crear tan sólo las condiciones dentro de las cuales es posible vivir en sociedad bajo el amparo de la ley. Ni el hombre, ni la sociedad, ni la ley, son artificiales: el hombre no vive sino en sociedad, y la sociedad no puede subsistir sin la ley. Los tres se condicionan y aunque es evidente que ni la sociedad ni la ley existirían sin el hombre, es cierto también que el hombre no podría realizarse sin la sociedad ni la ley.

Si pudiera alegarse la ignorancia de la ley podrían ocurrir casos como los que menciona en su favor el señor Consejero Laplatte. Pero estos, a mi parecer, no son casos de ignorancia de la ley por los agentes absueltos; corresponden a una nueva interpretación dada por la Corte de Colmar, con la cual no estoy de acuerdo.

En efecto, cuando los que ayudan a un padre de familia sin vivienda a ocupar un local abandonado, son absueltos, porque "ha podido ser desconocida por los inculpados (ciertas consideraciones jurídicas, no mencionadas) y éstos han podido creer legítimamente que locales vacíos, sin muebles, habían dejado de constituir un domicilio..."; cuando hace eso, la Corte echa por tierra todo concepto sobre el derecho de propiedad y consagra una teoría de la derelicción en pugna con cualquiera teoría del dominio privado. Entrar a una casa y ocuparla sin permiso de su dueño es una acción que a toda conciencia se presenta al menos como reprobable. Ya el entrar a un terreno cercado aunque no esté cultivado preocupa al que lo hace, aunque sea momentáneamente. Puede decirse que no es necesario siquiera conocer la ley para saber que se infringe un deber moral al ocupar una casa ajena?

Pues con igual derecho podría decirse que hallándose un automóvil con las llaves puestas en medio de un camino y teniendo que seguir a pie, ignorando la ley y creyéndolo abandonado, lo tomaron para continuar su viaje y tener comodidad.

Mas el otro caso citado es peor. Se trata de un fallo de la Corte de Casación adoptado en Sala Plena que libera de responsabilidad a un Prefecto acusado de detención arbitraria por violación voluntaria de la ley. El autor del artículo encuentra que en este caso se declara que el Prefecto ha podido ignorar la ley. Desde luego que la Corte afirma un error de aplicación de ésta y no una aplicación dolosa, lo que es diferente, porque lo sometido a su conocimiento, según parece del texto de la parte de la resolución publicada, es un caso de abuso de autoridad lo que, según la Corte, no ha ocurrido. Pero admitiendo que se trate de ignorancia de la ley, ésta sería una ignorancia inexcusable. Y no sólo inexcusable, sino monstruosa porque el Prefecto, suponemos que en todo Derecho Público, es el representante del Estado y no puede ese funcionario ignorar la ley.

La divulgación que pretende el autor del artículo comentado merece por cierto una apostilla mejor que ésta muy sucinta y muy apresurada.

I. B. F.

BIBLIOGRAFIA

"NOCIONES DE DERECHO PROCESAL Y COMENTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES", por el Doctor **REMIGIO PINO CARPIO**.— Desde el año 1961, se viene publicando la obra titulada, *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles*", cuyo autor es el doctor Remigio Pino Carpio, Vocal de la Corte Superior de Justicia del Callao.

La obra en referencia, según afirmación del autor, va a constar de cinco tomos, de los que ya se han publicado tres, encontrándose el cuarto en preparación.

La importancia de este tratado es de indiscutible evidencia. Este acerto no es sólo del que escribe esta nota bibliográfica, sino es el consenso general de jueces y abogados, de catedráticos y estudiantes de derecho. Las obras que han precedido a la del doctor Remigio Pino Carpio, así como sus contemporáneas, no tienen el desarrollo ni emplean el método con el que se desenvuelve la que nos ocupa.

En primer término, en ésta hay doctrina, comentario, interpretación y crítica; y, en segundo, encontramos versación, técnica y afán de que se devuelva al Código de Procedimientos Civiles, el espíritu que informa a sus instituciones y a su articulado, y se corrijan los vicios y corruptelas que no sólo atentan contra su bondad y sabias disposiciones, sino que alargan la duración de los juicios y enmarañan el procedimiento.

A no dudar, el doctor Pino Carpio ha volcado en su obra sus dotes de abogado, su experiencia de magistrado, su espíritu de justicia, y el esfuerzo del hombre que ha hecho del trabajo su ideal, con todo lo que no sólo ha enriquecido brillantemente nuestra bibliografía jurídica, sino que ha prestado un positivo beneficio, ya que su obra es muy útil para todos.

JUAN ARCE MURUA

OBJETIVO DE LA POLITICA TRIBUTARIA NACIONAL.—Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.—Lima 1964; por **MANUEL BELAUDE GUINASSI**.—

Nuestro Catedrático de Derecho Tributario, Secretario del Instituto Peruano de Derecho Tributario y Miembro del Instituto de Derecho Tributario Latino Americano y del Comité Permanente de Derecho Fiscal de la Federación Inter-Americana de Abogados, acaba de publicar un interesante trabajo sobre los objetivos de la Política Tributaria. En ella precisa los alcances de los conceptos de política financiera, presupuestal, objeti-

vos y metas, señalando los problemas que plantea la tributación y sus fines, concluye indicando cual es el moderno planteamiento de principios financieros puros que deben informar una modificación tributaria. En un segundo aspecto del trabajo se refiere a la aplicación de éstos principios en América Latina y al sistema nacional para concluir haciendo un examen exhaustivo de los rendimientos de recaudación de los impuestos de los últimos 5 años, presentando una serie de cuadros para demostrar las conclusiones más interesantes de incremento y de rendimiento de algunos impuestos. Finaliza su estudio abogando por la necesidad de la formación de una conciencia de moral tributaria nacional que fundamenta en antecedentes bíblicos.

El trabajo en sí es un esfuerzo de síntesis y de presentación objetiva de problemas y soluciones, bien sustentado en los modernos planteamientos de Heinz Haller, Maurice Lauré, Sáinz de Bujanda y otros autores Contemporáneos sobre temas de política financiera.

R. D.

Crónica del Claustro

CONSEJO SUPERIOR.—El Consejo Superior de la Pontificia Universidad Católica está actualmente integrado en la siguiente forma: Rector Rdmó. Padre Felipe E. Mac Gregor, S.J.; Pro-Rector: Sr. Dr. Víctor Andrés Belaúnde; Vice-Rector: Sr. Dn. Hipólito Larrabure Price; Representante del Gran Canciller: Sr. Dr. Ernesto Alayza Grundy; Representante de la Congregación de los Sagrados Corazones: Rdo. Padre Lázaro Rouy, SS. CC.; Decanos: de Teología: Rdo. Padre Ulpiano López, S.J., de Letras: Dr. Jorge del Busto Vargas; de Derecho: Dr. Jorge Avendaño Valdez; de Ingeniería: Ing^o Ricardo Rey Polis; de Ciencias Económicas: Ing^o Numa León de Vivero; de Educación: Rdo. Padre Antonio San Cristóbal C.M.F., de Agronomía: Ing^o. Luis Alayza Grundy, de Ciencias Sociales: Rdo. Padre Luis Velaochaga, S.J.; Consejero: Srta. Dra. Matilde Pérez Palacios, Secretario General: Dr. Ernesto Perla Velaochaga.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO.—El Consejo Directivo de la Facultad está actualmente constituido por los siguientes: Decano: Dr. Jorge Avendaño Valdez; Miembros del Consejo: Dres. Carlos Rodríguez Pastor, Francisco Velasco Gallo y Héctor Cornejo Chávez; Secretario: Dr. Javier Kiefer-Marchand.

NUEVO DECANO.—Para reemplazar al Dr. Raul Ferrero, por haber vencido el período para el cual había sido elegido, fue designado el Dr. Jorge Avendaño Valdez, quien asumió el cargo en ceremonia especial realizada el 3 de Julio en el Salón de Actos de la Universidad. Concurrieron a esta ceremonia el Rector, los Miembros del Consejo Superior, Catedráticos y alumnos de la Facultad de Derecho. En esa ocasión el Dr. Raúl Ferrero dió lectura a la correspondiente Memoria de las actividades realizadas durante su Decanato. Luego prestó juramento el nuevo Decano, Dr. Jorge Avendaño, terminando el acto con las palabras del Rector, Rdmó. Padre Felipe E. Mac Gregor S.J. Publicamos más adelante el texto del discurso pronunciado por el Doctor Avendaño.

El Doctor Jorge Avendaño Valdez es Abogado y Doctor en Derecho, graduado en nuestra Facultad y, desde hace varios años desempeña la Cátedra de Derecho Civil, (Derechos Reales), de la que es Titular.

CATEDRATICOS FALLECIDOS.—El 14 de Julio último, falleció repentinamente, al salir del Palacio de Justicia, el antiguo Decano de nuestra Facultad Doctor Luis Echecopar García, quien desempeñó durante largos años la Cátedra de Derecho de Sucesiones. Recientemente había sido designado Catedrático Emérito de la Facultad y era Miembro del Consejo de

Gobierno de la Universidad Católica. Desempeñó, durante la gestión del Doctor Bustamante y Rivero, la Cartera de Hacienda y Comercio. La muerte del Doctor Echeopar García ha sido profundamente lamentada en nuestro claustro. El notable Maestro —autor de dos obras importantes: Derecho de Sucesiones y Régimen Legal de Bienes en el Matrimonio—, era muy querido y las enseñanzas de su vida ejemplar no se han de olvidar.

Durante el segundo semestre fallecieron dos antiguos Catedráticos de nuestra Facultad: el Doctor Alberto Ballón Landa, quien dictó hace muchos años, el curso de Economía Política; y el Doctor Efrén Posadas Amaya, quien desempeñó durante algún tiempo la Cátedra de Derecho Minero.

A los familiares de estos antiguos y apreciados colaboradores de la Facultad, enviamos nuestro más sentido pésame.

NUEVOS CATEDRATICOS.—Nos ha sido muy grato que el Dr. Felipe Osterling Parodi haya aceptado volver a nuestra Facultad. Ha dictado este año la Cátedra de Derecho Civil: Obligaciones.

El Dr. Luis Echeopar Rey inició el dictado del curso de Derecho Civil (Personas), que tuvo que interrumpir por motivos personales.

Hemos lamentado la renuncia del Dr. Luis Fuentes Villarán, cuyas ocupaciones le impidieron seguir dictando el curso de Derecho Internacional Privado. El Doctor Roberto Mac Lean Ugarteche fue designado para ocupar dicha Cátedra.

También han sido nombrados Catedráticos Asociados los Dres. Federico Zegarra Garnica (Derecho del Trabajo-2do. Curso) y Carlos Boza Vega-León (Derecho Rural) y como Catedráticos Auxiliares los Dres. César A. Mansilla (Derecho Procesal Civil-1er. Curso), Octavio Cabero (Derecho Marítimo) y Carlos Espinoza (Derecho Penal - 1er. curso).

CATEDRATICO: Dr. Manuel Belaúnde G. Con fecha 4 de Setiembre de 1964 se otorgó al Catedrático Dr. Manuel Belaúnde Guinassi, la Condecoración de las Palmas Magisteriales del Perú en el grado de Comendador.

El citado Catedrático fue designado Vice-Presidente de la Reunión Preliminar Organizativa de Asistencia Recíproca de Empresas Petroleras Estatales de Latino América, que tuvo lugar en Buenos Aires, Conferencia a la que concurrió presidiendo la Delegación del Perú.

En el mes de Enero concurrió al Congreso de Educadores Católicos que se reunió en Quito, especialmente invitado por CIEP en su calidad de ex-Presidente de UNIP.

En el mes de Mayo asistió a la reunión de la Comisión Asesora de Asuntos Monetarios del Comité de ALALC en Montevideo, integrando la Delegación Peruana.

El 31 de Julio, como invitado de Honor de la Novena Junta General del Consorcio de Colegios de la Iglesia, corrió a su cargo el discurso inaugural.

ALUMNOS MATRICULADOS EN 1964.—En el año 1964 se matricularon 445 alumnos, repartidos de la siguiente manera: 1er. Año: 126; 2do. Año: 90; 3er. Año: 107; 4to. Año: 66; y 5to. Año: 56.

CENTRO FEDERADO DE DERECHO.—El Centro Federado de Derecho, presidido por el Sr. Ramón Pérez Prieto, del Tercer Año, está integrado de la siguiente manera: Vice-Presidente: Sr. Alfredo García Mesinas; Fiscal Sr. Luis Hernández Berenguel; Secretario: Sr. José Allemant. Los Delegados de los demás años son los siguientes: Primer año: Sres. Luis de la Flor y Héctor Marisca. Segundo año: Sres. Jack Bigio y Jaime Thorne. Tercer año: Sres. Carlos Desmaison y Alfredo García Mesinas. Cuarto año: Sres. Javier Cavero E. y Germán Stiglich. Quinto año: Srta. Violeta Cáceres y Sr. Alfredo Pérez Bonani.

CENTENARIO DEL PRIMER CONGRESO AMERICANO DE LIMA (1864).—Para celebrar este Centenario, el Gobierno constituyó una Comisión, presidida por el Primer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Fernando Schwalb López Aldana. Esta Comisión de la cual formaron parte, entre otros, los Decanos de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dres. Guillermo García Montufar y Jorge Avendaño Valdez, resolvió organizar una actuación académica conjunta de las Facultades, la que se llevó a cabo en nuestro Salón de Actos, el 25 de Noviembre de 1964.

Concurrieron los Rectores de las Universidades de San Marcos, Dr. Mauricio San Martín, y Católica, Padre Mac Gregor S.J., el Representante del Canciller, Embajador Bolívar Ulloa, el Dr. Jorge E. Castañeda en representación del Decano de la Facultad de Derecho de San Marcos (quien había tenido que ausentarse), representantes Diplomáticos, Catedráticos y estudiantes de Derecho.

El Decano Doctor Jorge Avendaño Valdez, inició el Acto pronunciando palabras alusivas al Centenario que se celebraba. Luego el Dr. Vicente Ugarte del Pino, Catedrático Titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pronunció un discurso a nombre de esa Facultad.

El Catedrático Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Dr. Raúl Ferrero, lo hizo a nombre de nuestra Facultad.

El texto de estos discursos será publicado oportunamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores, junto con la reseña de los demás homenajes realizados por el mismo motivo.

CONFERENCIAS.—Entre los Catedráticos extranjeros que gentilmente ofrecieron conferencias en nuestra Facultad mencionaremos al Doctor Adolfo Gelsi Bidart, de la Universidad de Montevideo, quien disertó sobre problemas de Derecho Procesal Civil; y al Doctor José Achard, Ministro de la Corte de Apelaciones de Montevideo, y Asesor del Instituto Interamericano del Niño, quien trató de los nuevos "Aspectos de la Protección Legal de los Menores".

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JORGE AVENDAÑO V.
AL ASUMIR EL DECANATO DE LA FACULTAD**

Reverendo Padre Rector,
Señores Decanos,
Señores Catedráticos,
Señores Alumnos de la Facultad,
Señoras y Señores:

Agradezco al Dr. Raúl Ferrero, maestro y amigo, sus elogiosas palabras de saludo; y me apresuro a pedir excusas por comenzar con reflexiones que atañen lo personal.

Si bien la toma de posesión y el ejercicio del Decanato son hechos que a todos honran y satisfacen, en el caso muy particular de quien les habla concurren circunstancias que me atrevo a calificar de especiales.

En primer lugar, se trata del Decanato de esta querida Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, en la que tuve el honor de formarme y a la que tengo la satisfacción de dedicar mis mejores y más entusiastas momentos. A ella me liga una vinculación ininterrumpida de cinco años de estudios y ocho de docencia; y en ella he encontrado la oportunidad y el medio para inculcar en otros la ciencia del Derecho de acuerdo a los principios que aquí se me enseñaron y en los que creo sin reservas.

En segundo término, ocurre que me toca dirigir la Facultad cuando buen número de mis maestros en estas mismas aulas, ocupan con el mismo entusiasmo sus cátedras de entonces. Entre ellos se encuentra —rara y gratísima circunstancia— quien ha sido y es maestro de mi vida. A todos ellos les pido —y aún cuando no lo hiciera estoy seguro que me lo brindarían— su consejo valioso y su colaboración franca.

Tan honroso encargo impone, sin embargo, graves e ineludibles responsabilidades. El hombre de leyes ejerce una gravitación de dimensiones nacionales que no se discute. Su participación en la marcha y el progreso del país es y seguirá siendo de primer orden. El Abogado legisla en las luminosas sesiones de las Cámaras, administra justicia en el severo recinto de los Tribunales, promueve un orden social mejor y más justo en su diario quehacer profesional; en definitiva, interviene en la producción, conservación y mejoramiento del Derecho. Esta actividad no es, como pudiera pensarse, más o menos pasiva o contemplativa. Como dice el ilustre

Ihering, el derecho es trabajo jamás interrumpido, y no un trabajo que sólo interesa al poder del Estado sino también a cada individuo en particular. El derecho es lucha. Agitación y trabajo incesante de toda una nación, espectáculo idéntico al de la actividad nacional en el campo de la producción económica e intelectual. El jurista participa de ese trabajo nacional y aporta su pequeño tributo a la realización de la idea del derecho sobre la tierra.

En la formación de estos juristas estamos empeñados en las Facultades de Derecho. De la importancia y trascendencia de la finalidad se infiere la grave responsabilidad de quienes proveemos a los luchadores en la causa de la justicia. De aquí se sigue la necesidad ineludible de agotar nuestros esfuerzos para que esa formación sea la más idónea, la más conforme con los ideales y postulados que informan esta Universidad Católica.

No debemos olvidar que la *cátedra* es la unidad docente en que profesores y alumnos colaboran en la adquisición de los conocimientos propios de la disciplina. A esa colaboración constante y armónica debemos apuntar. Por esto llamo a reflexión tanto a profesores como a alumnos. Hagamos de la Universidad una participación activa de maestros y discípulos para que en comunión constante de ideales y objetivos procuren un mayor conocimiento del derecho y la más justa aplicación de las normas, todo ello encaminado a la consecución del bien común.

"Creo, dijo Jiménez de Asúa en vibrante conferencia pronunciada en Buenos Aires, que una Universidad digna de tal nombre, tiene que investigar". A esta tarea debemos abocarnos estimulando la formación de pre-seminarios y seminarios. Ambas son unidades sucesivas que necesariamente se complementan. La primera dedicada a habilitar al alumno en el manejo de las fuentes de conocimiento del derecho, especialmente textos legales, bibliografía y archivos de jurisprudencia; y la segunda consagrada al ejercicio de los métodos de la investigación jurídica mediante el empleo de los conocimientos adquiridos en el pre-seminario.

En lo que toca al curriculum que se sigue en nuestra Facultad, nos honra destacar que en la Conferencia de Facultades de Derecho del Perú celebrada en Trujillo el año último, se dejó constancia expresa de que nuestro plan de estudios es el que más se ajusta a las normas aprobadas en las Conferencias de Derecho de Latinoamérica celebradas en México, Lima y Santiago. Nos hemos preocupado, siguiendo la pauta establecida en la primera de dichas Conferencias, de que la enseñanza se oriente a procurar un adecuado equilibrio en la trasmisión de conocimientos teóricos y prácticos, con miras a formar, al mismo tiempo, el profesional y el jurista. Sin embargo, impulsados por un sano afán de superación que estoy seguro comparten mis compañeros de claustro, ambicionamos seguir el ejemplo de algunas Facultades de Derecho de Universidades Católicas de Latinoamérica, revisando la actual distribución de las materias. Con este propósito, se piensa proponer al personal docente un amplio cuestionario destinado a obtener información del criterio existente sobre los más importantes problemas universitarios. A la luz del resultado de esta encuesta, atendiendo a las recomendaciones de las Convenciones de Facultades de Derecho de Latinoamérica y a los ineludibles objetivos de nuestra Universidad, se

procederá a elaborar la crítica del plan vigente y se propondrán las reformas que resulten necesarias.

Entendemos que la labor de la Facultad no concluye con la dación de títulos de Abogado. Ella debe ir más allá a la formación de juristas, entre éstos sus futuros docentes. Es por ello urgente la necesidad de impulsar con vehemencia la sección doctoral. El país reclama la existencia de cursos post-graduados, y por esto ellos han de merecer la más severa y preferente atención.

El pedido de colaboración no puede circunscribirse únicamente a los maestros de la Facultad. Se extiende al alumnado, de quien depende también el nivel académico del claustro. El aporte de los alumnos se incrementará en la medida en que estudien más y revelen mayor contracción al cumplimiento de sus obligaciones. Una más frecuente consulta de las obras que enriquecen la bibliografía jurídica universal, será no solamente garantía de una mejor formación, sino también un acicate para sus profesores. Cito, a este respecto, las palabras del recordado Manuel Vicente Villarán en una arenga pronunciada a los estudiantes: "El más útil consejo que podemos dar hoy a la juventud es sencillamente éste: trabajad más. Alumnos universitarios peruanos, hijos de un país ávido de hombres útiles y fuertes, no olvidéis que toda gran empresa, toda vida fecunda, requiere previo entrenamiento, largo estudio de privación y dolor".

HOMENAJE AL DOCTOR RAUL FERRERO

La Promoción que termina sus estudios este año ha adoptado el nombre del Doctor Raúl Ferrero, quien fuera Decano de la Facultad de Derecho de 1960 a 1964. Con este motivo organizó varias actuaciones, habiendo colocado una placa conmemorativa en el hall de la Facultad, con los nombres de sus integrantes.

Publicamos el texto de las palabras que pronunció a nombre de los Catedráticos de la Facultad el Sr. Dr. Juan Arce Murúa, durante el banquete que días después fue ofrecido al Doctor Ferrero por los alumnos de la Universidad y al cual concurrieron el Rector, Rdm. Padre Felipe E. Mac Gregor, S.J., el Decano Doctor Jorge Avendaño Valdez y numerosos Catedráticos de la Facultad.

Señor Rector, Señor Doctor Raúl Ferrero, Señor Decano de la Facultad, Señores Catedráticos, Señores Alumnos.

Con singular agrado asistimos esta noche los profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a esta comida que en homenaje a nuestro ex-Decano han organizado los alumnos de la Facultad. Digo con singular agrado, porque la reunión que nos congrega tiene significación esencialmente espiritual que es necesario relieves.

Han sido los alumnos de la Facultad quienes, adelantándose a un sentimiento unánime de aprecio y reconocimiento, han querido testimoniar al Doctor Raúl Ferrero, su más cordial y sincero afecto. Y cuando los estudiantes tienen fina sensibilidad, de captar un sentimiento que fluye, como un fenómeno de ambiente en nuestra vieja casa de la calle Lártiga, es sin duda, porque quien es objeto del homenaje, tiene como hombre, como profesional y como maestro universitario, los méritos más destacados que lo hacen digno de la gratitud de toda una Facultad.

La Universidad ha sido definida como una asociación de maestros, alumnos y graduados congregados para estudiar, investigar y propagar todo lo relativo al conocimiento humano, con el propósito de que la colectividad alcance mayor provecho espiritual y material. Si así entendemos lo que es en esencia la Universidad, con cuanta satisfacción podemos expresarles a los alumnos, que los profesores en la Facultad buscamos esas metas, y encaminamos nuestros esfuerzos a conseguir tan nobles y elevados fines.

Es ese el espíritu de nuestra Casa.—De esa pobre, antañona pero millonaria residencia. Pobre en cuanto recursos materiales, pero muy poderosa en cuanto a recursos espirituales que es necesario desarrollar en la mejor forma posible.

Cuando son los estudiantes, legítimos herederos de toda una tradición que tiene ya cerca de medio siglo, quienes rinden homenaje al que acaba de cesar como Decano, puede Ud. Doctor Ferrero sentirse orgulloso y muy comprometido. Muy orgulloso porque nobleza obliga, y Ud. ha hecho una tradición de nobleza dentro de la Facultad, enseñando la ciencia del Derecho, abriendo nuevos horizontes a la juventud y porque ha entregado Ud. lo mejor de su vida, más de treinta años, al servicio de la Universidad. Y muy comprometido, porque todos estamos seguros que seguiremos contando con vuestra indesmayable colaboración.

A nombre de los profesores de la Facultad, que me han honrado con este encargo, puedo decirle a los alumnos que nos sumamos muy complacidos a este homenaje, porque el Doctor Ferrero como Decano, es decir como autoridad, fué un magnífico colega, que supo armonizar a su cuerpo docente, dirigiéndolo con sagacidad, porque como maestro ha cumplido a lo largo de tres décadas una brillante tarea, y porque como Miembro del Consejo Superior de la Universidad ha sido un colaborador de indudables kilates.

EL DOCTOR LUIS ECHECOPAR GARCIA (*)

La desaparición de Luis Eche copar García es la pérdida de un jurista eminente, gloria de la Universidad y orgullo del país. En este homenaje que rendimos a su memoria participan el Estado, que reconoce en él a su ex-Ministro y asesor, las instituciones docentes y gremiales de que fué miembro y colaborador y las gentes todas que gozaron de su asesoría profesional o simplemente de su amistad. A este homenaje múltiple y sincero se suma por mi intermedio la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

Puede exhibirse la vida de Eche copar como un magnífico modelo para todos cuantos sienten el fuego sagrado del amor al Derecho. Luego de cursar estudios en el Colegio de los Sagrados Corazones de la Recoleta, optó el título de Abogado en 1930, es decir cuando contaba 24 años de edad. Ya en eso entonces estaba vinculado al Estudio del Dr. Manuel Vicente Villarán, del que formó parte de inmediato y en el cual ejerció su profesión durante veinte años. En esa cuna de maestros, al lado del propio Villarán, Gallagher, Marisca y Quesada, Luis Eche copar se formó como un jurista sensible y acucioso, rigurosamente prolijo y celoso en el cumplimiento del deber profesional. De él se pudo decir que tuvo esa rara "sensación de la justicia" que distingue a los espíritus selectos, a los juristas innatos. Sin embargo —y esto también es un elogio— Eche copar no fué tan sólo jurista sino además Abogado. Hombre de foro, acostumbrado a abogar de diario en defensa del derecho de sus patrocinados, Eche copar rindió tributo a esa pasión en la hora postrera de su vida. Su último pedido, su anhelo final fué en procura del derecho ajeno. Un informe oral ante la Corte Suprema de la República fué la terminación simbólica de quien dedicó su vida a ejercer tan noble menester.

Eche copar tuvo una relievante actuación en la docencia universitaria. Quien sintió y vivió tan hondamente las disciplinas jurídicas, no podía satisfacerse con solamente hacerlas suyas. Provisto de un espíritu alturado y generoso, Eche copar ejerció la cátedra universitaria durante años, con la misma pasión y desinterés que fueron norma de sus actos. El Libro de Sucesiones de nuestro Código Civil fué la materia principal de sus lecciones. Eche copar fué un expositorio claro, ordenado, conciso. Sin recurrir a la oratoria recargada, instruyó a sus alumnos con sencillez y riguroso orden lógico. Analizó con meticulosidad las disposiciones del Código y dió siempre su opinión meditada y razonada.


La docencia universitaria de Eche copar tuvo dos cristalizaciones. La primera, la edición de sus obras "Derecho de Sucesiones" y "Régimen legal de Bienes en el Matrimonio", significó no solamente una guía inapreciable para los estudiantes, sino también una valiosa fuente de consulta para

(*) Palabras que el Decano de la Facultad Dr. Avendaño se proponía pronunciar en el sepelio del Doctor L. Eche copar García. La familia de este último prefirió que se evitaran los discursos en esa ocasión. Las publicamos como homenaje a la memoria de nuestro antiguo Decano.

abogados y magistrados; y la segunda, su nombramiento como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, durante los años 1951 a 1953, importó para la Facultad la oportunidad de contar con la colaboración inmediata y empeñosa de uno de sus más distinguidos maestros. En reconocimiento por los valiosos servicios prestados a la causa de la enseñanza, el Dr. Eche copar fue nombrado recientemente Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad.

Hombres de la selecta especie de Eche copar no abundan por desgracia. Dotado especialmente para estudiar, ejercer y enseñar la ciencia del Derecho, fué también un hombre contraído al trabajo, honrado consigo mismo y con los demás en el más riguroso sentido de la palabra. Su valor superior no es sólo el de sus producciones y enseñanza, sino sobretudo el de la luz que guía, el de la sugestión que eleva con el espectáculo admirable de vidas entregadas con pasión y por entero a la tarea de que el Derecho rija entre los hombres. A la Universidad le toca recoger esa luz, levantarla con orgullo hasta lo más alto y exhibir el hondo significado de esta existencia fructífera. En la vida de Eche copar encontrarán las jóvenes generaciones un ejemplo permanente de lo que es profundidad y claridad de concepto, vocación plena y sin reservas, modestia y sencillez en las actitudes, calidad indiscutible en la enseñanza y el ejercicio de las disciplinas que cultivó.

Doctor Eche copar, descanse en paz.



FERNANDO ARIAS-SCHREIBER MORENO

Ayer, asistí al sepelio de Fernando Arias-Schreiber Moreno, un joven que había sido un estudiante brillante y que iba a iniciar una carrera promisoriosa.

Su padre, su hermano, numerosos amigos, compañeros de estudios—del Colegio y de la Universidad—, jefes y compañeros de trabajo, amigos de su familia.

Que tristeza en todos los semblantes, que silencio: los jóvenes pensaban, sin duda, que uno de ellos podía haber sido; recordaban su amistad, su gentileza, y cuando hablaban, en voz baja, eran alabanzas para su compañero que los había precedido en forma tan sorprendente, tan inesperada. La muerte de un joven impresiona más que la de un hombre maduro o la de un anciano!

"Que injusticia!", me decía uno de sus amigos. "Ha muerto el mejor de nosotros! "Era cierto; pero olvidaba, por unos instantes, que Dios no es injusto; que no puede serlo. Era, sin embargo, la espontánea e inconsciente rebelión de un creyente, porque es triste la muerte, cuando se inicia la vida!

En cambio, hé asistido al sepelio de hombres ya cerca de la ancianidad, de hombres que habían a veces desempeñado cargos importantes. Que distinto! Muy pocos concurrían, generalmente, por verdadera simpatía; la tenían, tal vez muchos, solamente porque había dejado de existir.—Unos asistían para cumplir con un deber, otros por hacerse notar por algún motivo. Pero, solamente la familia y contados verdaderos amigos lo sentían realmente. Esto es, sin duda, muy triste. Muy pronto, olvidaban lo que esos hombres habían hecho durante su vida, los servicios prestados. Pensaban que se había ido para siempre, y, al salir del Cementerio, ya comenzaba el olvido, si habían logrado cumplir con este último deber de la "amistad".

Los jóvenes tienen más sentimiento, cuando uno de ellos los deja. Su amistad ha sido reciente, más sincera, alejada de los intereses mesquinos, de las competencias que crean resentimientos.

Por eso, es a veces mejor morir joven. Se piensa en lo que pudo haber sido, en las esperanzas defraudadas. Por eso es que más se siente la muerte de un joven. El mundo es así. Tal vez, es justo, porque la juventud es más desinteresada, más idealista, más limpia. Está aún en los umbrales de la vida y, al ponerle un término, hay que creer que Dios haya querido evitarle una vida que no merecía vivir, por los disgustos, los males que le esperaban y que no podemos sospechar, pero que El conoce. A veces, los buenos mueren, por eso, en plena juventud!

Los que fueron sus amigos, y han sido muchos, no lo olvidarán jamás.

Lima, 5 de Junio de 1964.

Javier Kiefer-Marchand

Nota: El Sr. Fernando Arias-Schreiber Moreno perteneció a la Promoción 1963. Era Bachiller en Derecho. Pocos días antes de optar el título de Abogado y de viajar a Europa como Vice-Cónsul del Perú en Ginebra, fué víctima de un accidente automovilístico.

LABOR SOCIAL DE LOS ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Comas, 30 de noviembre de 1964.

Revdo. Padre Felipe Mac Gregor S. J.
Rector de la Universidad Católica

Lima.

Reverendo Padre Rector:

Me es muy grato manifestar mi profunda gratitud a la Universidad Católica por los trabajos realizados por los Estudiantes de la Facultad de Pedagogía y de la **Facultad de Derecho** en la Parroquia de Nuestra Señora de la Paz en Comas que tengo a mi cargo.

Los Estudiantes de la Facultad de Pedagogía han venido con perseverancia a dictar cursos de alfabetización y de educación primaria todas las noches en los locales del Colegio Industrial Parroquial y **los estudiantes de Derecho han atendido casos de su competencia todos los sábados en los locales del Centro Médico Parroquial**. Ambos grupos han participado al mejoramiento del bienestar moral y material del pueblo de Comas por sus abnegados esfuerzos y a la vez han dado un testimonio de presencia y de interés para compartir los problemas que afectan a los hogares de Comas.

Los pobladores de Comas aprecian profundamente este aporte de los Universitarios de la Católica y me hago su intérprete para presentar los más sinceros agradecimientos. A la vez me permito expresar votos para que el próximo año de 1965 traiga nuevamente a los estudiantes de la Católica para seguir y aún ampliar más sus esfuerzos a favor de las clases populares del Perú.

Atte. y ss. en Cristo.

(Fdo.) Andrés Godin O. M. I.
PARROCO

PADRES OBLATOS
Parroquia Nuestra Señora de la Paz
C O M A S.

Grados de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas

AÑO: 1964

- Abril 18.—VALENTIN COQUIS, Jesús,
Tesis: "El Contrato de Opción".
- Abril 25.—GAMIO FERREYROS, Nita,
Tesis: "La Compensación por tiempo de servicios no debe perderse por ninguna causa".
- Abril 27.—MONTAGNE VIDAL, Alberto,
Tesis: "La Solución Pacífica de las Controversias Internacionales, según la Carta de las Naciones Unidas".
- Mayo 11.—MOREYRA FERREYROS, Luis,
Tesis: "El Impuesto Complementario de Tarifa Progresiva en el Perú".
- Mayo 23.—FARIÑA TWEDDLE, Francisco,
Tesis: "Informe que justifica la implantación del Peaje y la creación de las Juntas de Beneficio Público en el Perú".
- Mayo 23.—GIRALDEZ OLIVERI, Carlos F.
Tesis: "Sobre la Procedencia del Castigo a Capitales Intangibles dentro del Régimen Impositivo a las Utilidades".
- Mayo 23.—ARIAS-SCHREIBER MORENO, Fernando,
Tesis: "Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno".
- Mayo 29.—ALVARADO BERCKEMEYER, Gustavo,
Tesis: "El Mar Peruano y la Conferencia de Ginebra".
- Junio 6.—GALVEZ AREVALO, Adriana I.
Tesis: "Los Derechos Patrimoniales de la Mujer Casada en el Código Civil Peruano".
- Junio 9.—SOUSA MOREYRA, Ernesto,
Tesis: "El Impuesto Predial en el Perú".
- Junio 12.—TEALDO GUIDO, José,
Tesis: "El Fuero Unico de Trabajo en el Perú".
- Junio 20.—VILLA-CORTA VASQUEZ DE VELASCO, Olga,
Tesis: "Naturaleza Jurídica de la Extradición".
- Junio 20.—ALTHAUS GUARDERAS, Miguel de
Tesis: "Presupuestos Funcionales".

- Junio 26.—FORT MARIE, Fernando,
Tesis: "Función de los signos valorados en la percepción de los Tributos".
- Junio 27.—SALAZAR de VILLARAN, Lily,
Tesis: "Naturaleza Jurídica del Arrendamiento de Minas y su regulación en la Ley Peruana y en la Legislación Comparada".
- Julio 4.—FLORES, POLO, Pedro-Antonio,
Tesis: "Consideraciones Jurídicas sobre el Derecho de Huelga".
- Julio 4.—PALACIOS SOLSOL, Antonio,
Tesis: "El Análisis de Sangre como Prueba Pericial excluyente en la imputación de la Paternidad".
- Julio 7.—SILVA Y SILVA, Rosa-Esther,
Tesis: "La Zona Marítima en la que el Perú ejerce Jurisdicción especial".
- Agosto 22.—RAMIREZ SEMINARIO, J. Gustavo,
Tesis: "Derechos Reales en la Minería del Perú".
- Agosto 24.—HEROS PEREZ-ALBELA, Alfonso de los
Tesis: "El Control de las Sociedades Anónimas".
- Agosto 28.—AROSEMENA FERREYROS, Geraldo,
Tesis: "La Transacción en nuestro Derecho Civil y Procesal Civil".
- Agosto 31.—MONTROYA MAVILA, José-Luis,
Tesis: "La Teoría del Abuso del Derecho y el Código Civil Peruano de 1936".
- Setiembre 2.—BARCO MASSA, Fernando,
Tesis: "Aspectos de la constitución de la Sociedad Anónima en el Perú".
- Setiembre 19.—BALBUENA LOPEZ-ALFARO, Julio,
Tesis: "El Status Jurídico de los Cónsules: inmunidades y privilegios".
- Setiembre 19.—ESCUADERO ORTIZ DE ZEVALLOS, Xavier,
Tesis: "La Solución Jurídica Internacional en el Litigio Peruano-Colombiano sobre Asilo".
- Setiembre 26.—MEDRANO CORNEJO, Humberto,
Tesis: "Facultad de Fallo para los Jueces Instructores".
- Octubre 2.—BIEBERACH MELGAREJO, Carlos F.
Tesis: "Estructura de un Estado Corporativo Cristiano".
- Octubre 3.—CARREÑO CARRILLO, José,
Tesis: "La Pena de Muerte y su Abolición".
- Octubre 7.—NAVARRO GRAU, Juan,
Tesis: "Títulos-Valores".
- Octubre 8.—VASQUEZ GALVEZ, M. Alfredo,
Tesis: "El Delito de Violación del Secreto de la Correspondencia en el Código Penal Peruano".
- Octubre 10.—BARCO SARAVIA, Javier,
Tesis: "Consideraciones sobre el Usufructo Legal".

- Octubre 10.—QUIROGA GUERINONI, Guillermo,
Tesis: "Evolución del Concepto de Soberanía de los Estados en relación a las Nuevas Formas de Vida Internacional".
- Octubre 10.—RUIZ SOBERO, Benjamín,
Tesis: "Los Poderes del Estado en el Sistema Constitucional Peruano".
- Octubre 13.—SANABRIA CARCAUSTO, Teresa,
Tesis: "Consideraciones sobre los plazos de Ocupación de Inmuebles".
- Octubre 17.—RINCON MONROY, Alberto,
Tesis: "El Derecho Penal Militar en el Perú".
- Octubre 19.—CALDERON BACA, Blanca-Martina,
Tesis: "El Delito de Infanticidio".
- Octubre 20.—CHICHIZOLA GUIMET, Carlos,
Tesis: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948".
- Octubre 20.—CORNEJO BRANDON, Carlos,
Tesis: "El Derecho de Representación en el Derecho Internacional".
- Octubre 21.—CORDOVA RIVERA, Clara F.
Tesis: "El Trabajo de los Menores en la Legislación Peruana".
- Octubre 23.—HURTADO MILLER, Alberto,
Tesis: "Algunas Consideraciones Jurídicas de la buena fé en la posesión de Inmuebles".
- Octubre 26.—RIVA ROSSI, Ruy de la
Tesis: "La Representación".
- Octubre 29.—LOPEZ TISSONI, Augusta,
Tesis: "La Condena Condicional".
- Octubre 30.—BECERRA VERASTEGUI, Gloria S.
Tesis: "La Conducta Antisocial del Menor y la Legislación Peruana".
- Octubre 30.—PAREJA LECAROS, Mario,
Tesis: "Los Registros del Estado Civil".
- Octubre 31.—URRUTIA CARRILLO, Antonio,
Tesis: "Principales Aspectos de la Reivindicación de Inmuebles en nuestra Legislación".

Títulos de Abogados

AÑO: 1964

Abril	25.—PALMA VALDERRAMA, Hugo-Ernesto,
Mayo	16.—ARANA NAVEA, Eduardo,
Mayo	16.—RECOBA CUZZI, José-Eduardo,
Mayo	30.—VALENTIN COQUIS, Jesús,
Mayo	30.—BALDARRAGO HERRERA, Miguel J.
Junio	6.—CAMPOS MIRO-QUESADA, Hernán,
Junio	13.—PRADO PASTOR, Javier,
Junio	27.—CARRILLO SAN ROMAN, Oscar,
Junio	30.—RODRIGUEZ-PASTOR MENDOZA, María
Agosto	12.—ALTHAUS GUARDERAS, Miguel de
Agosto	14.—ALVARADO BERCKEMEYER, Gustavo,
Setiembre	5.—MONTROYA MAVILA, José-Luis,
Setiembre	18.—HEROS PEREZ-ALBELA, Alfonso de los
Setiembre	30.—FORT MARIE, Fernando,
Octubre	3.—SALAZAR de VILLARAN, Lily,
Octubre	9.—VILLA-CORTA VASQUEZ DE VELAZCO, Olga,
Octubre	10.—SOUSA MOREYRA, Ernesto
Octubre	14.—MOREYRA FERREYROS, Luis
Octubre	15.—FLORES POLO, Pedro
Octubre	16.—SILVA Y SILVA, Rosa-Esther
Octubre	17.—AROSEMENA FERREYROS, Geraldo
Octubre	23.—ANTEPARRA GARCIA, Napoleón
Octubre	24.—GALVEZ AREVALO, Adriana I.
Octubre	24.—PALACIOS SOLSOL, Antonio
Octubre	26.—BIEBERACH MELGAREJO, Carlos F.
Octubre	27.—NAVARRO GRAU, Juan
Octubre	30.—BARCO MASSA, Fernando
Octubre	31.—RAMIREZ SEMINARIO, J. Gustavo
Octubre	31.—BARCO SARAIVIA, Javier
Octubre	31.—HURTADO MILLER, Alberto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Personal Docente

AÑO 1964

ALJOVIN SWAYNE, Javier
Economía Política
Carabaya 940—2º piso — Lima
Telf. 31020

ALVAREZ RAMIREZ, Fernando
Derecho del Trabajo
Camaná 780 — Lima
Telf. 76280

ARCE MURUA, Juan
Derecho Penal — 2do. Curso
Práctica de Derecho Procesal Penal
Corte Superior del Callao
Telf. 50792

AVENDAÑO HUBNER, Jorge (T.)
Medicina Legal
Unión 1042 — Lima
Telf. 46761

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (T.)
Derecho Civil: Derechos Reales
Derecho Registral
Huancavelica 139, Of. 507 — Lima
Telf. 79377

BADANI CHAVEZ, Rosendo (C.Em.)
Derecho Civil (Contratos)
Paseo de la República 123 — Lima
Telf. 85601

BARCO SARAVIA, Fernando
Derecho Minero
Camaná 370 — Lima
Telf. 83033

BARRIOS DE ORBEGOSO, Raúl
Derecho Tributario — 2do. Curso
Huallaga 320 — Lima
Telf. 70606

BARTRA, S. J., Enrique
Derecho Canónico
Azángaro 468 — Lima
Telf. 71925

BELAUNDE GUINASSI, Manuel
Derecho Tributario — 1er. Curso
Lampa 921 — Lima
Telf. 74711

BIELICH FLOREZ, Ismael (T.)
Derecho Civil: Acto Jurídico
y Obligaciones
Carabaya 1180 — Lima
Telf. 34908

BOZA VEGA-LEON, Carlos
Derecho Rural
Camaná 780 — Lima
Telf. 78630

BUSTO VARGAS, Jorge del (T.)
(con licencia)
Filosofía del Derecho
Esq. Zepita y Wilson — Lima
Telf.

CALLIRGOS, Benjamín
Contabilidad Mercantil
A. Miró Quesada 376 — Lima
Telf. 72563

CAMPRUBI ALCAZAR, Carlos
(con licencia)
Economía Monetaria y Bancaria
Junín 393 — Lima
Telf. 74705

CORNEJO CHAVEZ, Héctor (T.)
Derecho Civil: Familia
Derecho Civil: Sucesiones
Moquegua 205 — Lima
Telf. 79712

ESPINOSA, Carlos
Derecho Penal — 1er. Curso
Cuzco 245 — Lima
Telf. 83400

FERRERO, Raúl (T.)
Derecho Constitucional
Derecho Internacional Público
A. Miró Quesada 376 — Lima
Telf. 73332

GARCIA RADA, Domingo (T.)
(con licencia)
Derecho Procesal Civil — 1er. Curso
Palacio de Justicia — 2º piso — Lima
Telf. 23062

LEON BARANDIARAN, José (T.)
Derecho Civil: Contratos
N. de Piérola 530 — Lima
Telf. 32397

LEON MONTALBAN, Andrés (T.)
Derecho Comercial y Marítimo
Camaná 851, of. 1401 — Lima
Telf. 41767

LETTI COLMENARES, Roberto
Derecho Constitucional
Pasaje Olaya 139 — Lima
Telf. 77352

LOPEZ, S. J., R. P. Ulpiano (T.)
Moral Cristiana
Deontología Forense
Azángaro 468 — Lima
Telf. 71925

MAC LEAN UGARTECHE, Roberto
Introducción a las Ciencias Jurídicas
Derecho Internacional Privado
Filosofía del Derecho
Carabaya 616 — Lima
Telf. 79122

MANSILLA NOVELLA, César Augusto
Derecho Procesal Civil — 1er. Curso
Palacio de Justicia — Lima

MARCHAND STENS, Luis
Derecho Internacional Público
Ministerio de RR. EE.
Calle San Pedro — Lima
Telf. 76750

MONTORI ALFARO, Víctor
(con licencia)
Derecho Civil: Obligaciones
Carabaya 685 — Lima
Telf. 72211

MOREYRA GARCIA, Francisco
Derecho Civil: Contratos
Azángaro 430 — Of. 220 — Lima
Telf. 71200

OSTERLING PARODI, Felipe
Derecho Civil: Obligaciones
Lampa 946 — Lima
Telf. 83620

PAREJA PAZ SOLDAN, José
Derecho Constitucional
Ministerio de RR.EE.
Calle San Pedro — Lima
Telf. 76750

PERLA VELAOCHAGA, Ernesto (T.)
Derecho Civil — 1er. Curso
Derecho Procesal Civil — 2do. Curso
A. Miró Quesada 309, of. 509 — Lima
Telf. 74333

PIAGGIO, Hugo (T.)
(con licencia)
Derecho Penal
Recuay 183 — Lima
Telf. 40232

- RODRIGO MAZURE, Carlos
Práctica Tributaria
Paseo de la República 111 — Lima
Telf. 83220
- RODRIGUEZ-PASTOR, Carlos (T.)
Derecho Romano — 1er. y 2do. cursos
Ucayali 259, of. 502 — Lima
Telf. 74239
- RODRIGUEZ-PASTOR MENDOZA, Carlos
Economía Monetaria y Bancaria
Ucayali 259, of. 502 — Lima
Telf. 74239
- UGARTE DEL PINO, Vicente
Historia del Derecho Peruano
Ayacucho 272 — Barranco
Telf. 51511
- VALDEZ CALLE, Antonio
Derecho Administrativo
Carabaya 933 — Lima
Telf. 33870
- VARGAS MATA, Raúl (T.)
Derecho Procesal Penal
Camaná 851, of. 1401 — Lima
Telf. 41767
- VELAOCHAGA MIRANDA, Guillermo
Introducción a las Ciencias Jurídicas
A. Miró Quesada 309, of. 502 —
Telf. 73142
Lima
- VELASCO GALLO, Francisco (T)
Callao
Derecho Procesal Civil— 3er. Curso
Corte Superior del Callao
Teléf. 55618
- ZEGARRA GARNICA, Federico
Derecho del Trabajo— 2do. Curso
Edificio Tacna
Lima

(T.) Catedrático Titular.

(C. Em.) Catedrático Emérito.

Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

AÑO 1964

PRIMER AÑO

Horas
Semanales

Moral Cristiana	2
Introducción a las Ciencias Jurídicas	3
Derecho Civil: Título Preliminar y Personas	2
Derecho Constitucional General y Comparado	2
Derecho Penal — Primer Curso: Parte General	3
Derecho Romano (Primer Curso)	3
Economía Política	2

SEGUNDO AÑO

Sociología Cristiana	2
Derecho Civil: Derechos Reales	3
Derecho Penal - Segundo 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 Canónico y Público Eclesiástico	2
Derecho Civil: Acto Jurídico y Obligaciones	4
Derecho Procesal Civil (Segundo Curso y Práctica)	3
Derecho Procesal Penal	2
Derecho del Trabajo, 1er. Curso	3
Historia del Derecho Peruano	2
Medicina Legal	2

CUARTO AÑO

Derecho Civil: Contratos	3
Derecho Civil: Familia	5
Derecho Procesal Civil (Tercer Curso y Práctica)	3
Derecho Comercial	3
Derecho del Trabajo (2º Curso)	2
Derecho Tributario (1er. Curso)	3



Sebastián Barranca 237