

THEMIS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

Año 2

Segundo Semestre de 1966

Número 3

SUMARIO

La Problemática Social y el Abogado. <i>por José León Barandiarán</i>	2
Breve Paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924. <i>por Domingo García Belaunde</i>	5
De la Asociación en Participación en la Ley de Sociedades Mercantiles. <i>por Ulises Montoya Manfredi</i>	13
El Secreto Profesional y el Proceso Penal. <i>por Domingo García Rada</i>	19
Juris, Revista de Derecho. <i>por Domingo García Belaunde</i>	34
Los Treinta Años del Código Civil. <i>por Jorge Eugenio Castañeda</i>	36
In Memoriam, Ismael Bielich Florez <i>por Jorge Avendaño Valdez</i>	39
In Memoriam, Víctor Andrés Belaunde. <i>por José Luis Bustamante y Rivero</i>	42
Revista de Libros	45
Autores en este número	48
Normas para los colaboradores de THEMIS	49
Agradecimientos	50

DIRECTORES:

Luís Arbulú Akva
Domingo García Belaunde
Luís Stucchi Díaz

CONSEJO DE REDACCION:

Enrique Gómez Ossio
Jaime Thorne León
Augusto Durand Palacios
Antonio Kuljevan Pagador

SECRETARIO DE REDACCION:

Jorge Vega Velasco

COLABORADORES ASOCIADOS:

Baldo Kresalja Rosselló
Miguel Vega Alvear

DIRECCION: Carabaya N° 1174 - Telf. 80262

LIMA—PERU

*Está permitida la reproducción de los artículos insertados,
con autorización expresa de sus autores, y haciendo constar
la publicación de origen.*

*Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

LA PROBLEMÁTICA SOCIAL Y EL ABOGADO

por José León Barandiarán

No puede negarse que existe una profunda imbricación entre una profesión de la categoría que pertenece a la abogacía y la problemática social de los medios en que ella opera.

No se crea, sin embargo, que estamos paralizadados. No debe sobreestimarse ninguna otra profesión o actividad de trabajo. Sólo que los abogados han de ser conscientes también de lo que la profesión representa y, por lo tanto, de la significación que ella inviste al lado de otras profesiones.

Esta significación es en primer lugar una de indiscutible intrínseca social. Pues la profesión de abogado está complicada con la vida de relación social, ya que ella tiene por objeto el derecho, el cual ordena la conducta de los hombres. El derecho según su remontación etimológica, procura dirigir, por lo tanto regir el comportamiento humano. Y el abogado opera dentro de menesteres que están enlazados a ello.

Como la creación de las normas jurídicas y su aplicación e interpretación, así como su reforma, requieren del aporte técnico, vale decir, científico, que proporciona el legislador y el jurista, el juez y el abogado, éste último es así un agen-

te directo y activo en lo que respecta al derecho y, por ende, a la conducción de la vida intersubjetiva para consagración de los valores en este campo de la axiología, o sea, pues, de los valores jurídicos.

La significación del abogado ha adquirido en los tiempos actuales un especial destaque. Se está en presencia de trascendentales renovaciones sociales. De ahí que se haya acuñado la expresión de los cambios en las estructuras. Esos cambios importan necesariamente la adopción de las providencias tendentes a alcanzar la consecución de aquéllos. Y, por lo tanto, hoy los hombres de derecho, los abogados por lo mismo, han de adoptar una actitud solícita, en cuanto a la apreciación sobre las finalidades de justicia social a que deben aspirar tales cambios, y acerca de qué medios y procedimientos eficaces y adecuados han de ser utilizados. Hay que considerar, por ello, al lado de los cambios en las estructuras, la estructuración de los cambios. Es esto una garantía irrecusable para que la vida de relación social se oriente y discurra de acuerdo a las mejores exigencias pertinentes. Nunca como hoy los abogados han de estar requeridos y han de preocuparse seriamente como hombres de derecho para, asumiendo una función directriz, con-

prender los fenómenos que interesan a una vida social en revolutio- nario proceso de desarrollo, y para tratar de relacionarlo con la organización de las instituciones, con mira a la normación de las relaciones intersubjetivas que forman su objeto intencional.

Por lo anterior se explica que los abogados deban hacer sus mementos sobre algunas materias de la profesión que les interesan. Frente a una situación tan comprometida como la que hoy se ofrece a los abogados, éstos han de mostrarse plenamente responsables de tal situación. La responsabilidad es, en principio, personal. Cada uno es responsable ante los demás, ciertamente también; pero sobre todo ante su conciencia, vale decir, ante algo que le es íntima e infungiblemente propio, por causa de sus actos y de sus inhibiciones, y de todo aquello en lo que le incumbe actuar. La responsabilidad es de cada quien, a la vez que es de los otros, o lo que es igual, es de los otros pero también es nuestra. O sea, que podemos ser en cierto modo culpables por causa de los otros, así como por nuestra causa somos fundamentalmente culpables. Lo que la abogacía es, depende en cierta manera de como los abogados son, así como lo que los abogados son depende en cierto modo de lo que la abogacía es.

Si queremos que no se pierda la significación conspicua adnata a la abogacía, por esa su razón de intrisiqueza a la que me refería antes, entonces debemos esforzarnos por comprender todo el severo sentido de responsabilidad, todo el ca-

rácter comprometivo que hoy afecta a nuestra profesión mirada en conjunto. Si queremos ser dignos de la misión que contemporáneamente ha venido a recaer en los hombres de derecho, en cuanto personajes que asumen un papel protagónico, quieranlo o no, en conexión con los cambios en las estructuras sociales y con la estructuración de esos cambios, conforme también a la referido anteriormente, entonces es de enérgica urgencia que se haga conciencia de todo ello; pero no solo conciencia individual, sino también conciencia gremial, en virtud de la comunidad entre quienes ejercen idéntica profesión y de la unidad de la situación existencial en la que se hallan colocados.

Por lo mismo, los abogados deben tratar, intercambiando pareceres, sobre la problemática social y la incidencia del derecho en ello; poniendo sus concienzudos empeños en tal sentido.

Como se trata de empeños tendentes a propiciar la mejor conformación de la vida jurídica, vale decir, de las relaciones intersubjetivas que deben regir, se percibe la importancia del papel que toca desempeñar a juristas y abogados, en cuanto puedan obrar útilmente formulando las recomendaciones más apropiadas en cuanto a la implantación de las normas que deban venir a tener vigencia. Ahora bien, si ello así es, si se trata de empeños de tal significación, es preciso tener muy escrupulosamente en cuenta que lo que se procure instituir, invista la gravedad que se asocia

al hecho de que las respectivas postulaciones pretenden imponer reglas de comportamiento, vale decir, un especial tipo de deberes que son hetero-relativos, en cuanto a que vengan a incidir en ese comportamiento que tengan por sujetos actuantes a los hombres en general, dada la naturaleza abstracta y general que es propia de la norma jurídica.

Es un esfuerzo, por ende, merecedor de encomio. Pues todo lo que tiende a desarrollar la acción que el derecho ejerza en la vida de relación humana, lleva al estimable cometido de favorecer al objeto intencional al que el derecho se dirige, que es el hombre mismo. Teniendo presente el elemento axiográfico que en el derecho se contiene, se comprende como mediante él se busca la consagración de determinados valores, entre los que prima el dado por la justicia. Así, el esfuerzo que en sí mismo es jurídico, por su causa final, que es la justicia, puede operar a beneficio de la solución de la problemática existencial humana.

Desde luego no de toda tal problemática. Preocupaciones y afanes, incertidumbres y angustias, que son consubstanciales al existir del hombre, no pueden ser eliminados totalmente, pues sino, no serían consubstanciales, sino meramente accidentales. Pero el hombre está condenado a pagar caro por la jerarquía que le es ínsita, de ente que se ha dado la difícil tarea de interpretar el mundo, que se preocupa por todo lo que pueda suceder, por lo que la vida tiene de insegura, riesgosa y complicada, que padece la

angustia inherente a su propio ser en el mundo.

Sólo una determinada casta de creencias o ideas, religiosas o filosóficas, en cuanto alcanzan una explicación ecuménica, podrán aportar una solución más cabal a esa problemática inquietadora que se asocia al destino humano.

Pero el derecho aunque representa una organización de las relaciones interpersonales **sub especie juris** y no **sub especie aeternitatis**, de cierta manera, como todo conjunto de formulaciones de índole ética, ejerce su beneficioso cometido, en cuanto trata de regir la conducta humana, en mira de objetivos que sean convenientes a ella.

El **homo juridicus**, sabe por una doble razón lo útil y plausible que ello es. En primer lugar, simplemente por su calidad en general humana, pues todo hombre por el hecho de serlo, como destinatario de las normas jurídicas puede apreciar, aprecia y no puede dejar de apreciar, lo que conviene y lo que desconviene a la vida de vinculación comunitaria, prescindiendo de puntos de vista particularistas, egoístamente personalista, pudiendo hacer al respecto un enjuiciamiento ponderativo en base al interés general, mejor dicho, a las exigencias del bien común. Y en segundo lugar, especialmente en cuanto actúa en su **metier**, es decir, en el ejercicio de las labores jurídicas, porque adquiere entonces una experiencia inmediata, para poder apreciar el acierto o desacierto que acompaña a las reglas jurídicas, y el modo como ellas se interpretan y aplican.

Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924

por Domingo García Belaunde

En ciento cuarenta y cinco años de vida republicana, el Perú ha tenido únicamente dos cuerpos de leyes penales. Señalar diferencias y similitudes, en forma sucinta, es el propósito del presente trabajo.

Hasta antes de la promulgación de nuestro primer código sustantivo, el Perú de entonces se regía, pese a sus deficiencias, por el Derecho Colonial. Las primeras Constituciones no dieron mayor importancia a esta disciplina, salvo la de 1823 y 1828, que abolieron taxativamente la pena del tormento. En Boston en 1828, Vidaurre, autor de interesantes trabajos jurídicos, presentó un proyecto de Código Penal, que nunca llegó a tener vigencia.

A raíz de la Confederación Perú-Boliviana, Santa Cruz promulga un Código Penal, en Enero de 1837. Fracasado su ambicioso proyecto es derogado en Julio de 1838 y su importancia desde el punto de vista de la realidad forense, fue muy escasa.

Al igual que el Código Civil de 1852, el Penal de 1863, fue elaborado paulatinamente a lo largo de tres comisiones (la primera en 1853, la segunda en 1857, y la tercera en 1861).

Si el problema central del C. C. de 1852, fue el problema del divorcio (que en definitiva no fue resuelto) no exageramos si decimos que la pena de muerte fue el tema eje en las comisiones que elaboraron el C.P. de 1863. De hecho, el legislador de entonces, la admitió, aunque con serias restricciones. En el Colegio de Guadalupe los hermanos Pedro y José Gálvez fueron ardorosos impugnadores. En San Carlos, Bartolomé Herrera se declaró a favor de la pena capital.

El C.P. vigente, preparado por Víctor M. Maúrtua, y elogiado por las principales universidades del continente europeo, fue abolicionista. Las cosas se complicaron, cuando la Asamblea Constituyente de 1931, al sancionar nuestra Carta Fundamental dos años después, prescribía en el artículo 54, que "La pena de muerte se impondrá por los delitos de traición a la Patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley." Sin embargo, tal dispositivo tuvo una larga "vacatio legis" pues recién en 1949 por Decreto-Ley 10976, se cambió la tónica de los artículos 151, 152, 154, 289 y 290 de nuestro ordenamiento vigente, con lo cual se ponía al código sustantivo en conformidad con la "ley

de leyes". Recientemente tales figuras se han ampliado, al caso de las "guerrillas" (término poco técnico que usa nuestro legislador) por medio de la Ley 15590.

En relación con el Código de 1863, el de 1924 trajo algunas nuevas figuras, tal como señala Basadre. Entre ellas, cabe destacar el hecho de que para su elaboración, se rompió la tradición jurídica de buscar modelos en España y Francia, pues Maúrtua prefirió seguir los proyectos argentino, danés, y suizo. Introdujo además un régimen especial para menores, la condena y la liberación condicional, las medidas de seguridad, como sustitutorias de penas, y abolió, como ya hemos señalado, la pena capital.

La estructura externa del C.P. de 1863, es muy distinta al vigente. Fue promulgado a fines de 1862, aunque su edición oficial data de 1863 (1).

Está compuesto por Tres Libros, que hacen un total de cuatrocientos artículos. El libro primero abarca los artículos 1 al 98, intitulado "De los delitos, de los delincuentes y de las penas en general". Este libro está dividido en Siete Secciones, cada una de ellas, a su vez repartida en varios títulos, con sus respectivos artículos.

El Libro Segundo, se intitula "De los delitos y sus Penas" distribuido en Doce Secciones, a su vez repartidos en los artículos 99 al 371.

El Libro Tercero, se denomina "De las Faltas y su Penas" que contiene Ocho Títulos, incluyendo los artículos 372 al 400 (2).

El Código Penal vigente que nos rige desde 1924, fue promulgado por Ley 4868, y contiene Cuatro Libros (uno más que el derogado) y Cuatrocientos dieciocho artículos (dieciocho más que el anterior).

El Libro Primero, lleva por título "Disposiciones Generales", y contiene Dieciocho Títulos, que abarca los artículos 1 al 149.

El Libro Segundo se denomina "De los Delitos" dividido en Quince Secciones, y varios títulos, que comprenden los artículos 150 a 382, y que constituyen el eje del Código. pieza con la sección denominada "Delitos contra el cuerpo, la vida y la salud" que es el bien máximo protegido por la ley penal, incluso más que la Propiedad.

El Libro Tercero se ocupa de la "Faltas" dividido en Seis Títulos (artículos 383 al 393).

El Libro Cuarto, trata de la "Vigencia y Aplicación del Código Penal" en Seis Títulos (artículos 394 al 418).

El Código Penal de 1863 tuvo un rasgo propio de su tiempo: no distinguía la moral del derecho; es de-

(1) Hemos utilizado la edición anotada y concordada por el Dr. Juan José Calle, Lima 1914. Para el Código vigente, la del Dr. Espino Pérez, 3ª edición, Lima 1962.

(2) Debe entenderse que los artículos citados corresponden al Código derogado, salvo especificación en contrario.

cir, el hecho externo del interno. Así, existían figuras delictivas contra la moral, la religión, Dios, los dogmas, etc, que hoy están completamente descartados de la legislación. Es de advertir, claro está, que no se debe confundir, los que el Código consideraba "moral" con lo que nuestro actual Código Civil denomina "buenas costumbres" o que el Código Penal vigente llama Moral. Como es fácil de advertir, el contenido afectivo de las palabras varía con los años, siendo este un caso típico de ello.

También se observa, en contra de lo que prima en nuestra legislación contemporánea que el lenguaje en que se expresa el C.P. no es muy técnico, tal como sucede en el C.P. vigente, o por ejemplo, ciertas secciones del C.C. de 1936 que necesita ser manejado por abogados o técnicos en derecho. Así, las denominaciones de ciertas normas y figuras delictivas, ha cambiado sensiblemente de un código al otro. Asimismo, el C.P. de 1863, contiene una serie de definiciones, que facilitan su manejo, pero que le hacen perder rigor jurídico, elemento que ha sido eliminado casi por completo del C.P. de 1924. Así por ejemplo, la retroactividad benigna (no llamada así en el C.P. 1863) es definida elegantemente en el artículo 26. Este dispositivo de gran bondad y comprensión ha resistido el paso de los años y hoy es aceptado universalmente. El delito frustrado y las tentativas son también esclarecidas en el art. 3 en medio de no pocas definiciones.

Debe tenerse en cuenta para no caer en un vicio de enfoque que ca-

da cuerpo de leyes al hacer posible la vida en común es siempre producto de su época, de las circunstancias en que se dio y por ello hay que apreciarlo desde su momento histórico.

Así por ejemplo una tónica general en el Código, hoy no aceptada, es la de considerar, no al delincuente, sino al delito. El objetivo principal era únicamente externo. Lo que importaba al legislador era el orden y la paz. Con tal que no se violasen ciertos principios que podían alterar el orden público, todo estaba permitido. Por ende su objetivo no era enmendar, sino ejemplarizar.

Hoy los fines son totalmente distintos, la figura ha sido cambiada. Lo que se busca es combatir el delito, pero convencidos de que este no existe, más que abstractamente, y por ende es necesario atender al delincuente que en la mayoría de los casos presentan serias alteraciones mentales. En el Libro Primero (C.P. 1924) la ley da facultades al juez para que antes de expedir sentencia vea la situación del inculcado, edad, sexo, familia, trabajo, vivienda, etc, es decir, las circunstancias que han forjado al individuo. Y se pone mayor énfasis en el aspecto subjetivo de la acción y del delincuente, producto de las corrientes doctrinarias que aspiran a humanizar cada vez más el Derecho Penal.

Por este mismo afán de castigar, el Código era sumamente rígido en sus penas las cuales carecían de elasticidad y alternabilidad que son distintivos del C.P. de 1924. Existía una Tabla con una serie de divisio-

nes, en "grados y términos" pudiendo ser estos últimos Mínimo, Medio y Máximo. Se había detallado todo hasta en sus últimos aspectos, de tal manera que el hecho en sí, (el delito) era considerado aisladamente. Esto también dificultaba, por no decir disminuía la labor del Juez, que se convertía en un verdadero autómatas que aplicaba la Tabla de sanciones como el comerciante cobra rigurosamente la tabla oficial de pesos y medidas. El aspecto humano del derecho penal estaba todavía en pleno desarrollo y ciertos aspectos como el antes citado, eran una verdadera rémora para el desarrollo del orden jurídico. Así, existían dos clases de sanción: Penas Graves y Penas Leves (art. 25). Hoy solo existen un tipo de pena, con variantes, que atenúan o agravan el hecho delictivo.

En resumen, podemos decir que la pena fija representa la venganza de la sociedad agraviada, en tanto que la pena elástica del Código vigente, persigue la readaptación del individuo y su reincorporación a la vida social.

Entre los lineamientos que se han conservado hasta ahora podemos señalar algunos de los más saltantes:

a) La ley penal se reputa conocida y su ignorancia no exime (art. 6). Esto rige para todas las normas de orden público, teniendo algunas excepciones en el orden privado, cuando las circunstancias hagan justificable la "ignoratio iuris".

b) Los exentos de responsabilidad criminal (hoy llamados ininpu-

tables) entre ellos principalmente la Institución de la legítima defensa, que conserva idénticos caracteres. Así, el C.P. en su artículo 8 inciso 4 señalaba tres requisitos para justificarla, es decir, para convertirla en no-punible. I) Agresión ilegítima, II) Necesidad racional del medio empleado III) Falta de provocación suficiente. Estos requisitos se han conservado casi literalmente en el C. P. de 1924. art. 85 inc. 2 bajo el Título "Causas que eliminan o atenúan la represión" en el Libro Primero.

c) La que prescribe que los responsables en materia criminal lo son también en lo civil, art. 18. En el C.P. de 1924 existe todo un Título para la Reparación Civil (VIII) arts. 65-80.

d) Existe una diferencia clara en el fondo aunque con lenguaje no apropiado entre la prescripción de la acción (que llama derecho a acusar) y la prescripción de la sentencia. En el primer caso hay una sutil diferencia entre la prescripción de delitos por querrela de parte y las que se inician de oficio.

e) Según el art. 79 la inhabilitación absoluta produce pérdida del empleo o cargo público, aunque provenga de elección popular (que se mantiene en el C.P. vigente en el artículo 27, inciso 1).

Algunos casos nos llaman la atención, por su peculiaridad

porque, si bien debemos mirarl as con tolerancia, no podemos evitar pensar como personas formadas en pleno siglo XX, pues hoy día ni la legislación ni la doctrina las admiten. Así.

- a) La carga de la prueba recae sobre el inculpa do (tal como hoy se denomina), a quien se consideraba culpable desde un principio a no ser que él mismo demostrarse su inocencia, que es justamente lo contrario de lo que la ley acepta hoy. Así, en el art. 2, leemos:

“Toda acción u omisión penada por la ley se reputa voluntaria y maliciosa mientras no se pruebe lo contrario”. Las presunciones (tan útiles en los códigos procesales de derecho privado) hoy no son aceptados en el campo penal, en cuanto que se busca una verdad (la legal) y por ende, no se puede presumir. De suceder así, la instrucción no tendría razón de ser.

- b) Se suspende la ejecución de la pena de muerte en la mujer embarazada hasta cuarenta días después del parto y el que hubiera perdido padre, madre hijo o conyuge, hasta quince días después del fallecimiento. En estos casos, no se hará saber la sentencia sino cuando hayan transcurrido los términos de la suspensión, señala el art. 69. Es de notar el carácter humanitario de este dispositivo, que está por completo ausente en otras secciones, como en lo referente a la inflexibilidad de las penas.

- c) El artículo 70 establece un sorteo en caso de pena de muerte a una “banda” de los cuales solo debe morir el cabecilla y unos más. Como se comprenderá, es hoy inaceptable que la vida de un hombre se juegue al azar, solo atenuados por el resto del articulado que agregaba que en ningún momento el número debía exceder de Cinco amen del “cabecilla” (término no muy técnico). Esto demuestra claramente, que el objeto del Código era más que todo ejemplarizar.

- d) El artículo 78 al tratar de la pena de confinamiento la reduce al lugar (pueblo o provincia) que elija el reo (lo cual lejos de ser castigo parecería más bien una recompensa) pero con la única condición (por lo demás irrelevante) de que diste del lugar del delito, por lo menos 50 leguas (alrededor de 400 kilómetros).

- e) Es de notar asimismo la diferenciación que ha sufrido la figura de los autores de un delito. En el código derogado, los autores, cómplices y encubridores estaban bajo un solo rubro. En el C.P. de 1924, el encubrimiento ha pasado a ser figura autónoma y bajo dos acepciones principales. La Primera, incluida dentro de los delitos contra el Patrimonio (ejemplo, quien compra a sabiendas una cosa robada) y la segunda, inserta en los delitos contra la Administración de Justicia (ejemplo, quien oculta a un perseguido por la ley).

Respecto a las relaciones entre Religión y Legislación, ellas eran sumamente estrechas, producto, como anotamos de la mentalidad de la época. Se llegó así a tal dogmatismo que la libertad de pensamiento llegó casi a desaparecer, por lo menos oficialmente. Esto es quizá comprensible porque en esa época las creencias colectivas no ofrecían mayor resistencia. La Dogmática-Jurídica si bien tiende a respetar ciertos principios morales, ha dejado completamente de lado todo aquello que se refiera al fuero interno y en especial el aspecto religioso, en cuanto que cada ser humano tiene amplia libertad en el pensamiento y en la elección de un determinado culto.

En el C.P. vigente, las ofensas a este tipo de creencias se refieren a cualquier tipo de religión o culto (en especial a la celebración cultural) no haciendo distinciones, como en el C.P. de 1863, que solo tomaba en cuenta la religión católica. Además dichas sanciones, en cuanto se manifiestan en el mundo externo (culto, liturgia, procesiones, entierros), y pueden alterar el orden público. Por ello es que están tratados en la sección "Delitos contra la Tranquilidad Pública" arts. 281-288. Algunas curiosidades que no se cumplen en nuestro C.P. de 1924 es por ejemplo el art. 390, que trata sobre las "Faltas contra las buenas costumbres" que tiene sanciones sumamente leves. En el C.P. de 1863 constituían un delito. Así, en su Libro Segundo, ("De los Delitos y sus Penas") podemos ver algunos ejemplos:

- a) Toda la sección primera se intitula "De los delitos contra la religión" entendida como la católica
- b) En el art. 99 se pena la tentativa de variar en todo o en parte la religión católica.
- c) En el art. 100 está claramente prohibido el ejercicio externo de otra religión que no sea la católica. Es decir, no existía libertad de cultos, sancionada y respetada por el nuevo Código (1924) y ratificada por la Constitución vigente (art. 232).
- d) El artículo 102 señala como punible al que profane imágenes religiosas, entre otras cosas.
- e) El artículo 105 sindicaba como delincuente al que maltrata de palabra o de obra a un sacerdote. Como es fácil advertir se había creado una figura especial por el cargo eclesiástico que hoy no se admite.
- f) El artículo 106 condena a quien profane tumbas o exhume cadáveres con propósito de profanarlas. Tal dispositivo muy acertado, gozaba sin embargo de mala ubicación. Mejor situado se encuentra hoy, C.P. 1924, art. 286, dentro de la sección de los Delitos contra la Tranquilidad Pública.

* * *

Respecto a la terminología advertimos una variación sustancial, de un código a otro. No respecto a

su significado, sino en cuanto que se ha pasado del lenguaje común y corriente que se usaba en el C.P. de 1863 al lenguaje riguroso, técnico-jurídico del C.P. de 1924. Se advierte entonces como la tipificación de las figuras delictivas siguen siendo las mismas. Tomemos algunos ejemplos:

- a) En el Libro segundo sección segunda, título tres, se denomina "Contra el Derecho de Gentes" en el cual se halla incluido la Piratería, hoy con título especial, en la sección séptima, título III, libro II como "Delito Contra la Seguridad Pública".
- b) El título 2 (ibidem) enumera los delitos que comprometen la independencia del Estado, hoy denominados como "Delitos Contra los Poderes del Estado y la Autoridad de la Constitución", sección décima, Libro II, C.P. de 1924.
- c) El título I (ibidem) trata sobre los delitos de traición a la patria hoy dividido en dos modalidades: Rebelión y Sedición, sección décima, libro II, C.P. 1924. En la sección tercera se encuentra la Rebelión (título 2) sedición (título 3) Motín y Asonada (título 4) todos ellos bajo el rubro de "Contra la Seguridad Interior del Estado", hoy incluidos en la sección décima, libro II, tal como expresamos líneas arriba. La ley 15590 ha creado una nueva modalidad en los delitos de traición a la Patria: Las guerrillas, verdadero híbrido jurídico.
- d) La Sección Sexta trata de las "Falsedades" (sellos, firmas, marcas, etc.) hoy incluidos en la sección decimoquinta, libro II, bajo el rubro "Delitos Contra la Fe Pública".
- e) La sección séptima se ocupa de los "Delitos Contra las Personas", homicidio (título I) Infanticidio (título 2) Aborto (título 3) Lesiones Corporales (título 4) Duelo (título 5). Como se aprecia las figuras delictivas están casi intactas, pero la denominación de la sección en el nuevo código es más técnica cual es la siguiente: "Delitos Contra la Vida, el Cuerpo, y la Salud". Arts. 150 y siguientes, C.P. 1924.
- f) En la sección octava, se encuentran los Delitos Contra la Honestidad, entre ellos el Adulterio (título I) Violación y Estupro (título 2, incluye el Rapto) hoy colocados en la sección tercera título I, "Delitos contra la libertad y el honor sexuales" arts. 196 y siguientes, C.P. de 1924.
- g) La sección duodécima está dedicada a los "Delitos Contra la Propiedad Particular" cuales: Robo, Hurto (título I), etc., hoy incluidas junto con otras figuras delictivas, bajo el título más amplio de "Delitos Contra el Patrimonio", sección sexta, arts. 237 y siguientes, C.P. de 1924.

Se aprecia una mejor ubicación de ciertas figuras, del paso de un código al otro, pues en nuestro cuer-

po de leyes vigentes, se da prioridad a la vida, luego a la libertad, después a la propiedad y por último al Estado. Asimismo, el lenguaje se ha depurado y al ser más técnico, se vuelve más preciso.

El Tercer y último libro del Código se titula "De las Faltas y sus Penas". Continuando con la tónica de inmiscuirse incluso en los más pequeños detalles y en ciertos puntos de creencias muy personales (culto, religión) el título I está dedicado a las faltas contra la religión católica que hoy ya no existe. Asimismo en el art. 372 se pena al que públicamente blasfemare de Dios, o de la Virgen o de los santos dogmas de la religión católica. Hoy se encuentra esta norma atenuada, y con carácter general, en el art. 284 y siguientes (Delitos Contra la Seguridad Públi-

ca) y sólo en cuanto se realicen en lugares exteriores y alteren el orden público. El título 2, trata sobre las faltas contra la moral hoy ubicado como faltas contra las buenas costumbres y que son aplicables en todas las épocas, en cuanto constituyen factores básicos para una convivencia humana.

* * *

Estos son, en forma muy general, los puntos más saltantes que surgen al comparar los dos Códigos Penales que hemos tenido en la República. A los cuarenta y dos años de la promulgación del último de ellos se hace patente introducir algunas reformas que el tiempo exige, así como es de admirar lo sólido y sustancioso que se conserva el Código en muchas de sus Instituciones.

- (1) Hemos utilizado la edición anotada y concordada por el Dr. Juan José Calle, Lima 1914. Para el Código vigente, la del Dr. Espino Pérez, 3ra. edición, Lima 1962.
- (2) Debe entenderse que los artículos citados corresponden al Código derogado, salvo especificación en contrario.

De la Asociación en participación en la Ley de Sociedades Mercantiles

por Ulises Montoya Manfredi

Antecedentes históricos.—Es probable que las cuentas en participación hayan existido siempre como un tipo de sociedad, al lado de la común o primitiva.

Lo que parece indiscutible es que el origen del contrato sea el pacto de "commenda", del cual derivaron tanto la sociedad comanditaria, en la que el socio capitalista se revela al exterior como partícipe del negocio, como la asociación en participación en la que el capitalista permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, por tanto, frente a ellos. No hay firma social, el negocio se muestra externamente como un negocio industrial del comerciante; es una compañía secreta (Garrigues, Tratado, T. I; pág. 577).

La asociación en participación nace como figura jurídica cuando se reconoce a la sociedad como persona jurídica. Mientras la sociedad fue considerada como simple contrato no había diferencia sustancial entre ambas categorías jurídicas. El Código de Comercio francés las consideró al lado de las sociedades comerciales y siguiéndose ese modelo pasaron a la legislación comercial de los demás países europeos y americanos.

El Código de Comercio peruano las consideró en la Sección Segun-

da del Libro II, a continuación del contrato de sociedad, con el nombre de Cuentas en Participación.

La ley de Sociedades Comerciales, también se ocupa de ellas en los Arts. 351º al 359º, reemplazando el antiguo nombre de Cuentas en Participación con que las distinguía el Código de Comercio.

Concepto.—El Art. 351º contiene las notas que caracterizan a las Asociaciones en Participación. Es éste un contrato en virtud del cual una persona denominada asociante conviene con otra llamada asociado para participar en la proporción que ambos acuerden a las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante.

Como puede apreciarse, se trata de una forma asociativa que persigue una finalidad semejante a la de la sociedad, pero que no puede confundirse con ésta.

Tiene en común con la sociedad el propósito de obtener beneficios que animan a quienes la forman, lo que ha llevado a algunos autores como Ripert, a expresar que es impropio denominarlas como asociaciones. Pero, como no reúne los elementos mínimos indispensables de la sociedad, sería igualmente im-

propio asignarles esta denominación.

Las notas esenciales de la asociación en participación que la configuran y las diferencian de las sociedades son:

- a) no se revela a los terceros, es un pacto oculto entre los asociados;
- b) no está sujeta a formalidades de publicidad;
- c) el asociado contrata con los terceros en nombre personal;
- d) no constituye una persona jurídica;
- e) falta el "ius fraternitatis", propio de la sociedad, por no existir entre los contratantes verdadera colaboración personal;
- f) la colaboración económica o capitalista no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común;
- g) falta una razón comercial común, pues el negocio continúa perteneciendo al gestor.

De otro lado, la asociación en participación difiere de otras figuras jurídicas con las que también podría confundirse. Así, con el contrato de trabajo con participación en los beneficios, en que en éste el empleado u obrero partícipe en dichos beneficios no se convierte en socio, se encuentra en una relación de subordinación o dependencia; y si bien en el caso de los gerentes con participación en los beneficios podría suscitarse alguna duda, habrá que considerar entonces la nota de la participación en las pérdidas.

Del préstamo con participación en los beneficios se distingue en que el prestamista, como acreedor que es, no participa en las pérdidas. Normalmente no ejerce ningún control sobre el empleo del capital prestado ni sobre la obtención de los beneficios.

De los contratos de mandato y comisión, en los que puede haber participación en favor del mandatario o del comisionista, en que falta la intención de asociarse.

En general, el elemento afectivo, la "affectio societatis" y el "ius fraternitatis", imprimen su verdadero carácter al consentimiento que determina la existencia del contrato de asociación en participación.

La existencia del elemento afectivo y el carácter personal del contrato origina que sin el consentimiento del asociado, el asociante no puede atribuir participación para la misma empresa o para el mismo negocio a otras personas, según lo dispone el Art. 352 de la ley de sociedades mercantiles.

Formalidades.—A diferencia de lo establecido en el Art. 233º del Código de Comercio que permitía amplia libertad de forma para la formación del contrato, pues podía celebrarse sin ninguna solemnidad, "privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de las medidas reconocidas en derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 51º", la ley de sociedades comerciales exige la forma escrita (Art. 353º), pudiendo ser escritura pública o documento privado, pero en ningún caso se obli-

ga a la inscripción en el Registro Mercantil. El contrato no requiere, pues publicidad alguna.

La exigencia de la forma escrita evita las graves dificultades de prueba que deriva de lo dispuesto en el mencionado Art. 51º, que descarta la prueba de testigos para acreditar la existencia de un contrato cuya cuantía excede de doscientos soles, a no concurrir con alguna otra prueba.

La Personalidad jurídica y la Asociación en Participación.—No sólo es la ausencia de un acto de publicidad lo que caracteriza a la asociación en participación, porque como lo sostiene Hamel, toda sociedad no publicada no es una asociación en participación. Es el carácter oculto y no la ausencia de publicidad, lo que constituye el signo específico de la asociación en participación. Tampoco esto quiere decir que el simple conocimiento que los terceros pudieran adquirir, de hecho, de la existencia de la asociación sea suficiente para hacerle perder su carácter.

De ese carácter oculto derivan varias consecuencias, a las que se ha hecho mención, siendo la principal que el asociante que contrató con los terceros lo hace siempre en su propio nombre, en forma personal, como si el negocio o la empresa fuera sólo de él, sin que los terceros tengan por qué conocer a los participantes. Sólo él se obliga frente a ellos. Por esto, los terceros tampoco adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al asociado, ni éste respecto a aquéllos. Así lo reconoce el Art. 354º de la ley de sociedades comerciales.

Ya se ha mencionado que este carácter oculto de la asociación en participación no es suficiente para caracterizarla. Las sociedades irregulares, colectivas o comanditarias, que no han procedido a su publicidad legal, pueden ser ocultas, sin que se les pueda considerar como asociaciones en participación.

Como la asociación en participación no constituye una persona jurídica distinta de la persona de los participantes, no tiene un patrimonio propio, ni capital social, ni razón o denominación social.

El Art. 355º, de la ley de sociedades mercantiles admite estos conceptos.

Asimismo, no podría reclamar una sede social, atributiva de jurisdicción, ni ser declarada en quiebra. Tampoco podría admitir títulos cesibles o negociables representativos de la participación de sus miembros.

Finalmente, como carece de personalidad jurídica, no podría transformarse ni fusionarse con otras sociedades. Su transformación en una sociedad dotada de personalidad, daría lugar al nacimiento de una persona jurídica.

Administración. — La asociación en participación es administrada por el asociante (Art. 356º), es decir, por aquel que realiza la explotación y que es el único conocido por los terceros. Es ésta la única condición esencial del convenio. En cuanto a la extensión de los poderes, ellos pueden ser fijados libremente en el contrato. El administra-

dor está obligado a respetar lo convenido, y a actuar con el cuidado del comerciante leal, debiendo abstenerse de todo acto de concurrencia desleal respecto a sus co-asociados.

La representación que ejerce no sólo puede hacerla valer frente a terceros sino también frente a los propios co-asociados, en representación de la asociación.

Los co-asociados a quienes no corresponde la administración no pueden inmiscuirse en los negocios comunes. De otro modo quedarán obligados personalmente frente a los terceros.

Pero tienen el derecho de ejercer sobre los actos administrativos internos un derecho de control de acuerdo con lo estipulado en el contrato; y en todo caso, el de exigir la rendición de cuentas del negocio realizado, si la asociación se hubiese celebrado para un solo negocio, o a la rendición anual de cuentas, si la gestión se prolongara más de un año (Art. 356° de la ley, párrafos 2° y 3°).

Asimismo, el administrador está obligado a liquidar la parte del asociado, según los resultados prósperos o adversos, en la proporción que se haya convenido.

La participación en las pérdidas, si no se hubiese señalado su proporción en el pacto, será en la misma medida en que participa en las utilidades, pero, en ningún caso, las pérdidas que afectan al asociado pueden superar el valor de su aporte (Art. 358° de la ley).

La libertad para determinar en el pacto la participación que puede corresponder a las partes, no puede llegar al extremo de librar a alguno de ellos de todo riesgo, porque se estaría en presencia de un pacto leonino que la ley repudia.

Relaciones entre los miembros de la Asociación y con terceros.—Además de lo que resulta expresado en relación con la administración, en cuanto afecta a los socios desde el aspecto interno, cabe señalar otras obligaciones, que se generan entre ellos. La primera sería la de entregar por parte del asociado el capital convenido.

Como la asociación en participación carece de personalidad jurídica, es necesario determinar las consecuencias respecto a los bienes aportados y establecer si quedan de propiedad del que los aportó o si, respecto a terceros, se reputan del asociante.

Para la jurisprudencia francesa quedan, en principio, como de propiedad del asociado que los aportó. De aquí derivaría que sus acreedores podrían embargar los bienes aportados; y que él podría reivindicarlos en caso de quiebra del asociante. Pero, asimismo, él sufriría, salvo pacto en contrario, las consecuencias de las pérdidas, a menos que provengan de riesgos inherentes a la operación.

Si se trata de aporte de cosas fungibles o de dinero, el participante no conserva sino un simple derecho de crédito contra el asociante en caso de quiebra de ésta, en la misma medida que cualquier acreedor quirografario.

La ley de sociedades comerciales (Art. 357º) reputa los bienes como de propiedad del asociante en relación con terceros, a no ser que por la naturaleza de la aportación fue necesaria alguna formalidad o se estipule lo contrario en el contrato de asociación, y se efectuase la inscripción en el Registro correspondiente. Si la estipulación no se hubiese registrado, pero se probara que el tercero la conocía o debía conocerla, surtiría efecto contra él.

Esta solución guarda relación con el carácter oculto de la asociación en participación. Los terceros conocen únicamente al gestor, sin que tengan ninguna relación con el participante. Para ellos, el asociante es el único titular del negocio o empresa con quien contratan; él actúa únicamente en nombre propio, por lo que no hay acreedores ni deudores de la asociación. Se protege, pues, la aparición externa, la buena fe de los terceros que concedieron créditos o celebraron contratos sobre la base de una situación revelada al exterior como única.

Pero, si el tercero conoció o debió conocer la verdadera relación entre los co-asociados no hay nada que proteger.

Puede ocurrir que el bien aportado sea un inmueble y la aportación se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, u otro bien sujeto a inscripción, en cuyo caso la publicidad registral cumple su función de hacer conocer la verdadera situación de los bienes.

Término y liquidación de la asociación.—La asociación en partici-

pación termina en la fecha establecida en el contrato; o al terminarse la operación u operaciones para que fue convenida. Como en todos los contratos, puede ser objeto de nulidad cuando se producen las causales previstas en la ley. También puede terminar por acuerdo unánime de las partes.

En algunas legislaciones, que consideran las asociaciones en participación como una forma de sociedad, se aplican las causas de disolución de las sociedades personalistas.

Este criterio es también el predominante en la doctrina. Sostiene Escarra que las causas de disolución son en principio las mismas que en las sociedades. Considerada como una sociedad de personas, la asociación en participación se disuelve por la muerte, la interdicción, quiebra del socio; extinción de la cosa, o consumación de la negociación; y disolución judicial por justos motivos.

En cuanto a la disolución por muerte, habría que distinguir si se trata del asociante o del asociado. Si se trata del primero, no habrá duda respecto a la terminación, salvo, desde luego, que se hubiese pactado que el contrato continuaría con los herederos. Si se trata del asociado, la solución no es uniforme. En algunos países, como Alemania, la muerte del asociado produce la disolución si ella se hubiese estipulado en el contrato, pues la ley considera que el fallecimiento del asociado no es causa de disolución y que los herederos ocuparán el lugar del asociado constitu-

yendo un grupo, una especie de sociedad de hecho, que formará una persona única en sus relaciones con el asociante.

En cuanto a la liquidación y partición, el principio generalmente aceptado es que no se apliquen las reglas previstas para las sociedades y que esos actos se resuelvan mediante una simple rendición de cuentas en la forma establecida en el contrato. En Francia, la liquidación y la partición tienen lugar de acuerdo con las reglas del derecho común.

Como la asociación en participación no es persona jurídica, se reputa que si se designa liquidador, éste sería un mandatario de los socios, pero no de la sociedad.

Desde luego que en el contrato se puede estipular un régimen especial de liquidación, por ejemplo que el liquidador sea un tercero y no el gestor, o que se excluye al socio oculto de toda participación en los resultados de las operaciones que se realicen durante la liquidación.

El Código de Comercio (Art. 236º) establecía que la liquidación sería hecha por el gestor, quien terminadas las operaciones debería rendir cuentas justificadas.

En cuanto a la partición, a falta de previsiones contractuales, se aplican las reglas del derecho común. Corresponde a los asociados reclamar del asociante la justificación de las operaciones; y como la contribución a las pérdidas es una de las condiciones propias del con-

trato, no se puede pretender al final de las operaciones convertirse en acreedor del asociante y exigir el reembolso del aporte hasta que

no esté establecida una cuenta de ganancias y pérdidas, expresa Escarra, citando decisiones de la jurisprudencia francesa.

A falta de pacto en contrario, las pérdidas deben repartirse en la misma proporción que los beneficios. En cuanto a la entrega de los bienes que corresponde a los partícipes, se hará de acuerdo a la naturaleza de ellos: se procederá a la venta o a la partición "in natura".

Los efectos declarativos de la partición, expresa Molierac, se remontan a época diferente, según que los bienes hayan sido puestos o no en común en el curso de la asociación. En el primer caso, la partición se retrotrae a la fecha en que la indivisión se produjo. En caso contrario, se toman en cuenta el día de la disolución, porque este es el momento en que los bienes han entrado en indivisión. Mientras ha durado la asociación ellos eran de propiedad, sea del asociante, sea del asociado.

El último dispositivo del Título sobre Asociaciones en Participación hace aplicables las reglas de los Arts. 354º y 356º a otras formas asociativas de participación sólo en los beneficios y no en las pérdidas; o a los casos en que la participación se atribuye en unas y otras por el dueño de una empresa a determinada persona, sin que ésta efectúe aportación alguna.

El secreto profesional y el proceso penal

por Domingo García Rada

Antes de ocuparnos de las excepciones a la obligación de declarar, recordemos en qué consiste y siguiendo a Manzini diremos que "El deber de testimoniar consiste en la obligación de declarar en el proceso toda la verdad conocida acerca de los hechos a probar o la propia ignorancia, total o parcial acerca de ellos. Tiene carácter de deber jurídico (cívico) personalísimo y general y en el concepto (teóricamente discutible) de la ley penal vigente, constituye **ejercicio temporal de una función judicial pública**" (1). Llama a los testigos **oficiales públicos para los fines penales**.

Frente a esta obligación, de carácter general, existen ciertas situaciones que prevalecen sobre ella y eximen de declarar. Tal es el caso contemplado en el primer párrafo del art. 141 del C.P.P. que dice: "No podrán ser obligados a declarar: Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetras, respecto de los secretos que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión".

La colaboración de los particulares con la justicia penal es indispensable para investigar los hechos calificados de delictuosos, pues raros son los casos en que el magistrado de "**visu**" puede descubrir el delito. Por lo general requiere la ayuda y colaboración no sólo sus

auxiliares, que están obligados a prestarla, sino también de la generalidad de las personas que moral y socialmente deben colaborar con la justicia.

Sólo en contados casos, previstos en la ley, el particular queda eximido de este deber: el interés general desaparece ante el interés particular, éste prevalece sobre aquél. El particular puede oponerse legítimamente a la divulgación de secretos confiados a su conocimiento, más aún, esta violación no sólo no está permitida por la ley, sino que está sancionada como delito.

En este caso desaparece el carácter obligatorio, compulsivo podríamos agregar, de la declaración. Pero queda vigente el derecho de declarar. Puede decirse que el art. 141 exime de la obligación de declarar a las personas que indica pero no impide que las mismas voluntariamente ejerzan el derecho de testimoniar.

Un interés no menos elevado que el de la justicia misma, se opone en ciertos casos, a que el depositario de un secreto conocido por razón de su profesión lo revele a la justicia cuando es citado como testigo.

Este interés puede tener diversos orígenes: es de Humanidad cuando

se trata de los secretos que ha conocido el médico al cuidar a un enfermo; es espiritual cuando se refiere a un sacerdote que lo ha recibido en confesión; es el de la defensa, cuando se trata del abogado que conoce las interioridades de su defendido y que le ha hecho confidencias para ayudar a su defensa. La justicia debe respetar el secreto que pesa sobre el médico, sobre el abogado, sobre el sacerdote, porque el cumplimiento de estos deberes es de necesidad social. No se trata de liberar a tal o cual persona de la obligación de declarar, sino solamente a quienes ejercen determinadas profesiones. No constituye privilegio sino el reconocimiento de un elemento necesario en la vida de sociedad.

El deber cívico de revelar los hechos que se conozcan cuando la justicia los cita como testigos, reposa en que todas las consideraciones de índole privada, deben ceder ante el interés social que exige esta colaboración con la justicia. Cuando esas revelaciones han sido hechas a la persona por miembros de la sociedad, de modo personal y como secreto de profesión, entonces el juez no puede pedirles que traicionen esa confianza.

Esta dispensa de declarar no es absoluta para esos profesionales. Solamente se refiere a aquellos hechos que el profesional ha conocido con motivo del ejercicio de su actividad profesional y como secreto.

Uno y otro se funda en motivos de interés público. Si ambos deberes

entran en conflicto corresponde a la ley decir cuál prevalece y cuándo cede. En nuestro derecho el deber de guardar secreto prevalece sobre el de declarar, el interés privado sobre el interés público.

La profesión es una forma de actividad humana, cuyo ejercicio importa necesariamente el conocimiento de secretos ajenos. El profesional se entera de hechos que le son revelados confidencialmente y que por esta razón son secretas.

En el ejercicio de su ministerio, el sacerdote recibe secretos de confianza y revelaciones que afectan los sentimientos y vida íntima de muchas personas, las que deben ser rigurosamente amparadas. Angel Gustavo Cornejo (2) hace notar que existe una situación objetiva que la ley toma en cuenta: el secreto de la confesión está impuesto severamente por la Iglesia y la ley acepta la necesidad de evitar al sacerdote la dura alternativa de violar los cánones eclesiásticos o los preceptos de la ley.

Lo mismo ocurre con el médico, el notario, el abogado, la obstetriz que bien sea espontáneamente o porque ha sido necesario provocarlos, se enteran de hechos secretos, verdaderas confidencias cuya divulgación podría causar evidente perjuicio al cliente.

Salsmann, uno de los autores que mejor ha estudiado los problemas de la moral profesional del abogado, al ocuparse del secreto profesional, declara que "La obligación

de guardar escrupulosamente el secreto, constituye uno de los principales deberes de los abogados, notarios, etc." (3)

Además del secreto de confesión, Salsmann distingue el **secreto conmisado** que nace cuando el confidente cuenta la cosa después que le ha sido prometido que se guardará secreto; y el **secreto natural** que deriva de la propia naturaleza de las cosas, de la cual nace la obligación de silenciar hechos cuya divulgación puede causar daño a otra persona.

El secreto profesional dice Salsmann es una variedad del secreto conmisado. Abarca para los hombres de leyes "absolutamente todo lo que por razón de su cargo o profesión han sabido de sus clientes, bajo condición de no revelarlo y de no hacer uso de ello contra la voluntad razonable de los mismos". No es necesario que el cliente pida secreto ni que el abogado ofrezca guardarlo. Tácitamente se presta en el momento en que el cliente va a consultar a un profesional y con este motivo le cuenta cosas privadas: todo lo que se hable en esta consulta es por naturaleza secreto.

¿Cuál es el fundamento del secreto profesional? Es un deber de justicia que obliga a la restitución en casos de incumplirlo, dice Salsmann. Lo que la Iglesia lo estableció para la confesión, el Estado lo ha ampliado para aquellas profesiones en las cuales el cliente tiene necesidad de revelar la verdadera naturaleza de los hechos. Es una confesión laica.

El profesional que conoce de los secretos de sus clientes, contado por éstos en la consulta que le formularon, está obligado a guardar secreto absoluto de todo lo que ha sabido con este motivo. Un deber de justicia le impone la obligación de silenciar todo aquello que pueda perjudicar a su cliente. Todo lo sabido en la consulta constituye secreto profesional y obliga a la no divulgación. Ciertas circunstancias pueden hacer más monstruosa la violación de este deber: cuando el abogado aprovecha de lo contado por su cliente para ponerse en comunicación con el abogado de la parte contraria, revelándole secretos; es igualmente grave, la divulgación de estos secretos y su publicación para que sea de todos conocidos. Tales hechos constituyen delito. (Art. 363 C.P.)

¿Quién es el que califica lo que constituye secreto profesional? Consideramos que solamente el abogado, sacerdote, notario u obstetriz es la persona que puede calificar si aquello por lo que se le pregunta constituye secreto profesional y no está obligado a declarar o al contrario, puede hacerlo. La razón reside en que siendo el profesional el único que ha oído al cliente, también es la única persona que puede decir qué cosa constituye secreto y cuál no. Es un derecho de la persona que ejerce alguna de estas actividades profesionales. La Corte Suprema lo ha establecido en la siguiente ejecutoria, que conscribimos en sus considerandos porque ampara la tesis del secreto profesional:

figura el delito previsto en el Art. 363 C. P.

b) El Censo General de la República (ley 8695) declara secretos de Estado, los datos que los habitantes de la República suministren y prohíbe en forma absoluta su divulgación. Posteriormente la ley 13248 considera que estas informaciones tienen "carácter secreto" y no podrán ser revelados "aunque medie orden judicial".

c) La Ley de Promoción Industrial (Nº 13270) establece que los datos que las empresas industriales proporcionen son secretos y sólo podrán ser usados para los fines de promoción de las actividades industriales que persigue esta ley.

d) La Ley del Seguro Social del Empleado (ley 13274) declara que los datos que proporcionen los empleados tienen carácter reservado.

e) En cuanto al Impuesto sobre la Renta, la ley establece que las declaraciones de los contribuyentes tienen carácter reservado, por ser estrictamente confidenciales y no pueden ser divulgados.

Los secretos de Estado están protegidos en forma más severa aún. Ni siquiera deben ser preguntados sobre ello, si es que su divulgación afecta la seguridad del Estado, el interés nacional, la política internacional, los secretos militares o cualquier otro que se relacione estrechamente con ellas. Si se formulan preguntas de esta índole el juez debe rechazarlas de plano, es decir ni siquiera debe tratar de obtener respuesta sobre estos temas de su-

yo excluidos de todo interrogatorio judicial.

Se entiende por razones de seguridad o de política internacional aquellas informaciones que se vinculan íntimamente con la seguridad interna y externa del Estado y que no deben ser divulgadas, es decir que requieren ser guardadas como secreto de Estado. Las grandes directivas de la política nacional, tanto en lo interno como en lo internacional, que se mantienen secretas por altas razones de Estado, no pueden ser materia de interrogatorio a testigos.

Si el empleado o funcionario civil o militar que desempeña labores en alguno de los Ministerios y por razón de su oficio, conoce el archivo secreto, documentos privados y papeles reservados de la Administración, no puede absolver preguntas sobre el contenido de tales documentos, es decir, llamado a declarar por el juez de instrucción, no está obligado a absolver el interrogatorio siempre que se relacione con el secreto profesional.

Manzini dice que citado con este objeto, el empleado público ni siquiera debe comparecer, no puede deponer sobre aquello relativo a secretos conocidos por su función. El juez no puede interrogarlo sobre hechos que el testigo conoce con motivo del cargo que desempeña en la Administración Pública y que por su propia naturaleza son secretos y así deben permanecer. Dice Manzini que si el magistrado insistiera en interrogarlo incurre en "el delito de revelación de secretos de Estado por lo menos en forma cul-

"Considerando: que la prohibición contenida en el inciso tercero del art. 252 del C.P.C. redactada en presente del indicativo del verbo correspondiente, se refiere al abogado que en el momento en que se solicite su testimonio, patrocina a una de las partes, situación ésta en la cual la prohibición legal es amplia y general; que en el caso de autos, se pide la declaración del doctor M.M. que prestó sus servicios profesionales a los demandantes en juicios ya fenecidos, pues de autos no aparece que en la actualidad los patrocine; que si la declaración se refiere a aspectos generales de las relaciones entre las partes, sin tocar nada de lo relativo a los indicados procesos, no existe inconveniente para que sea interrogado, pero si las preguntas tienen relación con lo que el declarante considere secreto profesional, debe excusarse de absolverla".— (Causa N° 211/65, 4ª Sala. Setiembre 1965, Lima.

La Corte Suprema declaró infundada la oposición a declarar y en consecuencia, que era procedente la declaración del abogado, debiendo tener presente los considerandos anteriores, es decir que si el letrado cuya declaración se solicitaba, consideraba que las preguntas se referían a aspectos del secreto profesional, estaba autorizado para no contestar el interrogatorio. Esta ejecutoria consagra los mismos principios de una resolución anterior. (A. J. 1909 pág. 252).

Si el testigo encuentra que las preguntas del interrogatorio no se

relacionan con aquello que considera secreto de profesión, sin menoscabo de este deber de silencio, puede declarar. La ley le faculta para abstenerse de contestar todas o una o más preguntas, cuando considera que se relacionan íntimamente con el secreto que está obligado a guardar. La negativa no tiene por qué ser total y absoluta: solamente se refiere a las preguntas cuya absolución significaría divulgar lo que constituye secreto de profesión, pudiendo declarar en todo aquello que no lo afecten. Por eso es conveniente que el testigo, aun cuando se sienta dispensado de declarar, concurre al juzgado, acatando el mandato judicial, se entere de las preguntas y después de su lectura, cuando está convencido que al absolverlas tendría que descubrir algo que constituye secreto, entonces manifestará al juez que estando a lo dispuesto en el art. 141 del C.P.P., rehusa prestar declaración o que solamente lo hará en aquello que considere pertinente. La decisión del testigo es irrevisable, es decir ni el juez ni el Tribunal pueden ordenarle que declare sobre aquello que él califica como secreto profesional. Siendo esa su opinión, el juez tiene que aceptarla y eximirlo de declarar.

Estudio especial merece la situación de los empleados públicos. Es regla general que todos los ciudadanos están obligados a colaborar con la justicia penal y de manera especial aquellos a quienes el Estado ha encomendado alguna función.

Los empleados y funcionarios públicos tienen obligación no sólo moral sino también legal de prestar testimonio.

Los funcionarios públicos deben denunciar los delitos conocidos en el ejercicio de sus funciones (Art. 333 C. P. y D. S. 9 agosto 1937) y poner a disposición de la justicia los elementos probatorios que puedan haber recogido en el ejercicio del cargo. La colaboración del buen funcionario con la administración de justicia debe ser pronta y eficaz. No pueden rehusar los datos ni denegar los elementos de prueba que les solicita la justicia.

Existen autores que niegan a los jueces la facultad de interrogar a los funcionarios estatales (4). Dicen que la separación de los poderes impide que el Poder Judicial dicte órdenes al Poder Administrativo y que la citación a sus funcionarios constituye mandato que implica subordinación de un Poder a otro.

Tal concepción es equivocada, pues no son órdenes las que el juez expide para llevar a cabo una función administrativa sino es mandato para cumplir una función judicial y para ello todo juez tiene competencia. El juez no puede emitir órdenes sobre asuntos de índole administrativa, como sería señalar el horario de trabajo, pero sí puede mandar que a quien se cita como testigo, comparezca ante el juzgado a declarar, sea empleado público o privado.

La función pública permite conocer y enterarse de hechos que afectan la vida privada de los ciudadanos. Es inevitable que como consecuencia de su labor el empleado se entere de asuntos reservados, aun secretos. Pero debe tener presente que tales conocimientos únicamente pueden servirle para cumplir con los fines de su función, no para darlos a conocer a terceras personas. El principio general de la obligación de colaborar con la administración de justicia rige también para la Administración Pública y en forma más severa: todos los funcionarios y empleados públicos están obligados a comparecer al juzgado cuando son llamados a declarar, proporcionando los datos y documentos que posean en ayuda a la investigación de los delitos. Si se enteran de la comisión de un delito, están obligados a denunciar al delincuente y de ser posible a detenerlo. Su obligación, abarca no sólo la comparecencia al juzgado, sino también la denuncia del delito. Los empleados y funcionarios públicos, aún más que los particulares, están obligados a colaborar con la justicia. Si rehusan hacerlo, deberán ser sancionados disciplinariamente.

Pero no debe olvidarse que los agentes de la Administración Pública están ligados por una obligación general: la **discreción profesional** que en algunos casos llega al secreto. Por razón de la función que desempeñan están en estrecho contacto con la vida privada de los ciudadanos y conocen datos confidenciales.

posa". Nuestro Código Penal en su Art. 363 sanciona como delito la revelación de secretos, conocidos por razones de su empleo o profesión.

Examinando el primer inciso del art. 141 del C.P.P. vemos que están comprendidos los siguientes profesionales:

a) **Los Eclesiásticos.** Cabanellas los define diciendo que: "Eclesiástico: el que en virtud de órdenes sagradas, a que ha sido promovido, se halla dedicado al servicio del altar y culto divino" (5). Esta definición debe entenderse en sentido estricto y comprende a sacerdotes y religiosos clérigos. En sentido amplio y solo para los efectos procesales, consideramos que también puede comprender a quienes abrazan el estado religioso, sin llegar a la dignidad sacerdotal, así como a las congregaciones laicales: v.g. la Orden de San Juan de Dios, Los Hermanos de las Escuelas Cristianas, etc. También debe entenderse que están comprendidas en esta exención las mujeres que pertenecen a órdenes y congregaciones religiosas.

Con este mismo criterio, derivado de razones procesales, consideramos que puede englobarse a los ministros de las diversas religiones cristianas. Es cierto que, salvo la Iglesia Anglicana, carecen del Sacramento de la Confesión, pero sus ministros pueden recibir confidencias sobre asuntos de naturaleza secreta, las mismas que son hechas por su carácter de ministros de la religión que el confidente practica.

Consideramos que esta exención de prestar testimonio debe comprender dentro de su ámbito, a todas aquellas personas hombres y mujeres que por abrazar el estado religioso reciben confidencias sobre hechos que no pueden ser divulgados sin grave daño para la persona del confidente. Tales revelaciones no se hacen en la confesión, cuyo secreto la Iglesia manda guardar rígidamente, pero eso no les quita su carácter. Es frecuente que en conversaciones privadas, los laicos cuenten cosas íntimas a quien por haber abrazado el estado religioso, los consideren aptos para que les brinden consejos espirituales, para lo cual es necesario franquearse con espontánea sinceridad. Tales confidencias deben mantenerse en secreto y no pueden ser contadas al prestar testimonio.

La forma como se hace la confidencia carece de importancia. Lo que decide es la materia secreta y la condición de quien la recibe. Existiendo estos supuestos, es indudable que si el eclesiástico fuere llamado a declarar, puede excusarse de hacerlo manifestando que por constituir secreto de confesión — secreto profesional para la ley — no puede absolver el interrogatorio cuyo contenido le ha sido mostrado. El juzgado deberá aceptar esta excusa y eximirlo de la declaración.

Por otra parte la violación de estos secretos, constituye el delito del Art. 363 del C.P. Los auxiliares de los eclesiásticos que por razón de su oficio, se enteran del secreto, están prohibidos de divulgarlos, pues de hacerlo comete el mismo delito que sanciona el referido art. 363.

La Administración Pública se arroga el derecho de examinar los libros de registro de los establecimientos comerciales, tomando datos que pertenecen a terceros. En esta forma pueden descubrir informaciones de toda clase. Los inspectores y cobradores llegan al domicilio particular y conocen datos familiares que son de índole privada o en el establecimiento comercial o industrial se enteran de deudas cuya publicación afectaría el prestigio comercial del negocio.

Son los denominados **datos reservados** que en virtud de la discreción profesional no se pueden hacer públicos. No llegan a constituir secreto por la materia ni por la forma cómo se enteran, pero indudablemente no deben ser publicados. La Administración los utiliza para la acotación del impuesto y son conocidos de los empleados, pero no deben trascender ni por quien los conoció ni por los que de ellos se enteraron en la oficina. La discreción los obliga a no decirlos y menos a publicarlos.

Existen además otros empleados y funcionarios que conocen datos en ejercicio de su cargo, los cuales tienen naturaleza secreta. Es el caso de los empleados y funcionarios de Contribuciones, Correos y Telecomunicaciones, Teléfonos, Inspectores de Salud Pública y del servicio municipal de salubridad, control de actividades comerciales, servicio de estadísticas, producción económica, etc.

Estos servicios responden a necesidades urgentes del País y no pueden ser postergados ni eliminados.

Pero al llevarlos a cabo el encargado se entera de los hechos secretos de los ciudadanos y contribuyentes, tanto sean personales como relativos a su patrimonio. Nos preguntamos: si el encargado de estos servicios es llamado por el juzgado y preguntado sobre estos hechos secretos, conocidos de manera directa e inmediata por su función, ¿está obligado a declarar?

Nos encontramos frente a dos principios: la colaboración con la justicia, a la que están especialmente obligados los funcionarios públicos; y la necesidad de silenciar hechos cuya publicidad acarrearía perjuicio a los declarantes.

La solución se encuentran examinando la materia del interrogatorio y en la forma como se adquirió ese conocimiento. Si aquella es de suyo secreta y el agente de la Administración Pública toma conocimiento en el ejercicio de su función, entonces es secreto profesional y no puede absolver preguntas que se refieren a este tema.

Pero si el interrogatorio no tuviera ese carácter, aunque el funcionario adquiriera ese conocimiento en la función, no como consecuencia directa de ella, entonces puede contestar las preguntas que el juzgado le formule.

Veamos ejemplos: en la acotación tributaria la Administración se entera de la renta que percibe el contribuyente. Si el empleado encargado de esta labor es citado al juzgado para que indique la renta de determinada persona, cuya acotación ha verificado, entonces debe negar-

se a declarar porque la materia es secreta y ha tomado conocimiento como consecuencia de su labor. Pero si el cobrador de determinada repartición pública al realizar su labor visitando a particulares, ha conocido el recibo de la casa, si más tarde se le pregunta sobre la distribución de esa habitación, puede declarar, pues ello no tiene carácter secreto, pues para una contribución no era necesario ingresar al interior de una casa. En el primer caso existe secreto profesional; en el segundo, la discreción impedirá publicar los datos conocidos en los periódicos, pero podrá informar al juez si fuera interrogado.

El límite a este sometimiento es el secreto profesional. Esto permite al funcionario requerido negar los datos conocidos en el cumplimiento de su deber, en las denominadas "confidencias necesarias".

En el ejercicio de su función, los empleados y funcionarios conocen secretos privados, cuya divulgación podría causar daño en el patrimonio o en el prestigio de los declarantes. Si los hechos revelados a los agentes de la Administración Pública, cuando actúan como tales son secretos, escapan a la investigación judicial. Pero si no tienen este origen, aunque hayan sido conocido en el desempeño de su labor y no pertenezcan al campo de lo secreto, pueden ser materia del interrogatorio judicial y el funcionario o empleado público, llamado a declarar, debe acceder a prestar su colaboración con la justicia penal. El secreto profesional es excep-

ción al principio general de la colaboración del público en general y de los empleados y funcionarios públicos en especial con quienes administran justicia y como tal tienen la limitación que hemos señalado.

En nuestro ordenamiento legal, existen diversas disposiciones que establecen que los datos recogidos constituyen secreto y no pueden ser divulgados. Su revelación configura el delito previsto en el Art. 363 del C. P.

Dos requisitos exige este artículo: que la divulgación pueda causar daño; y que se realice sin consentimiento del interesado. Lo primero constituye el daño potencial, es decir que la publicidad del secreto sea capaz de causar daño, aunque por diversos motivos no llegue a ocasionarlo. En cuanto al consentimiento, si existiere, deja de ser secreto por cuanto el interesado autoriza su divulgación.

Diversas leyes contemplan este ilícito penal. Tales son:

a) La ley de Bancos N° 7159 prohíbe al Superintendente y a los empleados de la Superintendencia de Bancos "dar a conocer cualquier información relacionada con los documentos, informes u operaciones de cualquier empresa bancaria; o proporcionar a persona alguna que no esté al servicio de la Superintendencia de Bancos, cualquier información con respecto a las operaciones o negocios de cualquier empresa bancaria, que pudiera haber llegado a conocimiento de ello en el desempeño de su puesto". La infracción de esta disposición con-

b) **Los Abogados.** Al asumir una defensa se establece una vinculación especial entre cliente y profesional. Este se obliga a poner al servicio de la causa que patrocina, sus conocimientos con dedicación y honradez pero exige del cliente sinceridad, estando obligado a hacerle una exposición completa y veraz de los hechos, para que pueda encausar la defensa en forma apropiada. Con este motivo tiene que enterarse de circunstancias de la vida íntima, cuya divulgación podría causar grave daño en el honor y en el patrimonio de la persona cuyo patrocinio acepta. Tiene que enterarse de hechos materiales como sería la evasión de impuestos o el ocultamiento de efectos del delito y de hechos inmateriales como sería la amistad con el procesado o las relaciones extramatrimoniales cuya divulgación podría causar perjuicio evidente en el confidente. Estos hechos de los cuales se entera el abogado en virtud de la defensa que asume y como consecuencia directa de ella, constituyen secreto profesional y no pueden ser dados a la publicidad, ni aún en el caso de que mediara requerimiento judicial. Si fuere citado y preguntado por el juez, el abogado amparándose en el secreto profesional, deberá negarse a absolver el interrogatorio.

El Código de Ética Profesional — que es norma obligatoria para quienes integran la Orden de Abogados y que se encuentra vigente desde el 20 de diciembre de 1950— en su art. 14 establece que “Guardar el secreto profesional constituye a la vez un deber y un derecho. En relación con el cliente, el secreto

profesional es un deber fundamental, que subsiste íntegramente después que se ha dejado de prestarle servicios. Respecto a los jueces y demás autoridades, es un derecho que debe invocarse ante la exigencia o petición de formular declaraciones de cualquier naturaleza que afectan al sector profesional”.

Luego en el art. 15 al ocuparse de la obligación de guardar el secreto dice: “La obligación de guardar el secreto profesional se extiende a las confidencias hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio y a las derivadas de pláticas para realizar un transacción que fracasó. El secreto debe comprender también las confidencias de los colegas”.

La jurisprudencia suprema ha establecido que:

“El impedimento del abogado para declarar como testigo es absoluto; le comprende la prohibición, aún cuando haya dejado de patrocinar al cliente, por estar moral, legal y jurídicamente obligado a guardar secreto de todo lo que conoce por razón de su profesión”. (A. J. 1909 pág. 252).

Recientemente —en 1965— la misma Corte Suprema ha reiterado igual doctrina en el caso citado en páginas anteriores, cuyos considerandos establecen que todo lo que el abogado conoce por razón de su profesión y que de suyo sea secreto, constituye el llamado “secreto profesional” y aún que hubiere dejado de patrocinar al cliente, siempre continúa obligado a la no divulgación.

La divulgación de estos secretos conocidos en la profesión y con motivo de su ejercicio constituye una grave infracción de normal moral y legal. Además constituye el delito previsto en el art. 363 del C.P.

Esta obligación de guardar secreto se amplía a los auxiliares y practicantes del Estudio. En el caso de los estudiantes de Derecho que conforme a ley, realizan su práctica en el estudio de un determinado letrado y se enteran de circunstancias íntimas de los clientes, también están comprendidos en esta obligación del silencio. Es cierto que a ellos no les ha sido confiado el secreto y por consiguiente no responden de su no divulgación; que tampoco son abogados y por ende no están protegidos por el secreto profesional. Pero como la ley penal (art. 363, última parte) comprende no solamente a los abogados, sino también a los auxiliares, es indudable que como el revelar secreto constituye delito, están eximidos de la obligación de declarar y prestar testimonio.

c) **Los Médicos.** Es una de las más antiguas profesiones, la cual siempre ha estado comprendida como obligada a guardar los secretos que se enteran en el ejercicio profesional. El médico, como el sacerdote, conoce de las intimidades de sus clientes quienes necesitan contarlas cuando concurren en pos de la consulta. Muy a menudo es necesario que el médico conozca los problemas que afectan a su cliente para atenderlo con éxito. Las confidencias del paciente a su médico son comunes y en ellas reposa la relación que los une.

En ningún caso ni por motivo alguno el médico puede divulgar los secretos que se ha enterado en el ejercicio profesional. No se discute esta obligación y de hacerlo, el profesional incurre en el delito previsto en el Art. 363 del C.P. Llamado a declarar sobre estos aspectos debe negarse a contestar las preguntas del interrogatorio. La revelación de estos secretos, como los anteriores, constituye el delito previsto y penado por el Art. 363 del C.P.

Por expresa disposición de la ley penal (última parte del art. 363) los estudiantes de medicina quedan comprendidos dentro de la obligación de guardar secreto acerca de aquello que se hubieren enterado en su práctica profesional. Si lo divulgaran, quedan incursos de esta disposición legal.

d) **Los Notarios.** Los Notarios como depositarios de la última voluntad de las personas, están en posesión de datos de familia y patrimoniales que tienen naturaleza secreta y cuya divulgación puede ocasionar graves desavenencias y hasta litigios en la familia. Son asuntos de suyo secretos y no pueden testimoniar acerca de ellos.

Pero el secreto profesional no se refiere solo al testamento, el caso de más clara comprensión. También en diario ejercicio profesional, el notario tiene ocasión de enterarse de secretos de familia, que no pueden ser divulgados sin ocasionar perjuicios económicos y personales. Es materia que no debe ser divulgada, que el notario conoce en su condición de tal y está comprendida dentro del secreto profesional.

Todo aquello que conoce fuera de su diario quehacer, no está amparado por esta disposición legal.

También la ley penal comprende a los notarios entre quienes prohíbe divulgar secretos a los cuales ha tenido acceso en el desempeño de los función. Citado por el juez, debe abstenerse de absolver las preguntas del interrogatorio si es que ellas se refieren a hechos conocidos en su labor y que tienen la condición de secretos profesionales.

Aunque este primer inciso no se refiere a los empleados de la notaría que se enteran de asuntos secretos por razón de su actividad, sin embargo consideramos que están obligados a guardar silencio y no pueden declarar como testigos, por cuanto la ley penal (art. 363) considera delito la revelación de secretos conocidos en razón de su empleo que causen daño y que sea cometido por lo auxiliares de Notarios.

e) **Las Obstetrices.** El Código Penal las llama parteras por razón de la profesión que desempeñan y el derogado C.P. en M.C. las denominaba matronas. Esta labor les permite enterarse de secretos de familia, cuya divulgación puede causar daño. La asistencia obstétrica a una mujer no debe salir del ámbito profesional, salvo que —como ocurre con las casadas— el nacimiento de una criatura constituya acontecimiento familiar.

Pero si la atendida tuviere motivos especiales para ocultar el parto —tal sería el caso de la mujer soltera— la obstetriz tiene la obligación profesional de silenciar el he-

cho y no comunicarlo. Llamada a declarar sobre este hecho, deberá excusarse en el secreto profesional. De testificar incurre en delito (art. 363 del C.P.).

Estos son los únicos profesionales que están eximidos de prestar declaración ante los juzgados de instrucción. La ley procesal no se refiere a otras profesiones que también pueden tomar contacto con secretos cuya divulgación causaría perjuicio.

El Código Penal en su art. 363, es más amplio. Comprende a los apoderados y farmacéuticos como autores de delito si revelaran secretos conocidos en el ejercicio de su actividad.

También entiende que son pasibles de pena “los auxiliares” de los profesionales antes mencionados, comprendiéndose dentro de este término amplio a los practicantes, ayudantes, secretarios, etc. es decir a todos los empleados que auxilian a los profesionales que menciona la ley penal y que con motivo de su labor se enteran de hechos secretos, que no deben ser conocidos.

De manera que si la ley penal sanciona como delito la declaración de estos profesionales y de sus auxiliares sobre hechos secretos y cuya divulgación causare perjuicio es indudable que llamados por la justicia penal para declarar, deben negarse a prestar testimonio, ya que de hacerlo cometerían el delito “**violación de Secretos de empleo y profesión**”.

Muchos y graves problemas plantean el secreto profesional. Veamos los más frecuentes.

1.—¿Hasta cuando obliga el secreto? En el tiempo, lo conocido en mérito del secreto profesional, obliga indefinidamente. Ni la muerte del interesado da término a esta obligación pues los herederos o familiares pueden ser perjudicados con la revelación.

En el espacio también obliga ilimitadamente. El secreto conocido en Lima no puede ser divulgado en ninguna otra parte de la República ni en el extranjero. Dada la velocidad de las comunicaciones, lo divulgado en una región del mundo, por alejada que esté, puede ser conocido casi inmediatamente en el lugar donde se **verificó el hecho**, con lo que se podría causar igual perjuicio.

2.—¿Es necesario que el testigo diga expresamente que no puede absolver determinada pregunta porque su texto constituye secreto profesional? No, puesto que así podría dar una pista. Es suficiente que el testigo conociendo el tenor del interrogatorio, diga que acogiéndose a la ley, se abstiene de declarar, sin precisar en que forma la respuesta violaría este deber. No puede dar razón que, de modo indirecto puede llegarse a descubrir aquello que debe callar, ni ofrecer indicio alguno acerca del contenido del secreto de profesión.

3.—¿Aquellas personas que sin tener licencia para ejercer la profesión, pero de hecho la ejercen y con

este motivo se enteran de hechos de naturaleza secreta, pueden acogerse a la exención del art. 141? Creemos que no. Los curanderos y tinterillos que ofician de médico o de abogado no pueden acogerse al secreto profesional, puesto que no son profesionales

Pero si se enteran de cosas de suyo secretas, están obligados a guardar silencio y no divulgarlas, no en virtud del secreto profesional, sino porque la ley penal así lo obliga, puesto que de hacerlo cometerían el delito previsto en el art. 363 del C.P.

4.—El médico o abogado que con motivo de un juicio se enteran de ciertos asuntos de familia, más tarde ¿puede ser llamado a declarar en otro juicio, pero sobre esos hechos? Debemos distinguir: si con motivo del juicio fenecido, se ha enterado de circunstancias generales, conocidas de todos —vg. que el cliente caminaba con la niña—, puede declarar por cuanto son cosas del conocimiento público. Pero si fuese preguntado sobre algo solamente conocido por él, cuya divulgación pudiera dar algún indicio sobre secretos vertidos en el anterior proceso, entonces deberá callarse, pues en caso contrario violaría el secreto profesional.

5.—Si el abogado o médico con motivo del ejercicio profesional, se enteran que su cliente ha cometido un delito ¿deberá denunciarlo? —Consideramos que no. Lo conocido con motivo de juicio, que constituye secreto profesional, no puede ser divulgado. Es claro que no puede ayudar al cliente a ocultar el delito

ni colaborará en su fuga, pero tampoco puede denunciarlo a la policía.

La situación es más grave si se entera de un delito que su cliente prepara. En ese caso deberá tomar todas las precauciones del caso, sin divulgar el hecho, para evitar su consumación. La prudencia y tino del profesional entran en juego para lograr que el cliente desista de su intento. Pero en ningún caso puede denunciar ni hacer público el propósito delictuoso de quien se lo ha confiado en uso del secreto profesional.

El art. 363, del C.P. en su primera parte, sanciona como delito la divulgación de los secretos conocidos con motivo del oficio, empleo, profesión o arte, de hechos que no puedan ser divulgados sin consentimiento de su autor, salvo que la revelación fuere necesaria "para salvaguardar un interés superior" dice la ley. En su segundo apartado, de modo especial se refiere a determinados profesionales, quienes moral y legalmente están obligados a guardar secreto, sin que las exigencias anteriores puedan eximirlos de esta obligación. La ley entiende que determinadas profesiones para cumplir con su deber, necesitan que quienes las ejercen puedan penetrar al fuero íntimo de la conciencia, ofreciendo la seguridad de que lo conocido con este motivo no será divulgado en ningún caso ni por ninguna circunstancia.

6.—Si el cliente autoriza al abogado o médico, a que divulgue lo conocido como secreto, éste siempre queda obligado al silencio?. — Creemos que sí. La obligación no

proviene de que el profesional hubiere ofrecido expresamente guardar secreto, sino de la propia naturaleza de estas relaciones y de la esencia del deber profesional. Si el cliente quiere hacer público lo contado como secreto, puede hacerlo, pero ello no autoriza a su vez el letrado a divulgarlo por su cuenta. Para el médico, abogado o sacerdote, lo conocido como secreto y en la profesión, siempre es secreto, aunque el cliente no lo considere así y la obligación del silencio subsiste, aunque el interesado lo desli-gue de ello.

7.—Cual es límite de lo que constituye secreto profesional: lo es solo aquello que le hubiere sido confiado en el ejercicio de su profesión? — La acepción de lo que comprende secreto profesional es amplia. Confiar es entregar algo —material o inmaterial— de modo voluntario. En el caso del abogado lo son las confidencias que voluntariamente le hacen los clientes, con motivo de los asuntos encargados a su patrocinio. Todo lo que exceda a este secreto entregado libremente y que no tenga carácter reservado, no es secreto profesional y puede ser contado si fuese requerido por la justicia.

La materia que comprende el denominado **secreto profesional** es todo aquello que el sacerdote, médico, abogado, etc. se entera por boca del cliente, de modo espontáneo y siempre que de suyo sea **secreto**, es decir que no deba ser divulgado.

Más apropiado subiera sido que que el Código en vez del vocablo confiado, empleara el verbo **cono-**

cer. Confiado significa conocer por obra del propio interesado, que lo cuenta de manera espontánea; en cambio **conociendo** comprende todo lo que el profesional se entera con motivo de la profesión y de naturaleza secreta, no susceptible de divulgación.

De dos maneras se entera el abogado de los secretos de su clientes: mediante la confidencia espontánea hecha en forma expresa, por el propio interesado; o de modo incidental e involuntario, bien provenga del interesado que, sin querer relata algo secreto; o por referencias ajenas. Lo primero le ha sido confiado; lo segundo no, pero lo ha conocido de modo directo en el ejercicio profesional.

Ambas confidencias deben ser calificadas de secreto profesional, puesto que en los dos casos, el abogado ha adquirido ese conocimiento en 31 ejercicio de su actividad como tal. En acepción amplia, ambas constituyen secreto profesional y no deben ser divulgadas.

Aceptar que solo constituye secreto aquello que el cliente le confía de modo expreso, es obligar al abogado a clasificar los datos que guarda en la memoria por sus orígenes y según eso, declarar o no. Se prestaría a errores y confusiones, con evidente perjuicio para el secreto profesional que a la sociedad interesa mantener.

JURIS, REVISTA DE DERECHO

por Domingo García Belaúnde

Con tenacidad admirable, los alumnos de la Facultad de Derecho de San Marcos, a través de su Centro Federado, han hecho su "reentree" editorial, al regularizar su publicación JURIS (nombre de vieja raigambre latina) que habla muy en alto de sus inquietudes intelectuales. Y llama también la atención, amén del trabajo material, el espíritu que los anima a interesarse por los problemas del Derecho —en donde filtran claramente sus preferencias ideológicas— así como la colaboración en igualdad de condiciones entre profesores y alumnos, claro testimonio de la comunidad universitaria que existe y debe existir en todo claustro.

El número 2 (Oct. 1965), trae colaboraciones de Enma Viguera de Berger, sobre "El Centro de Capacitación Penitenciaria", un análisis de la ley de Reforma Agraria por José Francisco Núñez, en donde denuncia la inoperancia de la ley 15037; de Alejandro Solís E., "Pre-delincuencia de Menores", un estudio comparado sobre la protección legal de la Familia, por el Prof. Nelson Reyes R., una breve recensión sobre los aspectos procesales en la Corte Internacional de La Haya, por el Prof. Cruz Gallo, un comentario al Art. 657 del C.C. por el Dr. Lanatta, ampliamente conocido por sus estudios de Derecho de Sucesiones, una breve nota sobre Rarezas Judiciales en la Conquista, por el Dr. Juan Jo-

sé Vega. Cierra el número un artículo del Dr. Luis E. Rey Freyre sobre la denominada ley de Guerrillas, en donde enfoca críticamente el hidridismo de la ley 15590 por su falta de técnica jurídica, su inadecuada separación entre nacionales y extranjeros, así como la injusta privación de los incursos de esta ley, de los beneficios del artículo 148 del C. P. Sigue una nota del Dr. Boggio, autor de una valiosa síntesis de Derecho de Obligaciones, sobre el "hidridismo constitucional peruano y sus perniciosos efectos", concluyendo con un bosquejo general del procedimiento penal, debido a la pluma del Dr. Bramont Arias, ex Decano de la Facultad y conocido especialista de la materia, que ha puesto así al alcance del alumnado los lineamientos generales de este proceso.

El número 3 (junio 1966), trae, aparte de referencias a la marcha interna del Centro Federado, interesantes notas de Jorge Eugenio Castañeda, ampliamente conocido entre nosotros por sus estudios sobre Derecho Civil, una referencia a los Usos como Fuente del Derecho Comercial, por el Dr. Ulises Montoya Manfredi, miembro de la Comisión Reformadora del Código de Comercio. Del Dr. Alzamora Valdez, distinguido maestro universitario y actual Decano del Colegio de Abogados de Lima, una nota sobre "Delegación de la Función Legislativa" un

análisis crítico del Libro III del C.C. por José Francisco Núñez, en la que apunta conclusiones de palpitante interés, una conferencia sobre el pensamiento político del Dante, por el Dr. Boggio, en la que analiza las proyecciones de "De Monarchia", debido a la pluma del genial florentino, un estudio sobre la Prueba en el Proceso Penal, por el Dr. Bramont, un interesante comentario sobre el antiguo Código de Procedimientos en Materia Criminal, escrito por el Dr. Del Valle Randich, conocido tratadista de la materia, que nos hace apreciar los cambios introducidos desde esa fecha, hasta ahora, vistos en perspectiva histórica; un interesante bosquejo sobre los alcances de la Estadística Criminal, por José Portocarrero y un

esquema final sobre los lineamientos básicos que configuran el Delito de Aborto, por el Prof. Gastón Sotillo.

Por el mérito innegable en este empeño, por el esfuerzo editorial desplegado —que en nuestro medio adquiere dimensiones de apostolado laico, donde vemos que las revistas nacen por caridad y mueren por indiferencia— desde estas columnas de **THEMIS** saludamos cordialmente a todos aquellos que tienen sobre sus hombros esta pesada carga llena de compensaciones espirituales, para que en el futuro continúen la obra realizada, con el mismo entusiasmo que hasta el presente.

Los treinta años

por Jorge Eugenio Castañeda

En 1966, precisamente en estos meses de noviembre, cumple treinta años de vigencia el Código Civil; y en verdad que este cuerpo de leyes ha llenado con eficacia la función trascendente de normar la conducta de los hombres en su vida de relación.

Ello no obstante, se quiere reformarlo; y soy yo uno de los designados para constituir la comisión encargada de su enmienda. Empero, la verdad es que substancialmente considero que esta obra jurídica debe vivir todavía por muchos años; y que sólo conviene modificar o completar unas pocas instituciones.

Vale la pena recordar las frases que vertí con ocasión de la instalación de la comisión encargada de la reforma:

"Es tarea difícil corregir la obra de los Olacheas, Oliveiras y Solf y Muro. Empero, el Código Civil que se nos ha encargado reformar no puede considerarse como una obra acabada y perfecta, ya que sus redactores no habían dado cima a su elaboración. El gobierno del año 36 tenía explicable interés en dar un código y se apresuró a promulgar una ley cuyo contenido no estaba finito. Es por eso que puede ser objeto de una prudente y mesurada revisión".



Dr. Alfredo Solf y Muro

El 14 de Noviembre del presente año, el Código Civil ha cumplido Treinta Años de Vida. Desde 1936, las hojas del calendario han sido inflexibles. Breve es el tiempo transcurrido, si pensamos en la duración longeva de algunos **corpus** como el Napoleónico, que excede al siglo con largueza. La fecha no tiene nada de especial, si no es la constatación de cómo los cauces de la vida en sociedad se han ordenado conforme a los principios rectores de este cuerpo de leyes. Efecto importante que merece señalarse, es la vigencia de la nueva prescripción, tal como el mismo Código Civil señala en su art. 1833. Conviene hacer memoria de algunos hechos de

del Código Civil

interés. Nuestro primer Código Civil data de 1852. Antes de él, el país se regía, pese a sus imperfecciones, por el derecho colonial. En 1922, el gobierno de Leguía, nombró una comisión por Resolución Suprema de 26 de Agosto para reformar el C.C. Sus integrantes fueron los señores Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema, Manuel Augusto Olaechea, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Pedro M. Oliveira, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos, Alfredo Solf y Muro, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos, y Hermilio Valdizán, Catedrático de la Facultad de Medicina. La Comisión tuvo dos secretarios, Alberto Ulloa Sotomayor y José Maneul Calle, y como Interino, Augusto González Olaechea.

La Comisión Revisora fue nombrada por Resolución Suprema de 18 de Junio de 1936, integrándola los Sres. Diómedes Arias Schreiber, Ministro de Justicia y Culto, Julio C. Campos, Vocal de la Corte Suprema, Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Presidente de la Corte Superior de Lima, Alfredo Solf y Muro, Rector de la Universidad de San Marcos, Pedro

M. Oliveira, Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Vice-Rector de San Marcos, Manuel Augusto Olaechea y Ernesto de la Jara y Ureta. La Comisión Parlamentaria (que fue la que dio los últimos toques al Proyecto y que fue nombrada al amparo de la ley 8305) estaba constituida por los Sres. Carlos Sayán Alvarez, Primer Vice-Presidente del Congreso Constituyente, Rosendo Badani, Félix Cosio, Lucio Fuentes Aragón, Francisco R. Lanatta, Carlos A. Lozano, y Emilio Romero. Tuvo como Secretarios a Miguel Irigoyen Vidaurre Eleodoro Balarezzo, y como Auxiliar, a Jorge Patrón Irigoyen.

Hal mucho que decir sobre los aciertos y las deficiencias de nuestro Código Civil. Ello queda en todo caso en mano de los juristas y los estudiosos del Derecho. En fecha tan especial como esta, THEMIS cree que por encima de cualquier valoración, debe rendirse homenaje a sus creadores, en la persona del Dr. Alfredo Solf y Muro, único legislador vivo, que asumió la Presidencia de la Comisión a la muerte del Dr. Juan José Calle, y que como tal, le tocó entregar el proyecto al Poder Ejecutivo.

Y sobre el quehacer que nos esperaba, agregaba:

“En lo que respecta a la conducta que debe observar el legislador, debe ser conservadora. No se puede quebrar ni distorsionar una tradición legislativa. Asimismo, la verdad y el acierto jamás se encuentran en los extremos, cuando de dar leyes se trata. La actitud del face-dor de la ley deberá ser de ponderado equilibrio, porque toda obra legislativa tiende a dar seguridad a todos y a convertirse en el medio más adecuado de realizar la justicia”.

Hasta ahora me preocupa la cuestión de saber si el código debemos modificarlo. Es cierto que el tiempo modifica no sólo los principios, sino también las reglas de derecho, porque las normas no son categorías lógicas sino concentraciones y abstracciones de reglas materiales y esas reglas deben variar al cambiar las relaciones humanas que encauzan. Revelaríamos carencia de sentido histórico, si creyéramos en la inmutabilidad de los principios jurídicos. Empero, ¿este código contiene reglas periclitadas? No. Por el contrario, su orientación y sus principios continúan acusando modernidad. Y es siempre una herramienta fértil y fecunda en quienes están encargados de aplicarlo. Por fortuna, nuestra jurisprudencia ha cumplido con justeza la tarea de convertir la regla abstracta en derecho concreto en cada caso particular; ha denotado, en general, in-

teligencia al aplicar la regla. En substancia, el Poder Judicial ha conseguido que la vida se plegue, se modele conforme a los principios jurídicos contenidos en el vigente Código Civil. Su labor más profícua ha estado en la interpretación de esta ley que se quiere modificar. Y esa interpretación jamás ha sido literal; no se ha detenido en la palabra, que es lo aprehensible y lo inmediato, sino que ha indagado el pensamiento, que es mediató e invisible. Ciertamente, su acción ha sido progresiva, por lo que nuestros jueces se han convertido en un órgano, viviente del derecho; en un órgano de transformación y adelanto del espíritu jurídico.

Nadie puede afirmar de este Código Civil que contiene lagunas, o que sus preceptos están anticuados. Por eso no debemos dar otro código. De otro lado, es inconveniente reformar la ley común después de un lapso tan reducido de vigencia. No se debe dejar tan fácilmente el pasado y los principios de que se nutre. Un pueblo no debe ceder a las innovaciones sino cuando toda resistencia ha llegado a ser imposible. Y si lo que se va a hacer es igual, mejor es no hacer nada. No vaya a hacerse algo falto de vida y de fuerza.

Quizá lo que acabo de expresar, sea el mejor elogio del Código Civil que nos rige; y del que creo que debe continuar rigiendo.

Lima, noviembre de 1966.

ISMAEL BIELICH FLOREZ

(2 de Diciembre de 1966)

Estando en prensa esta edición, ha fallecido el Dr. Ismael Bielich F. antiguo Decano de nuestra Facultad de Derecho, ex-Ministro de Estado, ex-Senador de la República, pero sobre todo, hombre de vastísima cultura y distinguido maestro universitario. THEMIS se suma al duelo nacional y rinde homenaje a la ilustre memoria, de quien fue sobre todo, gran señor de la vida y del derecho. Con este motivo reproducimos a continuación el discurso, que a nombre de la Facultad de Derecho, pronunció en el Cementerio su actual Decano, el Doctor Jorge Avendaño Valdez.

Señores:

Consternados por la dolorosa y súbita desaparición del Dr. Ismael Bielich Florez, los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica nos sumamos a este homenaje póstumo que se rinde al maestro y ex-Decano.

Muchas actividades desplegó Bielich en su fructífera vida: fue abogado de verdad, luchador y erudito, en sus años de vigor; fue hombre público que ocupó los más altos cargos al servicio del país; fue político honesto apreciado por todos, inclusive por quienes no compartieron sus ideas; fue cristiano y esposo ejemplar; y fue también maestro del derecho en el más completo y cabal sentido de la palabra.

Bielich ha muerto pocos días antes de terminar su trigésimo año

académico. Había comenzado a enseñar derecho civil en 1937, cuando acababa de entrar en vigencia el Código que hoy nos rige. Hubo de iniciarse, conforme lo recordaba con orgullo, enseñando un Código que él no había aprendido como alumno. Su formación civilista era sin embargo bastante sólida desde entonces, lo suficiente para que destacara desde el comienzo como un profesor especial. Bielich dictaba sus clases de pie, caminando constantemente por el centro del salón, desprovisto de apuntes y armado tan sólo de su Código, al cual recurría ocasionalmente para el examen del articulado. Sistemático y ordenado, el dictado de la materia tenía la diafanidad de los civilistas franceses, a los cuales admiraba. Fluído y ameno, se lo podía escuchar a veces sin advertir que la hora de clase ya había concluido. Entregado por entero a la tarea de explicar la materia de su clase, Bielich se transformaba. Extrañamente dotado para transmitir su saber, a pesar de no ser un orador en el sentido riguroso que le atribuimos al vocablo, poseía la cualidad innata de cautivar al alumno e interesarlo insensiblemente en la materia del dictado. Es éste, precisamente, el atributo del maestro por excelencia: crear en el discípulo el interés por aprender, conducirlo al estudio sin la exigencia parentoria del examen,

provocar en él el diálogo en forma casi inevitable. Por esto las clases de Bielich duraban a veces dos horas: la primera de dictado y la segunda que dedicaba a absolver las interrogantes que sus alumnos espontáneamente le planteaban y que él contestaba con sencillez y calor. Recuerdo haberle escuchado decir con modestia que cualquier pregunta que un alumno formulara, por más simple o absurda que pareciera, le daba siempre la ocasión de descubrir un ángulo nuevo, y por consiguiente de aprender...

Bielich fue un verdadero estudioso del derecho civil. Poseía la sensibilidad innata del jurista. Se formó inicialmente en la escuela francesa y luego conoció profundamente las fórmulas germánicas que inspiraron nuestro Código. El Libro de sus preferencias fue el de los Derechos Reales. Recordamos sus magistrales interpretaciones sobre la teoría posesoria de Ihering y sobre la naturaleza jurídica de la prenda y la hipoteca, concebidas hasta entonces como contratos. Incursionó también en el Libro de las Obligaciones y allí está su inolvidable ponencia sobre la naturaleza y efectos del error en el acto jurídico. Conoció profundamente el Derecho de Sucesiones e hizo estudios importantes sobre la legítima del cónyuge y su compleja reglamentación en la codificación vigente.

Bielich quiso siempre coronar su carrera docente con la publicación de una obra de derecho civil. Nos aseguró varias veces tener apuntes manuscritos sobre derechos reales, los cuales deberán merecer ahora la difusión que reclamamos. No llegó a

editarlos porque pecó de perfeccionista. Ansiaba publicar un obra que no tuviera citas, no porque presumiera de saberlo todo sino porque tenía el anhelo y la ambición de poder dar su propio concepto y parecer.

Bielich fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica durante el trienio 1954 a 1956. Llevó al Decanato la experiencia de sus fructíferos años de maestro y la hondura de su formación jurídica. Sucedió a Luis Echeopar García, ese otro gran hombre de derecho a quien la muerte sorprendió prematuramente. Bielich continuó enseñando mientras ejerció el decanato, pero además impulsó la Facultad en su aspecto académico y formativo. Planteó la necesidad de revisar el Plan de Estudios y se esmeró en que la enseñanza del derecho tuviera no tanta amplitud cuanto profundidad. Bielich pensaba que la Facultad debía aplicarse a la enseñanza de las disciplinas formativas básicas y que las ramas especiales de la profesión constituyen cuerpos orgánicos de legislación que el abogado bien formado puede aprender por sí solo.

Quien les habla tuvo el privilegio de ser alumno del maestro Bielich. Tuvo también el honor de ser su amigo. Integré la promoción de la Facultad que lleva precisamente el nombre Ismael Bielich Florez. Por mi intermedio, esta promoción rinde este último homenaje a quien supo descubrirnos el amor al derecho y a la justicia. Bielich no tuvo hijos. Sin embargo, como nos lo dijo emocionado en aquella su última clase del curso de Moral Profesional, los tuvo a manos llenas en las aulas.

Treinta pomociones de abogados son testigos de la alta calidad personal de este hombre bueno y recto que dedicó su vida a la enseñanza. Juicioso y sereno, honesto e intachable, tuvo la altura de los espíritus selectos. Conversador ameno e inagotable, don Ismael no tuvo jamás una frase de rencor ni de ponzoña. Prefirió callar que criticar. Supo elogiar y amar. Supo admirar el arte y la literatura. Gustó de la filosofía, creyó y vivió intensamente el cristianismo. La muerte nos lo

quita cuando la Facultad iba a celebrar alborozada sus treinta años de maestro. La pena que nos embarga es grande y su ausencia será muy sentida. Pero nos queda su ejemplo para los hombres de hoy y para las generaciones venideras. Los jóvenes de mañana verán en Bielich al jurista sensible y fino que vivió para darse en la docencia. Verán al maestro que hizo de la Universidad el objeto de sus desvelos y a la cual dedicó sus más preciadas energías.

Dr. Bielich, descanse en paz.

VÍCTOR ANDRÉS BELAÜNDE

(14 de Diciembre de 1966)

Al filo del cierre de esta edición falleció repentinamente en New York, el doctor Víctor Andrés Belaúnde, destacado diplomático e internacionalista, ex-Decano de la Facultad de Derecho y Rector Emérito de la Universidad Católica. THE-MIS siente como suya la desaparición de tan ilustre intelectual, y reproduce en esta oportunidad, el discurso que el Dr. José Luis Bustamante y Rivero, ex-Presidente de la República. Juez de la Corte Internacional de la Haya, pronunció en el sepelio, a nombre del Colegio de Abogados de Arequipa.

Hay hombres cuyo paso por el mundo suscita una sensación de permanente plenitud: Lleno de lumbré el espíritu, colmada de eficacia la obra, rebosante de ejemplos la conducta, henchido de nobleza el corazón.

El hombre que aquí yace fue uno de ellos. Sin riesgo de redundancia, cabe decir que en Víctor Andrés Belaúnde se daba un caso de plenitud integral, la cual, por lo que hace al tiempo, tuvo expresión en todas las épocas de su vida y, en lo que concierne al espacio, abarcaba con docto señorío los ilimitados dominios del pensamiento para encontrar en ellos un ámbito de dimensión universal. Examinemos estos dos aspectos de la plenitud de Belaúnde.

Plenitud en el tiempo. Cuando joven, él mostraba junto al ímpetu de la sangre nueva la jugosa sapiencia de un espíritu en madurez. Y en sus años provecos, la carga de experiencia de los largos lustros vividos se vestía de la ágil ligereza de un magisterio juvenil. Era así Belaúnde una especie de síntesis en cuyos crisoles se fundan los más preciosos atributos de juventud y de vejez, para transmitir a quienes le rodeaban la impresión inequívoca de un mago que ha detenido el tiempo con el designio, de dar longevidad siempre lozana a su misión sobre la tierra. Por eso, la sorpresa de su muerte nos ha sumido en estupor: Nadie esperaba la extinción del recio anciano que día a día le ganaba batallas a la vida para sobre-

vivir en plenitud, sin rendirse jamás a la asechanza de las decadencias otoñales. Mas esa fue, precisamente, su postrera lección: acaba de legarnos el ejemplo de una vida tan plena, tan cabalmente plena, que hasta el último día estuvo consagrada con obstinado e incansable dinamismo al ejercicio de su humanísimo apostolado.

Plenitud en el espacio. Belaúnde fue filósofo y jurista, historiador y sociólogo; buceaba con angustia en las nuevas técnicas nucleares para descubrir átomos de paz; su poderosa fantasía le hacía ser poeta y había en sus transportes oratorios destellos de creador. Lujosa pluralidad, en suma, de un ecumenismo enciclopédico. A través de ese mundo intelectual en que se movía, él creía en los altos destinos del hombre; y fascinado por esa perspectiva buscó en las instituciones ecuménicas del orbe un escenario fructuoso para sus ansias de acción. Docencia universitaria, diplomacia internacional, Iglesia son organismos universales dentro de cuyas órbitas se forjan los ideales de la juventud, el porvenir de las naciones y los supremos objetivos del alma. A todos esos campos, variados al parecer, pero coincidentes en su finalidad de superación humana dedicó Belaúnde el ahínco impetuoso de su mente universalista y de su voluntad soñadora. Consagróse a ellos plenamente, integralmente, con la totalidad de su ser. "Maestro" le han llamado con unanimidad sin restricciones varias generaciones de peruanos y muchos extranjeros. En la Universidad Católica del Perú dictó cátedra dentro y fuera del

aula con la sabiduría del pensador, con la versación del erudito, con el puritanismo de su conducta, con el acento fervoroso de su peruanidad. En certámenes y debates internacionales y muy particularmente en el seno de las Naciones Unidas puso su talento y su oratoria al servicio de la causa de la paz con la convicción de un apóstol y el arrastre convencido de un iluminado. Finalmente, como abanderado civil de la Iglesia Católica Peruana se hizo un teólogo laico para dar testimonio del mensaje de Cristo; y en su vida privada, la sinceridad de su catolicismo suscitó el respeto de los miembros de otras religiones. Practicó Belaúnde, en una palabra, la plenitud de una trascendente acción social y humana, cifrada toda ella en su afán de depuración pregresiva del hombre en sus aspectos educativo, cívico, comunitario y religioso.

Y hubo en él, todavía, otra forma de plenitud, más íntima y modesta si se quiere, pero sentimentalmente más honda: la plenitud de su alegría interna en el campo privado de las relaciones humanas. Belaúnde rebosaba optimismo y jovialidad. La fresca juventud de su espíritu practicaba el deleite de la conversación y manejaba magistralmente los resortes del humorismo. Poseía el don de DAR: se daba él mismo todo entero a los demás en la agudeza de su ingenio, en la finura de sus apostillas, en la delicada exteriorización de sus afectos. Era un millonario de generosidades que, sin ostentación ni apego por los bienes materiales, supo dilapidar sin tasa los caudales de su auténtica riqueza espiritual. Maravillosa plenitud de sembrador de sensaciones que in-

fundía en sus amigos grandes y pequeños, pobres o afortunados, la ilusión bienhechora del goce de vivir.

El Perú debe mucho a Víctor Andrés Belaúnde. Su deuda para con él es incommensurable porque él le donó valores no susceptibles de cotización. Valores intangibles pero excelsos de probidad moral, de ejemplaridad sobresaliente, de fe inquebrantablemente optimista, de sensato equilibrio humano, de honroso prestigio internacional. Por eso el Perú está aquí presente en este instante penoso, con sus Poderes Públicos en duelo, con sus armas rendidas, con su pueblo entristecido y en congoja. Ese homenaje unánime de la Nación está llegando, estoy seguro, hasta la intimidad de este féretro como un voto de compañía y de emocionada gratitud.

El mundo personificado en las Naciones Unidas, reconoce igualmente una deuda sagrada para con Belaúnde, porque en él tuvo un permanente y esforzado adalid de nobles causas y un promotor sin desmayos de la paz universal. Por eso aquí, delante de sus restos, la diplomacia del mundo presente en las personas de sus conspicuos representantes, trae también su despedida a uno de sus colegas más egregios.

Arequipa está también aquí presente para decir su mensaje al gran arequipeño. Y en su mensaje de madre tiembla el duelo de esta partida sin retorno que ha estremecido sus entrañas con el dolor de una tremenda desgarradora. Las instituciones tutelares de la ciudad se hermanan en el luto por éste que fue

uno de sus hijos más dilectos; y el Colegio de Abogados de Arequipa, que le contaba con orgullo entre sus miembros eméritos, me ha conferido el encargo de traer a esta ceremonia el testimonio de su admiración y de su condolencia. Al cumplir este encargo, no puedo menos que llamar a evocación la más preciada característica de la tradición arequipeña: La ciudad del Derecho vio una vez más confirmada su estirpe jurídica con la aparición de Belaúnde; y tras la reseña de esa vida tan afanosamente consagrada a la defensa de los fueros humanos y de la fraternidad en la justicia viene a las mientes la certidumbre de que, una vez más también, la tierra de Martínez y Pacheco ha añadido en la figura de Belaúnde un nuevo eslabón de honor a sus ya viejos lauros de tierra de juristas.

Y los amigos de Belaúnde reclamamos, finalmente, un rincón de este homenaje para decir nuestros adioses a ese entrañable camarada que fuera en vida para todos un profesor de sana alegría, un señor del buen consejo y un poseído de la eterna esperanza. Por el bien que nos hicieron vuestras palabras, por el ánimo que nos infundieron vuestras actitudes, por el recuerdo que nos deja vuestro afecto, gracias, Maestro amigo. Si en el conjunto de voces de despedida que mudamente vibran en el silencio de este cementerio quisiéramos los aquí presentes deciros algo que, más allá de este sarcófago, pueda halagar vuestros oídos terrenos, os diríamos sin vacilar, doctor Belaúnde, invocando vuestra vocación de hombre pacífico y bueno: ¡Que la paz dé sombra a vuestra tumba!

"EL DEBATE CONSTITUCIONAL"
Discursos en la Asamblea 1931-1932), Víctor Andrés Belaúnde. T. G. Villanueva S. A. Lima, 1966. 323 pp.

Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A. ha tenido este acierto, gratamente acogido, por quienes gustan de la temática constitucional al reeditar este bello libro que contiene los discursos pronunciados en la Asamblea Constituyente de 1931-1932 por Víctor Andrés Belaúnde que constituyeron prolegómenos doctrinarios de singular importancia para el nacimiento de nuestra actual Carta Constitucional.

Se trata de una serie de piezas oratorias de gran calidad que se atreven a lo largo de 30 años a constituir un admirable catálogo socio-jurídico para futuros legisladores; una serena, honesta e irreprochable interpretación de la realidad peruana y una admonición pedagógica para nuestros actuales legisladores, de como debe ser una responsable, alturada y honesta intervención del hombre público para legislar sobre cuestiones nacionales.

Destacado orador y político, abogado, ex ministro de estado, conferencista de brillo internacional; hombre de esencias universales, fervoroso católico y maestro por antonomasia, Belaúnde ha sido y sigue siendo permanente maestro de verdades eternas que sobrevive en nuestros días a los avatares del tiempo y a la madurez paulatina de nuestras instituciones.

Rodeado de grandes figuras nacionales en la Constituyente (1931-1932) su voz polémica se alzó para robustecer el debate sobre nuestras instituciones políticas fundamentales. Sus formidables argumentaciones en temas como, el Estado y la Iglesia; el Sufragio Femenino, del cual fue incondicional abanderado; la subsistencia del Senado; las Interpelaciones; el Problema Indígena y su admirable oposición a la Pena de Muerte por delitos políticos muestran su extraordi-

naria y segura versación en las Ciencias políticas, sociales e históricas.

Iluminadas intervenciones como la que le cupo al defender la independencia del Poder Judicial nos lleva a detenernos en este problema al que se le sigue considerando condición sine quanon para una eficiente administración de justicia. Hoy como ayer, esa necesidad se hace cada vez más apremiante hasta llegar a constituir ya un problema nacional o como diría Belaúnde... "es una idea fuerza que existe perfectamente definida incorporada en la Conciencia Nacional"... y más adelante... "el clima espiritual de la Nación lo reclama"... Y estas frases no han perdido actualidad porque lo seguimos planteando desde las universidades y tribunas de opinión, pues "todo criterio político (en la elección de magistrados) es emocional y utilitario; el criterio técnico es justo y bueno. Que vengan propuestas para la única autoridad que conoce directamente" y va terminando su intervención con estas agudas expresiones: "Un gobierno se apoya en las instituciones que resisten y un gobierno sólo es fuerte cuando tiene un Poder Judicial fuerte. Cuando el Poder Judicial es débil, el gobierno es débil aunque parezca fuerte"...

Su intervención defendiendo la pena de muerte para el homicidio calificado y el de traición a la Patria y su decidida y elevada oposición a la implantación del "patíbulo político" reitera su indeclinable independencia de espíritu.

En resumen, la tendencia de filiación socio-política en cada uno de sus discursos conlleva la preocupación de Víctor Andrés Belaúnde de interpretar la realidad constitucional en función de complementariedad con las estructuras sociales e históricas unida a una constante preocupación ética por las responsabilidades del hombre público frente al presunto gesto esclarecedor de la historia.

Luis Stucchi Díaz.

"SOCIOLOGIA DEL DELITO", Midendorff Wolf. Traducción de José María Rodríguez D. Revista de Occidente. Madrid, 1961, 397 páginas.

Es innegable que el mundo en estos momentos atraviesa por una etapa de profundos cambios, que se traducen en la diaria actividad humana; pero muchos de los instrumentos que el hombre se vale para afrontar este cambio, no se han adaptado completamente a este proceso, habiendo disparidad en el proceso evolutivo. Las ciencias abren paso al avance del hombre, y así la técnica con sus adelantos celebra sus mayores triunfos y el hombre en su continuo accionar trata de controlar estos desbordes de tecnicismo. Ante el dilema de que ni las ciencias del espíritu ni las naturales, unilateralmente podrán dar respuesta al problema del hombre, tenemos muchas ciencias que participan de la naturaleza de ambas en cuanto a sus proyecciones: la Criminología y la Sociología, que se ayudan mutuamente en el "inventario del asocial", para deducir de sí determinadas consecuencias para el futuro.

Quien sabe si uno de los tópicos más importantes que el autor toca en su obra es la del concepto del delito en la Criminología y Sociología. Diferenciación por cierto muy importante, que permitirá deslindar el campo de actividad de cada una de ellas, y entrever los puntos comunes. Se presenta un primer problema, con respecto a este tópico y es que parece existir una oposición de sentido, en cuanto al término delito y ciencia. Mientras la Sociología investiga de modo rigurosamente objetivo y racional las condiciones y relaciones sociales generales, desde un plano libre de valoraciones, en cambio la palabra delito implica normalmente una valoración moral. El autor ante este dilema concluye afirmando que la Criminología se dedica principalmente a la investigación del delito, para posteriormente realizar un lógico raciocinio salvando esta dificultad.

Diversas nociones se han dado acerca de la Criminología, así la de la cien-

cia alemana que la considera como una teoría del delito o sea un fenómeno en la vida del individuo y del pueblo; en cambio, la noción vertida por la escuela norteamericana es de carácter amplio y la considera como el conjunto de todos los hechos conocidos sobre el delito y su lucha contra él. Esto lleva al autor a indagar sobre una cabal definición de delito, que permita establecer en ella el conglomerado de factores que intervienen en su producción, realizando para tal efecto un recuento histórico del proceso evolutivo que ha sufrido la vida delictiva y su punición, señalando que en las etapas primitivas, la vida de la comunidad estaba regulada por leyes sacrales en forma de tabúes, los seres humanos no podían comprender causalmente los sucesos que sobrevenían, sino personalmente como obras de la divinidad; así también la comunidad del pueblo estaba en la cima de la escala de valores que había que proteger, el individuo desempeñaba un papel insignificante.

El actual sentimiento jurídico, señala el autor, está aún determinado religiosamente; pero a pesar de ello la religión y el Derecho Penal, se alojan entre sí en el mundo moderno cada vez más y a veces hasta originan graves conflictos. Pero la conciencia moral tan estrechamente ligada a la religión, es todavía la amplia base y el punto de partida para la formación de la norma jurídica penal, siendo así que el Derecho Penal, como lo consideran diversos autores, como Sax, "es un pedazo de la filosofía de valores aplicada". Pero muchos tipos legales se sustraen ampliamente a un juicio moral desfavorable, puesto que sólo se les puede atribuir el carácter transitorio de una mera ordenación. Teniendo en consideración también, que las concepciones morales varían de un país a otro y están sometidas a grandes modificaciones en el transcurso de los tiempos, pudiendo ellas producirse mucho más rápidamente de lo que permite el trabajo del legislador, concluye el autor confusamente, afirmando la relatividad simulada de estas normas. De esto se infiere en el ámbito jurídico-penal y criminológico

que los conceptos de "inmoral" y "criminal", no siempre concuerdan con la opinión predominante de los pueblos.

Se apela también como fuente de conocimiento de lo justo e injusto, el llamado derecho natural, el cual sin embargo a causa de su plurivocidad no es prácticamente utilizable en estos casos.

Y concluye Middendorff diciendo que la fuente más segura para saber qué es lo que deba designarse como delito es la ley escrita. La tan esperada definición de delito la da el autor después de este proceso de análisis de fuentes de conocimiento de derecho penal: "delito es la conducta de un ser humano responsable castigada con una pena por el respectivo Estado considerada al mismo tiempo por el pueblo en general como inmoral y que representa siempre un conflicto social dentro de la comunidad de que se trate". Esta definición del delito constituye la base para el estudio de los criminólogos, donde se hace evidente la relatividad del concepto de delito. Por ello se ha intentado con frecuencia dar un concepto que no esté sujeto a estos cambios. En la relatividad, fundamento del derecho penal, yace la debilidad y la fuerza de la criminología. Desde fines del siglo pasado, como anota el autor, se puede hablar de Criminología como ciencia en sentido estricto, desde la escuela antropológica criminal o biológica criminal, fundada por el médico turinés, Lombroso, y luego la escuela sociológica criminal que partió principalmente de Francia, la cual no coloca al individuo en el centro de sus investigaciones, sino que acentúa los influjos del mundo circundante en relación al delito. Actualmente se reconoce que el delito es un proceso a cuya producción concurren la disposición, el mundo circundante y la estructura de la personalidad del individuo. Pero en el marco de esta teoría de la unión se observa un fuerte propensión al aspecto psicológico y sobre todo al sociológico.

La Sociología criminal representa únicamente un pequeño sector en el inmenso campo de trabajo de la Sociología general, mientras que ésta, en el campo de la criminología, ocupa quizá la posición más importante. La sociología, seña-

la el autor, ha sufrido un proceso cíclico en tanto que en sus inicios, era más filosofía que sociología, para luego pasar por etapa netamente científica y ahora volver en muchos países a la inclinación teórica y doctrinaria. Anteriormente, hemos remarcado la finalidad de la Sociología, como ciencia que trata de explicar el suceder social, que requiere ciertamente un análisis objetivo, pero se revuelve como señala Middendorff contra una sociología, libre de valoraciones, se aproxima a su vez a la Criminología. Pero quien sabe lo que en común tienen ambas ciencias, es que ellas se sirven de la psicología; habiéndose desarrollado dentro del marco de la sociología una psicología social.

La Sociología habla de conductas normales y conductas que se apartan de las normas. Se habla también de conducta discordante o de anomía social. Esto lo señala el autor, pero otros autores sostienen que la Sociología no puede interesarse en estas anomalías, por cuanto éstas se dan siempre, interesando tan sólo aquellas que constituyen una modificación repentina. En Sociología se habla, pues, de desviaciones de la conducta normal, ya sea en sentido positivo o negativo; habiendo un límite de tolerancia que cuando se traspasa, conduce a una reacción correspondiente de la Sociedad, siendo la sanción penal representante de una pequeña parte de la desaprobación social.

Los límites entre conducta discordante y delito, son casi siempre difusos, pudiendo existir un proceso de evolución de la conducta discordante y el delito y viceversa.

El autor ha querido, pues, presentar en esta obra, las relaciones existentes entre dos ciencias, Sociología y Criminología, que las considera fundamentales para el desarrollo de la Sociedad. En tanto que con el estudio de las conductas discordantes o anómalas, como se las quiera llamar, se podrá prever, con criterio estrictamente científico ciertas constantes de carácter delictivo que permitirán estar preparados para luchar contra ellas.

Luis Arbulú Alva

AUTORES EN ESTE NUMERO

Domingo García Rada; abogado, doctor en Derecho, Catedrático de las Universidades de San Marcos y la Católica. De esta última fue Decano de su Facultad de Derecho el período 1958-60. Desde 1957 es Vocal de la Corte Suprema de la República. Preside la Comisión Revisora del Código de Comercio. Ha publicado "El Poder Judicial" (1944) e "Instituciones de Derecho Procesal Penal" (1965), ésta última se hizo acreedora al Premio Fomento a la Cultura "Francisco García Calderón". El artículo que insertamos en este número, es un capítulo de su obra "La Instrucción", que aparecerá el próximo año.

José León Barandiarán; abogado, doctor en Derecho, catedrático de las Universidades de San Marcos y la Católica. Ex-Rector de San Marcos. Ministro de Estado (1948) Decano del Colegio de Abogados de Lima (1954-55) Decano de la Facultad de Derecho de San Marcos (1956-61) Integró la Comisión Villarán que presentó el Ante-Proyecto de Constitución en 1931. Actualmente es miembro del Jurado Nacional de Elecciones, y Fiscal Suplente de la Corte Suprema de Justicia. Autor de "Comentarios al Código Civil Peruano" en cuatro tomos, "El Derecho y el

Arte", "Consideraciones Jurídicas sobre El Quijote" etc. Tiene en curso de publicación "Los Contratos en el Código Civil Peruano" cuyo primer tomo ha publicado recientemente.

Ulises Montoya Manfredi; abogado, doctor en Derecho, Director Gene-

ral de Trabajo (1948) y Ministro de Justicia y Culto (1958-59) Catedrático de la Facultad de Derecho de San Marcos desde 1949. Colaborador de diversas revistas jurídicas, ha escrito "Sociedades Anónimas" y "Arbitraje Internacional comercial", ésta última por encargo especial de la Unión Internacional de Abogados. Es miembro de la Comisión revisora del Código de Comercio. Recientemente, fué elegido Vice-Rector de San Marcos. En 1958 fué elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Jorge Eugenio Castañeda, abogado, doctor en Derecho, Catedrático titular de Derecho Civil en la Universidad de San Marcos. Ha publicado "Instituciones de Derecho Civil" en cuatro tomos, "El Daño Aquiliano en la Legislación Peruana" etc. Ha sido Senador de la República por la Libertad el período 1956-62. Colabora en diversas revistas jurídicas del país y del extranjero. En la Revista de Derecho y Ciencias Políticas tiene en curso de publicación Los Contratos en el Código Civil (Parte general). Integra la Comisión Revisora del Código Civil, y desde 1962, la de Reforma del Código de Comercio.

Domingo García Belaúnde, alumno del cuarto año de Derecho de la PUC.

Luis Stucchi Díaz, alumno del cuarto año de Derecho de la PUC.

Luis Arbulú Alva, alumno del Segundo Año de Derecho de la PUC.

Normas para los colaboradores de la revista "THEMIS"

Rogamos a todos aquellos que colaboren en el futuro con nuestra Revista, se ciñan a las pautas generales que enumeramos a continuación:

- 1) Todo trabajo, solicitado o libremente enviado debe remitirse conjuntamente con dos copias. El material recibido no se devuelve.
- 2) Los trabajos, así como toda correspondencia en general, deben enviarse al Secretario de Redacción.
- 3) Los trabajos recibidos se publicarán de acuerdo a su orden de llegada, supeditadas siempre al criterio de la Dirección.
- 4) Todo trabajo, recensión o nota, debe ir escrito a máquina, a doble espacio, y guardando un margen prudente a la izquierda.
- 5) Las palabras en lengua extranjera deben ir siempre subrayadas para que puedan ir en **negrita**.
- 6) Las notas bibliográficas con que el autor acompañe su trabajo, deberán ir a pie de página o en hoja separada, con numeración consecutiva y progresiva. Si se citan libros o revistas, deberán enunciarse completas la primera vez; después será lícito usar abreviaturas.
- 7) Cuando en las notas bibliográficas se citen libros, deberán acompañarse en todo caso:
 - a) El nombre completo del autor;
 - b) El nombre completo de la obra;
 - c) Lugar de impresión, casa editora y año que fue publicado;
 - d) Número de páginas, y volumen, en caso de ser más de uno.
 - e) Número de edición (sólo en caso de no tratarse de la primera).
- 8) En caso de citarse un artículo o ensayo, aparecido en revista, debe ilustrarse con los siguientes datos:
 - a) Nombre de la revista.
 - b) Lugar de Impresión.
 - c) Número, mes, año y volumen de la revista.
 - d) Nombre completo del artículo y autor que es utilizado.
- 9) Las recensiones bibliográficas deberán ordenarse de la siguiente forma:
 - a) Nombre del autor.
 - b) Nombre de la obra (indicando volúmenes, casa editora, lugar y año de publicación, colección a que pertenece, número de páginas, y traductor, en caso de ser el original en lengua extranjera).
- 10) Los trabajos, que en su respectivo caso, no llenen los antedichos requisitos, serán devueltos a sus autores para los agregados convenientes.
- 11) Tratándose de profesores, ex-alumnos o abogados, que envíen por vez primera colaboraciones a nuestra revista, se ruega acompañar, en hoja suelta, el **curriculum vitae** de su autor.

**Cortesía
de
Industrias
ANDERSON CLAYTON y Co. S. A.**



SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION,
para poner en marcha la producción de los ya-
cimientos de Toquepala, realizó la más grande
inversión jamás hecha de una sola vez en el Pe-
rú. Y con ello, al mismo tiempo que elevó a
nuestro País al 7º lugar entre los productores
de cobre del Mundo, se pudo crear una gigan-
tesca fuente de trabajo permanente para cerca
de 5,000 personas que están entre las que tie-
nen los niveles de vida más altos de nuestra
Patria.

Southern Perú Copper Corporation

Un trago para su halago!

Long John

100 o/o Whisky ESCOCES AUTENTICO,
Destilado, madurado, mezclado
y embotellado en ESCOCIA.

Suave Delicioso ¡Unico!

86 Proof - Blended Scotch Whiskey.
Long John Distilleries Glasgow,
Escocia.



AGENTES EXCLUSIVOS PARA EL PERU

LA DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS S. A.

Av. Abancay 266 - Lima - Telf. 83170

P. Roselló & Cía. S. A.

MOSAICOS

Calidad — Duración — Garantía

Av. Brasil 229 — Lima
Telf. 30370 - 45560

Pomabamba 612. Chac.
Colorada — Tel. 45130

Más de 96 años al Servicio de la Industria
Constructora.

Compañía de Seguros Atlas

FUNDADA EN 1896

—:0:—

Capital y Reservas: más de \$. 215'000.000.00

**Esta Revista a sido
impresa en papel
Paramonga**

BOND DE 80 GRMS.

CORTESIA:

Negociación Agrícola Tacama Ltda.

AGRADECIMIENTOS:

**FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**

NOTARIA GASTON GARCIA RADA

ESTA REVISTA SE
TERMINO DE IM-
PRIMIR EN LOS TA-
LLERES GRAFICOS
DE ECOS EDITORES
E IMPRESORES, PA-
SAJE SANTA ROSA
191.

LIMA — PERU