

THÉMIS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

Año 3

Primer Semestre de 1967

Número 4

SUMARIO

Cooperación Internacional para la Paz bajo la Ley <i>por Earl Warren</i>	1
Víctor Andrés Belaunde y su contribución en cuanto al ordenamiento Constitucional Patrio. <i>por José León Barandiarán</i>	6
La Acción como Derecho de Instancia Jurisdiccional. <i>por Fernando Peña Neves</i>	9
Origen de la Jurisdicción de los Organismos Laborales Peruanos y la determinación de su competencia. <i>por Joaquín Leguía Gálvez</i>	25
El endoso de la Letra de Cambio después del Protesto y la Jurisprudencia peruana. <i>por Felipe Osterling Parodi</i>	42
Los nombramientos Judiciales. <i>por Luis Arbulú Alva</i>	48
Kelsen y la idea aristotélica del Derecho. <i>por Fernando de Trazegnies Granda</i>	54
Reportaje a Luis Jiménez de Asúa.....	76
Documentos, Estatuto de la Asociación Jurídica Thémis.....	77
Revista de Libros.....	83
Autores en este número.....	86
Agradecimientos.....	87



THÉMIS

Revista de Ciencias Jurídicas
Primer Semestre de 1967
Año 3 — Número 4
Carabaya 1174 — Lima (Perú)

Consejo de Redacción: Domingo García Belaunde (director), Luis Stucchi Díaz, Luis Arbulú Alva, Enrique Gómez Ossio, Jaime Thorne León, Augusto Durand Palacios, Antonio Kuljevan Pagador, Fernando Peña Neves, Gonzalo Ortiz de Zevallos Olachea, Jorge Dajes Fleishman, Jack Batievsky Spaack, Jorge Vega Velasco (Secretario).

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

Lugares de Venta: Librerías Studium, Mejía Baca, La Universidad, Epoca. Precio del ejemplar: S/. 15.00.

Revista editada por la Asociación Jurídica Thémis (Art. 37 de los Estatutos: "El Reglamento determinará que los miembros que integran la revista sean necesariamente alumnos regulares de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú").

Cooperación Internacional para la Paz bajo la Ley

Por Earl Warren

La cooperación internacional constituye la llave para el desarrollo de la ley internacional. Ya sea efectuado por un tratado acordado por las naciones o por reglas que han adquirido un estado legal de ley internacional debido a costumbres aceptadas hace mucho tiempo; la ley internacional depende de su existencia en la cooperación internacional entre los hombres y naciones.

Los libros de historia nos enseñan que desde el albor de los acontecimientos humanos registrados, hasta la actualidad, la mayor necesidad de la humanidad ha sido la paz. El advenimiento del poder nuclear ha transformado aquella nece-

sidad en un deseo inmediato. Lo imperativo en nuestros días, es el desarrollo de métodos —no bélicos— para el arreglo de las disputas entre las naciones.

Otra lección de la historia es que cuando quiera que y a donde quiera que prevalezca una justa ley, prevalece la paz. Cuando las reglas de la ley son relajadas, la sociedad es acosada por el temor, el peligro y el caos. Por lo tanto, debemos procurar el logro de un mundo regulado por la justicia de acuerdo con la ley, pues tal mundo sería un mundo de paz.

Esta esperanza de paz mundial por medio de la ley no es un sueño

vacío Al contrario, es ahora, más que en ningún otro tiempo de la historia, una posibilidad práctica que deben perseguir los hombres y naciones con todas las energías a su disposición. Las lecciones escritas en sangre sobre los campos de batalla del ayer y de hoy en día, es que la guerra no puede aún ni servir los intereses imaginarios de aquellos que recurren a éste medio, y menos aún los intereses de la humanidad. En conclusión han fallado los instrumentos bélicos. Y por ésta razón, la cuestión práctica suprema de nuestros tiempos es si los instrumentos de paz se puedan fortalecer lo suficientemente para poder tomar posesión de los problemas internacionales. Extendiendo las reglas de la ley en la comunidad mundial, daremos respuesta afirmativa a aquella pregunta, pues la ley es el instrumento más grande de paz que jamás ha creado la humanidad.

Especialmente hoy en día, cuando el hombre ha aprendido a destruir el mundo, su mayor necesidad son los medios e instituciones que puedan salvar a la humanidad del holocausto de la guerra nuclear. Es absolutamente claro de que la humanidad debe aprender a vivir unidos o de lo contrario ver perecer la civilización que conocemos, en la insensata devastación de la guerra.

Naturalmente, no será fácil, la tarea de construir e inculcar una estructura de leyes y arreglos legales para asegurar la paz mundial. El mundo está dividido por diferencias de lenguaje, color, credos, y sistemas políticos. Pero no obstante, el reino de la ley dentro y entre las

naciones, es un concepto universalmente comprendido como un ideal por los hombres de buena voluntad. Por consiguiente, ofrece un campo común que posee la humanidad donde se puede erigir un edificio para la paz.

La ley es la salvaguarda de la libertad, el árbitro de la justicia y el protector de los derechos de los hombres y naciones. Ninguna persona es tan grande que esté sobre la ley y nadie tan insignificante que no pueda acudir a la ley para su protección. El objeto de la ley es asegurar igual justicia proporcionando un standard único de derechos y deberes aplicables a cada individuo y cada nación en una situación similar. El término "gobierno de la ley" connota debido procedimientos, adherencia a principios morales fundamentales, y respeto por la dignidad y méritos del individuo. También implica las tradiciones, procedimientos e instituciones que dan efecto práctico a estos ideales. Dentro de las naciones se expresan en limitaciones del poder legislativo, en la salvaguarda contra abusos del poder ejecutivo, en acceso igualmente a la ley e igualdad ante la ley, y en la protección de las libertades individuales por juzgados independientes. Internacionalmente implica el desarrollo de tradiciones, procedimientos o instituciones que tienen por objetivo reducir las tensiones internacionales, resolver las crisis internacionales e eliminar la violencia internacional por medio de la substitución con la ley. En todas estas implicaciones, el término "gobierno por la ley" es universalmente comprendido. También se está comenzando a comprender cada

vez con mayor amplitud de que la civilización debe ser edificada respetando la ley y sólo será saludable en un medio ambiente respetuoso a las leyes. El gobierno de la ley es por lo tanto un ideal, a cuya sombra las esperanzas y anhelos de la humanidad pueden revivir en un gigantesco esfuerzo para erigir una realística estructura de paz mundial.

Vivimos en una época en que el mundo está siendo rehecho socialmente, económicamente, científicamente y aún intelectualmente. Nuestra época ha sido testigo de acontecimientos tan dramáticos como, vuelos a velocidades superiores al sonido, la desintegración del átomo, drogas milagrosas, y satélites dirigidos lanzados al espacio. Los rápidos y turbulentos cambios en los campos científicos, económicos y sociales, — casi muy numerosos para mencionarlos— diariamente contravienen la valorización sobre las bases de standards anteriores y experiencia. El panorama del espacio infinito ha abierto el horizonte humano en sus investigaciones abarcando el universo. A un paso acelerado, que nunca soñamos, toda la estructura de nuestra existencia está siendo remodelada. Para asegurarnos que estos cambios laboran para beneficio de la humanidad, la ley debe ser rápidamente desarrollada en la comunidad mundial para enfrentarse a los problemas que éstos crean y controlar su potencialidad para fines productivos y pacíficos.

Debido a las rápidas comunicaciones y transportes, nuestro mundo es también un mundo indivisi-

ble. Las viejas barreras, cómo las montañas y los mares, el clima, y aún el tiempo y la distancia están reduciéndose a insignificancias. En constante aumento vemos crecer las relaciones económicas y cambios intelectuales entre las naciones. La interdependencia o interconexión entre los pueblos es un hecho que pocos podrán negar. Por consiguiente, la cooperación internacional es una necesidad primordial de nuestros tiempos. Y es sobre todo por medio de la cooperación internacional en el desarrollo de la ley que el mundo puede convertir este hecho de su propia indivisibilidad para beneficio común.

Manifiesto estas cosas bien conocidas, para hacer hincapié de que la ley no ha marchado al compás con las cambiantes condiciones del mundo. Los líderes de la ley deben ahora hacer frente a este hecho y tomar acción y efectuar planes para cerrar la brecha.

Soy optimista de que nosotros pertenecientes a la ley podemos crear en forma tan dramática y significativa como lo han efectuado los hombres de ciencia. Debemos crear un control de ley para refrenar el gran poder que ahora tienen los hombres con el fin de asegurar su uso para beneficio de la humanidad en vez de su exterminación. Aún más, creo, que las creaciones de la ciencia y electrónica hace posible los intercambios cooperativos de ideas y comunicaciones que son necesarios para apresurar el día de un mundo regido por la ley.

En 1963 y nuevamente en 1965, tomé parte en una conferencia

mundial de líderes de la profesión que ejerzo lo que ha fortificado mi fé en la capacidad de la humanidad para desarrollar la ley internacional en un factor principal de paz mundial. Estos líderes de la ley son hombres prácticos dedicados en hacer de la ley lo suficientemente fuerte como guía en el camino hacia la paz mundial. Estudiaron nuevas ideas, y desarrollaron un programa factible para lograr poner estas ideas en las práctica.

Existe amplia evidencia para apoyar la esperanzada visión de la capacidad desarrolladora de una ley internacional. No obstante, todos comprendemos, que aún hay mucha labor que realizar en este campo. Permítaseme mencionar brevemente cuatro zonas o puntos concernientes que merecen recalcar en particular.

Primero, la mas desafiante de todas: Cómo podemos fortalecer el hábito de substituir la razón por la violencia como un método para decidir las disputas internacionales. Los logros de las Naciones Unidas al respecto, en general, han sido halagadores. Pero en las disputas entre naciones, muy a menudo, se confía en la fuerza bruta, con trágicas consecuencia. La ausencia de suficientes leyes y de suficientes juzgados activos para arreglar las disputas en la comunidad mundial es quizá la mayor brecha que existe en la estructura creciente de la civilización. Necesitamos desarrollar una maquinaria efectiva de paz y ello significa desarrollar más leyes y más instituciones legales. Debemos formular un consenso mundial

que favorezca la paz por medio de la ley y crear la atmósfera que hace que el uso de los métodos pacíficos sean un hábito.

Segundo: Qué instituciones legales pueden ser desarrolladas para facilitar la expansión del comercio, inversiones, y progreso económico sobre una amplia base mundial? Si tenemos éxito en cerrar la creciente brecha económica entre las naciones ricas y pobres, habremos dado enormes pasos hacia la paz mundial. Una manera de encajar este problema es la de fortalecer y de aumentar la efectividad de procedimientos adjudicativos especiales para el arreglo de disputas en el campo económico.

Tercero: Qué se puede hacer para agrandar el reconocimiento internacional de los derechos y deberes de los individuos humanos relacionados con la comunidad mundial? Bajo éste título sería incluido el reconocimiento de los derechos civiles básicos de los ciudadanos de cualquier país mientras viaja o reside en algún otro país.

Cuarto: y lo más fundamental de todo: Qué podemos hacer para intensificar los procedimientos de la educación legal en todos los niveles a través del mundo; para facilitar los intercambios internacionales en el campo de la ley; y hacer universalmente accesible los crecientes bienes tangibles de la ley nacional o internacional? Aún los obstáculos más serios en el camino de lograr el imperio mundial de la ley pueden superarse si las naciones unen sus recursos para promover la educación y universalizar los conocimientos

tos comparativos de los sistemas legales y legales puntos de vista.

"Existe un flujo en los asuntos de los hombres", escribió Shakespeare, "qué, cogidos en la llena, conduce a la fortuna...". Y en las frases de Víctor Hugo, "nada es tan poderoso como una idea y nadie puede detener una idea cuyo tiempo ha llegado". Sinceramente creo que ahora es el tiempo para que toda la humanidad se una para lograr y mantener la paz mundial. Y ninguna idea unificadora es más poderosa comprendida más universalmente, o aceptada mas ampliamente que la idea de la paz mundial bajo el gobierno de la ley. Yo solicito urgentemente a los hombres de buena voluntad de todo el mundo para que efectúen la labor esencial para desarrollar la ley in-

ternacional al punto en que en verdad el tiempo de la ley llegará internacionalmente. Se puede lograr si tomamos "una foja de la libreta de apuntes de los científicos" y concentramos la suficiente fuerza humana, fuerza-intelectual y dinero para que rinda sus frutos ésta gigantesca idea. Movámonos con confianza y hagamos la labor que debemos y puede hacerse por los hombres de leyes.

Creo que es el destino de nuestra generación el guiar al mundo hacia la paz bajo la ley. Todos sabemos que cuando el gobierno de la ley prevalece en una ciudad, estado, en la comunidad mundial y en el espacio infinito, solamente entonces, cualquiera persona, ya sea hombre, mujer o niño puede vivir alegremente con libertad, dignidad y paz.

Víctor Andrés Belaunde y su contribución en cuanto al ordenamiento Constitucional Patrio

Por José León Barandiarán

**"¿Por qué entonces es un sabio
un gran hombre? Porque tiene
una gran alma".
Séneca.**

A fin de que elaborase un Proyecto de Constitución de la República, la Junta de Gobierno que presidiera David Samanez Ocampo confirió a una Comisión el respectivo encargo. Tal Comisión estuvo constituida por Manuel Vicente Villarán, su presidente, por Víctor Andrés Belaunde, Diómedes Arias Schereiber, Carlos García Gastañeta, Toribio Alayza Paz Soldán, Luis E. Varcárcel, Emilio Romero, César A. Ugarte, Ricardo Palma y yo.

En un esfuerzo conmemorativo quiero referirme al aporte que dió Belaunde en la preparación de dicho Proyecto y que también se reflejase, de otro lado, en sus intervenciones en la Asamblea Constituyente en el año 1932. La ausencia de Belaunde del Parlamento durante algunos meses, no le permitió participar en los debates sobre determinados asuntos, lo que seguramente habría hecho de no darse la anterior circunstancia referida, de su ausencia.

La Comisión tenía que aceptar ciertos postulados, ciertas ideas relativas o regulativas fundamentales en cuanto a la estructura del Estado en el Perú, si recordamos ahora con Karl Schmidt, que la Constitución es políticamente hablando, como la entelequia del Estado. Así, el principio de que el Perú, es una República democrática; de que el Estado es uno e indivisible; de que los Poderes Legislativo y Ejecutivo emanan del sufragio popular, decidiéndose la Comisión por el voto directo y secreto. Así, lo referente a la distinción de Poderes dentro de la distinción tetranómica de Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, así, la consagración de determinadas garantías individuales y sociales.

Por lo que puedo recordar, el criterio de Belaunde en la Comisión respecto al voto femenino, fue por que se reconociese tal voto; lo cual sostuvo con notable brío y con enérgica sinceridad en el Parlamento, afirmando lo siguiente: "aceptamos los cinco postulados unidos con

vinculación indisolubles: voto universal, voto secreto, voto obligatorio, voto profesional (Belaunde era partidario de un Senado Funcional), voto femenino". (En la Comisión la mayoría de sus miembros fué del parecer de que se mantuviese el voto sólo para varones).

Problema fundamental que tuvo que plantearse en el seno de la Comisión, fue el referente a la organización del Poder Legislativo, en cuanto a si éste debía ser bicameral o unicameral. Hubo discusiones al respecto, predominando notablemente el primer punto de vista. Belaunde también se inclinó por éste. Solo que él defendió empeñosamente la diferenciación estructural de las dos Cámaras. El compartía la opinión de otros miembros de la Comisión, que era un temperamento ponderado para mantener el régimen bicameral. En la Asamblea Constituyente produjo Belaunde lúcidas intervenciones en este punto, aportando una serie de argumentos. Mas, lo interesante en la posición adoptada por Belaunde estuvo en que él se decidió por una diferenciación en cuanto a la composición de ambas Cámaras, la de Senadores y la de Diputados, asignando a la primera una carácter funcional (estamental). En la Comisión sostuvo al respecto la ponencia de que el Senado resultase de la elección que realizarían los Concejos Regionales, de cuya composición, por su parte, se ocupó, para que viniesen a constituir entidades representativas del trabajo, del capital y de la cultura. Esta fue una de las reformas que con más cariño defendió su autor.

La Comisión se pronunció por un período breve en cuanto al correspondiente al mandato presidencial. Este criterio era el de Belaunde; pero no era compartido por todos los miembros. Recuerdo que aquél una vez dijo que era preferible que tal duración fuese corta, pues humorísticamente acotaba que en promedio eran más en el Perú los presidentes malos que habíamos tenido que los presidentes buenos, como Castilla o Piérola, a quien mucho admiraba Belaunde. La Comisión se pronunció en el sentido de que el mandato presidencial durara cuatro años y que no podía ser elegido quien ejerciese la presidencia al tiempo de la elección o la hubiese ejercido dentro de los ocho años precedentes.

Fue Belaunde fervoroso defensor del principio de la autonomía del Poder Judicial. Desde luego, este principio era inconcuso dentro de la división de Poderes Públicos. Pero lo interesante en la Comisión estuvo en su preocupación por garantizar esa autonomía, partiendo del origen mismo de la formación de los miembros del Poder Judicial. Las intervenciones de Belaunde en el seno de la Comisión y en el seno de la Asamblea Constituyente estuvieron marcadas por la ardorosa elocuencia que era característica en él. Es que se sentía poseído de un eros cultural y científico en cuanto al sostenimiento de sus ideas. En el Proyecto se plasmó la idea de que en razón de su constitución, de su origen, dicho Poder Judicial estuviese premunido de la necesaria independencia. Desde el punto de vista de Belaunde, el sistema de las designaciones de los miembros del

Poder Judicial debería ser el que enseguida se indica (Así aparece de la respectiva intervención parlamentaria).

Los Vocales de la Corte Suprema serían elegidos por el Congreso en base a doble terna, una propuesta por la Corte Superior, otra por una institución que se crearía, el Consejo Nacional de Justicia, constituido por el Decano del Colegio de Abogados de Lima, por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos y por un representante de los Colegios de Abogados de la República. En cuanto a los miembros de las Cortes Superiores, serían elegidos por la Corte Suprema dentro de dos ternas, una propuesta por la Corte Superior respectiva y otra por el Consejo Nacional de Justicia. En cuanto a los Jueces de Primera Instancia, se patrocinaba que fueran designados por los Concejos Departamentales.

El anterior sistema no era en todo coincidente con el propuesto en el Proyecto. Pero se le asemejaba en cuanto a crear un Concejo Nacional de Justicia, en eliminar la intervención del Poder Ejecutivo en los nombramientos y en dar cierta intervención a los Consejos Regionales o Departamentales.

El Proyecto, y a este se adhirió plenamente el parecer de Belaunde, señalaba los puntos, naturalmente sólo esenciales, sobre lo contencioso-administrativo, y proclamaba el principio de que judicialmente se decidiera la inaplicabilidad de las leyes que fuesen anticonstitucionales.

En la Comisión prevaleció la idea de establecer un sistema ponderado de descentralización, con la creación de los Consejos Regionales. En favor de esta idea se pronunció Belaunde, y ello consta de una de sus brillantes intervenciones parlamentarias.

He querido escribir estas líneas, recordando, en parte, el valiosísimo aporte brindado por Víctor Andrés Belaunde en relación al ordenamiento constitucional patrio. Lo estimo como un modo, muy halagüeño para mí, de poder rendir un homenaje a la sapiencia y a la bondad de ese gran hombre que fue Víctor Andrés Belaunde.

Y quiero terminar con un recuerdo muy personal. En una ocasión, terminada una de las sesiones de la Comisión encargada del Proyecto de Reforma Constitucional, salimos juntos del local de la Cámara de Diputados, donde se celebraban las sesiones de la Comisión, Belaunde y yo, y atravesando la plaza de la Inquisición me dijo, mientras me tomaba del brazo, en una actitud de cordialidad tan característica en él, que sin duda estábamos quienes integrabamos la Comisión, haciendo una obra útil, edificante para la patria. Yo le exprese que ojalá que nuestro trabajo fuese debidamente aprovechado. El entonces agregó algo referente a una cita de Cervantes, que después tuve oportunidad de considerarla, en algunas lecturas de *El Quijote*; una cita en que se dice que las obras que se hacen manifiestan la voluntad que pone quien las hace.

La Acción como Derecho de Instancia Jurisdiccional (*)

Por: Fernando Peña Neves.

I.— CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.—El problema de la naturaleza jurídica de la acción.— Investigar acerca de la naturaleza jurídica de una institución, equivale a preguntarse qué es esa institución. Esta es la cuestión que se pretende dilucidar. Contrariamente a lo que pudiera suponerse, no se trata de un problema meramente teórico, sino que su aplicación práctica encierra y armoniza principalísimas instituciones del Derecho Procesal Civil.

Explicar en qué consiste la acción, supone abordar el siempre difícil problema de su naturaleza jurídica. El enfrentarse a él nos permite advertir su trascendencia, no para emitir conclusiones escépticas, sino para afirmar como verdad inamovible, la autonomía del Derecho procesal Civil del Derecho Sustantivo.

Al decir de Calamandrei, las definiciones acerca de la acción, se dan “en función de la relación entre el interés individual e interés público que, bajo diversas apariencias, se presenta en todos los campos de la ciencia jurídica, estando aquella definición, por consiguiente, sujeta a variar según que en la relación se acentúe, por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace como consecuencia, en un sentido

o en otro, el punto de equilibrio entre las dos”. (1)

Apreciamos así, que las teorías acerca de la acción, encuentran su justificación histórica en el momento en que se desarrollan.

El concepto de acción tal como lo entendemos, es el resultado de la integración que ha sufrido ésta a lo largo de la evolución del Derecho como ciencia jurídica y también del afianzamiento de la idea del Estado.

La historia del Derecho está ligada a la del Estado. “El Derecho, como producto social, ha existido en todos los tiempos, pero su forma de protección fue variando progresivamente, a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos”. (2)

2.— El régimen de la defensa privada.— En los primeros tiempos de la historia de la humanidad, el principio de autoridad, tal como lo entendemos, fue un concepto vacío. Los intereses en conflicto y su defensa, fueron funciones privadas. El uso de la fuerza

(*) El presente trabajo se circunscribe a la naturaleza jurídica de la acción, y deja por ende de lado, todos aquellos problemas conexos, tales como clasificación, transmisibilidad y caducidad de la acción, entre otros.

se constituyó en el factor decisivo, es decir que el empleo de ésta como medio de defensa consagró la victoria de la prepotencia sobre la justicia. Dos Reis ha dicho, "En vez de que la fuerza esté al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquélla" (3). A esta etapa de la historia del Derecho, se le conoce con el nombre de régimen de la autodefensa o de defensa privada.

La autodefensa funcionará activamente en la solución de los conflictos, dentro de las asociaciones primitivas, en donde no existía una autoridad superior capaz de decidir e imponer coercitivamente su voluntad.

Este estado no podía persistir. El desarrollo del principio de autoridad permitirá superarlo. Así, ésta actuará en un primer momento para disciplinar (limitando la venganza), y luego prohibir de una manera cada vez más enérgica el uso de la autodefensa. En esta evolución se llega a la actualidad, en que el ejercicio de la defensa privada se considera como un delito. Sin embargo en nuestra legislación civil quedan algunos rezagos de la justicia por mano propia (art. 830 y 864 C.C.). En el Código Penal, para ciertos casos especiales es permitida la legítima defensa (art. 85 inc. 2º). Salvo estas excepciones, es al Estado a quien le corresponde en forma absoluta el ejercicio de la administración de justicia.

Se podría decir que la historia de la lucha contra la autodefensa es la historia del Estado y de la civilización.

La prohibición de la defensa priva la sustitución del Estado a una actividad que habría debido ser ejercitada por los sujetos de la relación jurídica sometida a su decisión". (8)

Calamandrei, nos dice que la jurisdicción como actividad secundaria, tiene aplicación tanto para el proceso de cognición, como en el pensa tal restricción. La sustitución del Estado a la autodefensa sufre una prolongada transformación.

En un principio se morigera la venganza por medio del talión. Es así como "la función jurisdiccional que surge en los albores históricos de la civilización, procede con propósitos de pacificación social; de suerte que la acción del juez en las coasociaciones primitivas, aparece como la de un pacificador, que se interpone para dirimir los conflictos surgidos entre intereses individuales..." (4)

3.— El monopolio jurisdiccional. — En el análisis de distintas instituciones jurídico procesales, hallaremos una constante: la progresiva limitación de la autodefensa, produce en sentido inverso una mayor extensión del poder jurisdiccional del Estado. Es decir que la prohibición de la defensa privada consolida el monopolio jurisdiccional del Estado. Sin embargo, no se debe creer que este tercero que se sustituye a la actividad individual, "sea originariamente el mismo Estado, esto es, un órgano suyo con carácter de juez público. En un principio el Estado se limita a favorecer el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la contro-

versia a un particular de confianza común de los contendientes (árbitro), a cuya decisión las partes se obligan, **por contrato**, a atenerse" (5). Es así como la primera forma de justicia es la que se ejerce por medio de árbitros facultativos.

De este arbitraje facultativo se llega al arbitraje obligatorio. Aquí las partes están obligadas a acudir a la autoridad para que designe el árbitro. Las decisiones de éste se garantizan por el auxilio de la fuerza del poder público.

El desarrollo de las instituciones jurídico procesales ha permitido llegar en este momento de su historia, a los juicios públicos. Luego el Estado en lugar de los árbitros, "assume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios, investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias. La jurisdicción como función del Estado ha nacido ya". (6)

Así, el Estado monopoliza la función jurisdiccional, prohibiendo la autodefensa y posibilitando a los interesados para solicitar el amparo del poder jurisdiccional.

De estos conceptos desprendemos que la jurisdicción es el poder deber que tiene el Estado para resolver los conflictos de intereses que se generen. La administración de justicia le permite al Estado la actuación de la ley.

Los sujetos de derecho por el hecho de ser tales, tienen el derecho de acudir a los organismos jurisdiccionales del Estado, ejercitando una acción; es decir, existe un dere-

cho de iniciativa para imprimir movimiento al poder jurisdiccional. Carnelutti ha dicho que "a la acción de la parte como poder derecho se contrapone la función del oficio como **poder deber**". "Este **poder deber**" es la jurisdicción". (7)

4.— La acción como impulso límite y condición de la jurisdicción.

— El concepto de acción tal como lo entendemos, es el resultado de una prolongada evolución histórica.

Al tratar de la acción, es preciso referirse paralelamente a la jurisdicción, por aquello de que no hay acción si no hay jurisdicción. Son conceptos estructurales de estudio correlativo. Sus notas se implican.

En la función jurisdiccional, se destacan, pues, dos caracteres: primero, que es una actividad **secundaria**; segundo, que la sentencia, es de naturaleza **declarativa**.

La jurisdicción se presenta como una **actividad secundaria**. Esto significa que "en todo acto jurisdiccional, se encuentra constantemente la sustitución del Estado a una actividad que habría debido ser ejecutada por los sujetos de la relación jurídica sometida a su decisión" (8)

Calamandrei, nos dice que la jurisdicción como actividad secundaria, tiene aplicación tanto para el proceso de cognición como para el de ejecución.

En el primero, frente a una falta de certeza sobre la existencia de una voluntad concreta de ley relativa a una relación jurídica, el Estado por medio del poder jurisdiccional sustituye la propia actividad intelectual, a la actividad intelectual de las partes, con la finalidad

de precisar la voluntad de ley respecto a tal relación.

En el segundo caso, cuando el obligado se niega a ejecutar la voluntad de ley cuya certeza se haya declarada, el órgano jurisdiccional sustituye su propia actividad ejecutiva a la del actor, con el propósito de obtener la actuación de ley en forma coactiva.

La jurisdicción es por lo tanto, una actividad secundaria. Nos preguntamos ¿por qué es una actividad secundaria? La respuesta a tal interrogante la hallamos en el hecho de que la intervención del Estado, se da solamente cuando falta el cumplimiento espontáneo de los sujetos de la relación jurídica. Sin tal cumplimiento, se origina un segundo momento en esta relación: el que se **siente** violado en su derecho, tiene el poder jurídico de solicitar el amparo jurisdiccional.

Carlos Ayarragaray, precisa que los órganos jurisdiccionales, "se mueven al impulso de la acción, cumplidos los presupuestos procesales y verificadas las condiciones de la acción; pero se puede decir también que la acción es un **límite** y una **condición para el ejercicio del poder jurisdiccional de conocer, decidir y ejecutar**. Es un límite en cuanto despierta y estimula la intervención de los órganos respectivos y una condición en tanto que fija y determina la extensión del conocer y querer en el tiempo, en el espacio, en la materia y objeto y causa del petitum (petición, pretensión)". (9) Correlativamente al derecho de instancia jurisdiccional se da el deber del Estado de administrar justicia.

La tendencia doctrinaria de nuestro sistema procesal es la dispositiva; es decir que el impulso director del proceso recae en las partes. Se cumple así el principio "**nemo iudex sine actore**" (no hay juez sin actor). En realidad como bien sostiene Calamandrei, mientras bajo cierto aspecto la acción es una **pección que un ciudadano hace al Estado para que éste actúe la ley**, favoreciendo, tutelando el supuesto derecho violado; la acción es también un **servicio que el ciudadano presta al Estado, dándole la ocasión de intervenir en la defensa del derecho objetivo**.

II.— EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE ACCION

El estudio de la acción en su sentido estrictamente procesal, ha sido motivo de encendidas polémicas. El Dr. Alzamora Valdez nos dice que, "en derecho la palabra acción tiene varias acepciones: a) defensa del derecho mediante la litis; b) complejo de actos constitutivos del juicio; c) *jus sibi debetur*, juicio *persequendi* (derecho de perseguir en juicio lo que nos deben, lo que es nuestro); d) *anspruch* (pretensión, término empleado por el art. 196 del Código Civil Alemán, para expresar el derecho de exigir de otro que practique o deje de practicar un acto; e) *demanda* o *petitum*; f) pretensión producida en juicio" (10)

A pesar de ser muchas y diversas las opiniones acerca del problema en cuestión, es posible aunar estas divergencias en el planteamiento de tres interrogantes: primero: ¿qué vinculación existe entre la ac-

ción procesal y el derecho material? ¿Son una misma cosa?; segundo: ¿la acción es un poder jurídico incurso dentro del derecho privado o público?, y por último. ¿cuál es la situación del Estado frente a la acción? ¿Actúa como sujeto pasivo de la acción?. El problema central, es el que se refiere a las relaciones existentes entre la acción y el derecho sustancial.

Alsina clasifica las diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica de la acción, agrupándolas en tres grandes concepciones: primero, las teorías que consideran a la acción como un elemento del derecho material (Savigny); segundo, las teorías para las cuales la acción es un derecho autónomo. Aquí podemos hacer algunas distinciones de carácter doctrinario: a) se considera a la acción como un derecho concreto, porque **le corresponde a quien tiene la razón**; b) la acción es un **derecho público, porque se dirige contra el Estado** (Wach); c) la acción es de **naturaleza privada, porque se plantea contra el demandado**. Tercero: las teorías que consideran a la acción como un derecho abstracto, es decir, desligado del derecho sustantivo.

La lucha por hallar la naturaleza jurídica de la acción ha significado la paulatina independencia del derecho Civil, del cual se origina. Couture acertadamente dice, que "para la ciencia procesal, la separación del derecho y la acción, determina que a partir de ese momento, el Derecho Procesal adquiere personalidad desprendiéndose del viejo tronco del derecho civil". (11)

1.—La acción en el Derecho Romano.—

En el Derecho Romano, el concepto de acción estuvo sujeto a la evolución histórica del proceso. En un primer momento la acción se reducía a un conjunto de formalidades rituales, que las partes debían cumplir ante el magistrado. Luego en el procedimiento formulario, se sustituyó la naturaleza sacramental de la acción por fórmulas escritas, "elaboradas por el pretor mediante la cooperación de las partes, con el objeto de precisar los límites de la controversia" (12). Es decir, la acción era la fórmula que el magistrado otorgaba, por medio de la cual el juez podía valorar las pretensiones de los litigantes.

Con el procedimiento extraordinario, que señala una segunda etapa en la evolución del derecho procesal romano, desaparecen las instancias *in iure* (ante el magistrado) y la de *apud iudicem* (ante el juez). Así le correspondió al juez conocer y sentenciar los procedimientos ante él presentados. La acción pasa a ser un elemento del derecho. Ya no es necesario que el magistrado la acuerde. Acción y derecho serán lo mismo, a tal extremo que ya no se preguntaba si se tenía derecho a algo, sino si existía una acción para reclamar un derecho.

2.—La acción como elemento del derecho. La teoría Clásica o Civilista.— Según la doctrina civilista, la acción es el derecho en movimiento, es decir, la posibilidad dinámica del derecho material.

Savigny, el principal inspirador de esta teoría, recogió los principios

del derecho romano acerca de la acción, dándoles coherencia lógica. Decía, "la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación" (13), es el derecho mismo, pero en pie de guerra, que busca quitar los obstáculos que se oponen a su eficacia. Es el derecho "elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra". (14).

Como bien sostiene Chiovenda "dominaba entonces una concepción absolutamente privatística del proceso, que era considerado como un simple instrumento al servicio del derecho subjetivo, como una institución subordinada al derecho sustantivo" (15). Por ello no nos debe extrañar que la acción, fuera concebida como "un apéndice del derecho material". (16).

Se confunden en la doctrina civilista dos derechos esencialmente distintos: la acción y el derecho sustantivo supuestamente violado. Valorada así, supone al menos, un derecho y la violación de éste. Por ello "si no hay derecho no cabe violación y sin ésta el derecho no puede tomar la forma de acción" (17).

Los civilistas al expresar las relaciones existentes entre la acción y el derecho material, distinguen cinco principios elementales: 1º No hay derecho sin acción; 2º la acción participa de la naturaleza propia del derecho material; 3º no hay acción sin derecho; 4º hay una acción para cada derecho; 5º el número de acciones es ilimitado.

A esta teoría se le objeta comúnmente con los siguientes argumen-

tos: Si la acción y el derecho son lo mismo, ¿cómo explicar las demandas desestimadas, pues no se entiende qué derecho se ha ejercitado durante el proceso, si por la sentencia no se considera válido el derecho pretendido por el actor.

Además, como bien anota el Dr. Alzamora Valdez, existen las llamadas obligaciones naturales (consagradas en nuestra legislación civil en el art. 1768) que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan al acreedor para retener lo que se ha dado por ellas.

La acción, en puridad, no participa de la naturaleza jurídica del derecho supuestamente violado. El derecho de acción es inherente a la naturaleza social del hombre. Al sustituirse el Estado a la defensa privada, compensó ésta con la posibilidad del individuo de peticionar el amparo jurisdiccional.

3.—Las teorías de la acción como derecho autónomo.—

La tesis civilista circunscribió la esfera del derecho de acción a la del derecho concreto. En tal estado de cosas resultaban inexplicables muchas situaciones jurídico procesales de realización común. Dentro de esta realidad surge el famoso trabajo de Windscheid, titulado "La acción del derecho civil romano desde el punto de vista actual", publicado en el año 1856.

Windscheid diferenció los términos *actio* y *klage*. Mientras la *actio* significa "actividad dirigida contra el obligado", la *klage* o *klagerecht*

quiere decir derecho de “querella que se entiende contra el Estado”. (18).

Para Windscheid lo que nace de la lesión de un derecho no es una acción. “sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio” (19). Así, para poder explicar la dirección personal de la acción, Windscheid abandona el concepto vulgar de acción, sustituyéndola por el término **anspruch** que significa, pretensión. Acerca del sentido exacto de esta palabra se han expresado distintas opiniones.

La acción, se manifestaría, pues, como la tendencia a someter la voluntad del sujeto pasivo de una relación jurídica. A esta tendencia Windscheid la llamó **pretensión jurídica**. “La acción es la pretensión jurídica puesta en juicio” (20).

Al trabajo de Windscheid siguió la obra de Muther, denominada “Teoría de la Acción Romana y el Moderno Derecho de Obrar”. Se originó entre ambos tratadistas una encendida polémica.

Muther precisó que “el titular de una pretensión no satisfecha tiene un derecho primario y un derecho contra el Estado de tutela jurídica, condicionado por aquél...” (21). Al considerar el derecho de acción como un derecho a la tutela jurídica destaca su naturaleza **público-subjetiva**.

La acción se dirige contra el Estado, teniendo como condición un derecho privado y su violación. Al

Estado le corresponde el deber de impartir su tutela.

La posición de Muther significa un grave avance porque diferencia el derecho sustantivo del derecho a la tutela jurídica. Sin embargo erróneamente condicionó este segundo a la existencia del derecho material. Tal afirmación lo llevó a la incongruencia de exigir para la actuación de este derecho público y subjetivo, una base de derecho privado.

4.—La acción como derecho a la tutela jurídica. (**Rechtschutsanspruch**).— La teoría de Wach.— La doctrina alemana, especialmente por intermedio de Wach, desarrolló la teoría de la acción como un derecho autónomo. Esta se expresa como una pretensión de tutela jurídica (**Rechtschutsanspruch**).

Para Wach la acción “es un derecho concreto a la tutela jurídica, o en otros términos: **el derecho subjetivo público que corresponde al titular de un derecho material**” y que tiene como contenido la obligación de la tutela jurídica por parte del Estado mediante una **sentencia favorable**” (22).

Wach al definir de esta manera la acción, la coloca “francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que corre no entre particular y particular, sino entre ciudadano y Estado” (23).

La doctrina de la acción como derecho concreto destaca el carácter público de ésta, es decir relie-

va lo esencial de la intervención del Estado. Sin embargo mal podríamos entender que sólo haya acción cuando se da la razón al demandante, cuando existe una **sentencia favorable**. La administración de justicia, por su naturaleza, no significa solamente favorecer, sino que su fin es otro: la actuación del derecho conforme a las formalidades prescritas.

En última instancia, esta teoría tropieza con la misma dificultad que la doctrina civilista, al no poder explicar jurídica y lógicamente la existencia de sentencias desestimatorias. Siendo la acción el derecho a una **sentencia favorable** y parafraseando la definición de Wach, llegaríamos a la conclusión de que con dicha sentencia se ha cumplido el requisito esencial de la acción. Sin embargo, ¿antes de la sentencia qué existió?. Si la teoría de la acción como derecho concreto sostiene que es el derecho sustantivo, se alinea dentro de las doctrinas tradicionales que identifican derecho y acción; y si el derecho de acción es anterior a la sentencia, se acepta la naturaleza abstracta y no concreta de ésta.

En la doctrina de Wach, el proceso se halla todavía subordinado al derecho sustantivo. Al concebir Wach la acción como un derecho a la tutela jurídica (por medio de una sentencia favorable) debemos entender, **que en el proceso la tutela jurídica no puede pertenecer más que a una de las partes**. El derecho de acción es un concepto más extenso, no sólo engloba al actor, sino también al demandado. En pu-

ridad, el derecho de acción es bilateral.

Chiovenda: La acción como derecho potestativo.—

El concepto de acción que formula Chiovenda, se sustenta en la doctrina de los llamados derechos potestativos. Para el profesor italiano, la acción es "entendida como derecho, teniendo como contenido un **puro poder jurídico y no deber ajeno**" (24). Es un derecho potestativo en cuanto este poder jurídico es la posibilidad de "dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de ley" (25).

Estos poderes se ejercitan con la sólo manifestación de la voluntad, siendo necesaria la intervención del juez. Tienen como presupuesto, **"la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto y con cargo de otro, el cual nada puede hacer, pero tampoco nada debe hacer para apartar de sí el efecto, quedando sujeto a su producción; la sujeción es un estado jurídico que no requiere el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna actitud suya"** (26).

La acción para Chiovenda, por regla general, nace de la violación de una voluntad concreta de ley, es decir, "del hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de ley que nos garantiza un bien de la vida, ha trasgredido esta voluntad, haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado..." (27).

Chiovenda concibe la acción como ejercitada contra el adversario

de la relación obligacional. Dice que **la acción es un derecho contra el adversario**; por ello se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. Niega al Estado la calidad de sujeto pasivo de la acción, ya que de aceptarlo, supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano. En puridad no hay conflicto alguno ya que frente al derecho de acción le corresponde al Estado la obligación de tutela jurisdiccional. En este sentido se coloca en la condición de sujeto pasivo. De otra forma no se podría explicar por qué éste no puede negar jurisdicción.

La doctrina de los derechos potestativos ha merecido duras críticas. Rocco ataca "la absoluta impropiedad técnica del concepto de derecho potestativo" (28), mientras que Carnelutti expresa que "hay pocas concepciones tan erróneas como ésta, pues, tan ilógico es hablar de derecho sin obligación correlativa, como absurdo pensar en una moneda que sólo tuviese una cara" (29).

La acción como derecho público subjetivo.— Goldschmidt.—

Goldschmidt distingue tres tipos de derecho. En primer lugar, el derecho sustancial, que rige para las relaciones entre los particulares. Un segundo derecho es el Justicial material, que regula la obligación del Estado de tutelar los derechos individuales. Determina el contenido de la sentencia. El tercer derecho es el procesal, que se ocupa de los requisitos formales para llegar a la sentencia.

Goldschmidt concibe la acción como una pretensión de tutela jurídica que se hace valer **contra el Estado**. Si bien la acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado, para obtener la tutela jurídica por medio de una sentencia favorable; recae también sobre el demandado, quien debe someterse a la actuación jurisdiccional del Estado. El contenido de la acción es la **pretensión de sentencia**. Esta pretensión es de derecho justicial material y no de carácter procesal.

La acción como derecho abstracto.

Las teorías de la acción como derecho abstracto, entienden que este derecho es tan sólo un poder de iniciativa frente a los organismos jurisdiccionales. Dicho en otros términos, es la posibilidad de actuar en juicio independientemente de la sentencia favorable.

Degenkolb precisó que el derecho de acción correspondía no sólo a quien crea tener la razón, sino que este poder jurídico de tutela jurisdiccional, le corresponde a todos los sujetos de derecho.

Otro de los defensores de esta teoría, Alfredo Rocco, define la acción como "el derecho por excelencia, **el derecho general y abstracto** de hacer reales y concretos todos los derechos" (30).

La acción así concebida es un derecho subjetivo público, relativo y abstracto. Subjetivo y público porque se dirige contra el Estado para que imparta su tutela juris-

diccional; relativo, "porque se refiere a una obligación específica de tales órganos, esto es: al cumplimiento de sus deberes" (31) y es abstracto porque no participa de la naturaleza del derecho material supuestamente violado, sino que le corresponde a todos los sujetos de derecho.

Distinguen en la acción dos elementos, uno **formal** que se expresa por la voluntad de instar la actividad de los organismos jurisdiccionales y otro **sustancial** que es el interés.

Para los representantes de la teoría de la acción como derecho abstracto, el elemento sustancial es el interés, pero éste no se identifica con el derecho subjetivo (interés primario), "sino que este interés secundario, tutelado por el derecho procesal objetivo se refiere a la posibilidad de obtener de los órganos jurisdiccionales una declaración tutelar jurídica" (32).

El interés abstracto, es un medio para "hacer real y concreto cualquier derecho" (33). El derecho de acción "**es único e inmutable** porque no está sujeto a las modificaciones que puedan sufrir los intereses primarios (derechos sustantivos) y finalmente es **ideal o inmaterial** porque **corresponde a todo ciudadano y no tiene carácter patrimonial**" (34).

Con la determinación de los autores que defienden esta teoría, culminó la escisión del derecho de acción con referencia al derecho sustancial.

III LA ACCION COMO DERECHO DE INSTANCIA JURISDICCIONAL

La moderna doctrina ha dado a la acción un sentido estrictamente procesal. Tal logro ha sido el resultado de una larga evolución, paralela a la independencia del Derecho Procesal Civil de su tronco, el Derecho Civil.

La acción con un sentido diferente al de la autodefensa, se expresa como el derecho de todo sujeto a la tutela jurisdiccional. El Estado, dentro de su evolución histórica se ha sustituido a la actividad de los particulares en la defensa de los intereses controvertidos.

Siendo la acción sinónimo de derecho a la jurisdicción, debe ser necesariamente una sola. Esto es explicable, ya que si consideramos que ella se manifiesta como el poder jurídico de obrar frente a los organismos jurisdiccionales, la naturaleza propia de este derecho no se verá afectada por la del interés sustantivo que pueda defender.

Existen dentro de las teorías acerca de la acción dos grandes corrientes doctrinarias. Estas son las teorías obligacionistas y las teorías jurisdiccionalistas. "Las primeras responden a una concepción **ius-materialista**", mientras que las segundas, "desconectan la acción de la existencia de una obligación entre las partes o de una de las partes; atienden éstas a una contemplación estrictamente procesal de la figura" (35).

¿Quién es el destinatario de la acción?

La acción nace históricamente como una "supresión de la violencia privada, sustituida por obra de la colectividad organizada" (36).

Este poder jurídico, así entendido, nos plantea el problema acerca de quiénes son los sujetos de la relación procesal.

En el proceso se distingue al sujeto activo (actor o demandante) y el sujeto pasivo (demandado). El derecho de acción es común a los hombres por su condición de sujetos de derechos.

Dijimos, que la teoría civilista concebía a la acción como una posibilidad dinámica del derecho. Tal tesis supone colocar como sujeto activo de la acción al demandante, mientras que el demandado queda en la condición de sujeto pasivo. La respuesta que dan los civilistas, deja sin explicación el por qué el Estado no puede denegar su jurisdicción.

El ubicar como sujeto pasivo de la acción al adversario, significa desconocer el sentido procesal de ella. El Estado por intermedio de sus organismos jurisdiccionales, activados a instancia de los particulares, tiene el deber de actuar el derecho. Nos preguntamos acerca del por qué de ese deber. ¿Es acaso el Estado un tercero marignado en la relación procesal?. Si aceptásemos esto perdería su sentido la actividad del Estado como poder jurisdiccional.

Decimos que es el Estado el único destinatario de la acción por-

que al prohibir la defensa privada e implantar el monopolio jurisdiccional, contrajo el deber de acoger las peticiones de los particulares. "Cumple así el proceso una doble finalidad, que cabría llamar repressiva y preventiva: restaurar el orden (jurídico) perturbado y evitar que se perturbe el orden (público) por obra de la autodefensa" (37).

Dentro de un litigio se hallan comprendidas las partes y el juez. En lineamientos generales, las obligaciones del poder jurisdiccional serían dos: "una de índole **orgánica y administrativa**, del o de los jueces que lo integren, a la prestación de sus servicios al Estado, que lo ha instituido y en cuyo nombre actúa y otra emanada de la anterior o si se prefiere del **monopolio jurisdiccional** del juzgador hacia los justiciables" (38).

La acción como derecho autónomo de carácter público.—

Savigny identificaba la acción con el derecho supuestamente violado. Esta posición es errónea, no logra superar el problema de las demandas desestimadas. Aquí el juez provee precisando la falta de derecho (material). Si identificásemos acción y derecho ("no hay acción sin derecho, ni derecho sin acción") tendríamos que a pesar de que se ha instado a los organismos jurisdiccionales, la teoría civilista, para ser consecuente con sus principios, tendría que aceptar la inexistencia de la acción y del proceso.

La acción es un derecho de naturaleza pública. Nos dice el ilus-

tre procesalista italiano, Giuseppe Chiovenda que "por regla general, la acción nace por el hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de ley, que nos garantiza un bien de la vida, ha trasgredido esta voluntad haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado" (39). El derecho de acción se diferencia del derecho sustantivo. En realidad lo que ha contribuido a confundirlos es que **ambos pueden coordinarse en un interés económico.**

La razón más íntima de esta autonomía es la naturaleza abstracta de este derecho. Por ello la acción **"pertenece al litigante sincero y al insincero"** (40).

El derecho de peticionar el amparo jurisdiccional, no requiere el análisis previo de la pretensión (sustancial), en cuanto a su contenido, sino que por ser un derecho de garantía, la efectividad del derecho material supuestamente lesionado, se verá tan sólo en el momento de la sentencia.

La naturaleza autónoma y pública de la acción, no significa privar a ésta de una finalidad individualista, es decir, la protección de un interés personal controvertido. Desde este punto de vista, la acción sería el derecho de hacer valer ese interés.

Elementos de la acción.—

La doctrina clásica diferencia cuatro elementos en la acción: primero, un **derecho**, porque no se concibe acción sin derecho; segun-

do, un **interés**, ya que el derecho es un interés jurídicamente protegido; tercero, la **calidad**, debido a que la acción le corresponde al titular del derecho o a quien lo ejerza en su nombre; cuarto, **capacidad**, que se manifiesta como la aptitud de actuar en juicio.

En puridad de expresión, los llamados elementos de la acción, excepto la capacidad procesal, no constituyen condiciones para ejercitarla, sino para obtener una sentencia estimatoria.

La capacidad procesal es elemento clave en la acción, "ésta es para el derecho procesal, lo que la capacidad jurídica es para el derecho sustantivo, esto es, que aquélla capacidad la tiene el sujeto humano por el hecho de ser persona" (41).

Chiovenda en cuanto a los elementos de la acción distingue la existencia de: 1º **los sujetos**: el sujeto activo (actor o demandante) al cual le corresponde el poder de obrar y el sujeto pasivo (o demandado) frente al cual corresponde el poder de obrar; 2º **la causa de la acción**: es decir, un estado de hecho y de derecho que es la razón por la cual corresponde una acción y que por regla general se divide a su vez en dos elementos más, **una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho** (causa pretendi); 3º **el objeto**, que es el efecto al cual tiende el poder de obrar, lo que se pide (petitum). Aquello que inmediatamente se pide, es la actuación de la ley y la obtención del bien que tal actuación produce.

Las doctrinas acerca de la acción han consignado diversos elementos

para el ejercicio de ésta. La tendencia moderna, es distinguir en forma expresa el derecho de acción de todo aquello que tienda a identificarla con el derecho sustancial que defiende.

Alcalá Zamora y Castillo, en un estudio verdaderamente revolucionario, ha desarrollado una doctrina acerca de los elementos de la acción que da luces al problema.

Hemos apreciado que la doctrina civilista distinguía cuatro elementos en la acción. Esta opinión estaba sustentada en la identificación de este poder jurídico de obrar con el derecho material. En puridad, los elementos de la acción son tan sólo tres, uno de carácter subjetivo y dos netamente objetivos.

El primer elemento, de carácter subjetivo, está constituido por la **capacidad de accionar**; en cuanto a los otros dos **elementos objetivos**, "uno representa la **energía dinámica** que permite recabar los proveimientos reputados necesarios por las partes para la marcha del proceso, **desde providencias de trámite hasta sentencia final**; el otro, es a su vez, la carga o peso que aquella arrastra hacia el **pronunciamiento de fondo** (42).

El primer elemento objetivo, la **instancia** es definitivamente de carácter procesal. Su naturaleza es la de apremiar, instar el procedimiento; el segundo es la **pretensión**, "que transporta al proceso la visión del litigio que se ha formado el actor" (43).

La **pretensión**, como bien ha dicho Alcalá Zamora y Castillo, es el

"**cordón umbilical que une a la acción con el derecho material en litigio**" (44).

Si bien es cierto que la acción como poder jurídico de instancia jurisdiccional, tiene una naturaleza abstracta, también es valedero que no es posible escindir la tajantemente del derecho de fondo supuestamente defendido.

El juez actuará el derecho petitionado por iniciativa particular, siempre y cuando la "**pretensión**" sea jurídicamente válida.

En el proceso civil, son las partes a quienes les corresponde instar las providencias del magistrado, salvo casos muy especiales.

En cuanto a los dos elementos objetivos de la acción: instancia y pretensión, siguiendo al sistema carneltuttiano de contraste entre litigio y proceso, debemos aclarar que estos elementos objetivos tienen sus correlativos, tanto en el proveimiento como en el pronunciamiento.

Si bien existen semejanzas, nos dice Alcalá Zamora y Castillo, esto no significa una plena coincidencia entre tales elementos; así, "**mientras la instancia y el proveimiento son, como expresiones de actividad procesal de las partes y el juez, elementos abstractamente invariables; la pretensión y el pronunciamiento se corresponden con contenido sustantivo del proceso y son elementos concretamente variables**". (45)

Opinión final acerca de la naturaleza jurídica de la acción

La acción es un derecho a la actuación jurisdiccional. La búsqueda de su naturaleza jurídica ha sido motivo de grandes controversias. Los estudios doctrinarios modernos han llevado el problema de la acción a un campo de estudio estrictamente procesal.

Si bien se ha dicho que la acción es un derecho de instancia jurisdiccional, esto no es óbice para negar su motivación individualista, que se expresa por la voluntad de obtener el reconocimiento de algún bien tutelado por un derecho sustancial.

En la acción existen dos tipos de pretensiones. La primera, es de índole jurisdiccional; mientras que la segunda es de naturaleza sustantiva.

En la pretensión jurisdiccional se distinguen dos clases de sujetos: **El Estado** (por intermedio de sus organismos jurisdiccionales) y las **partes**.

La determinación del sujeto activo o pasivo de esta relación procesal es de suma importancia. Sabemos que el Estado al sustituirse al individuo en la defensa de sus derechos, facultó a éstos con el poder de amparar jurisdiccionalmente sus intereses por medio de la acción. El Estado como bien ha dicho Carnelutti, tiene el **poder deber de jurisdicción**. Tal deber lo ubica dentro de la relación procesal en la calidad de sujeto pasivo. Se halla en la obligación de actuar el

derecho a solicitud de las partes. La denegación de justicia, configura un delito tipificado en nuestro Código Penal. (artículo 358). Se castiga incluso el retardo de justicia.

Es innegable la calidad del Estado como depositario de la acción. Las partes en esta relación procesal son consideradas como **sujetos activos de una pretensión jurisdiccional: las providencias del juez**.

Esta nota de la obligatoriedad de la presencia del Estado, le da a la acción su carácter público.

Desde el punto de vista de la pretensión sustancial, supone que en el individuo accionante, existe un interés que se busca garantizar por medio de la actuación del derecho. Además como acertadamente expresara Couture, en esta pretensión se transporta al proceso la visión que de él tienen las partes.

Las relaciones de derecho sustantivo presentan dos etapas: primero: el momento de la obligación; segundo, la sujeción.

En las relaciones sustantivas, los individuos pactan generándose derechos y obligaciones. El Estado deja libertad en el cumplimiento de tales acuerdos. Por el imperio de la propia ley deben cumplirse. Hasta aquí nada tienen que ver los organismos jurisdiccionales. En el Estado de Derecho, la observancia de las leyes está sujeta en un primer momento a la conciencia de civilidad de sus ciudadanos. Recién en caso de incumplimiento se genera

la posibilidad de producir la sujeción del infractor a la jurisdicción del Estado. La acción sería en este sentido el medio de hacer reales y concretos los derechos controvertidos.

-
- (1) CALAMANDREI, Piero...
Estudios sobre el Proceso Civil
Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961 Ensayo referente a la Relatividad del concepto de acción p. 137.
- (2) ALSINA, Hugo...
Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial
Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda, 1941 Cap. I, p. 25, T. I.
- (3) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso
Lima, Tipografía Peruana S. A., 1965 Cap. I, p. 1.
- (4) CALAMANDREI, Piero...
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, 1962 p. 216, Vol. I
- (5) Ibídem, p. 227
- (6) Ibídem p. 228
- (7) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. Cap. V, p. 65, 2ª parte.
- (8) CALAMANDREI, Piero...
Estudios sobre el Proceso Civil
p. 20
- (9) CALAMANDREI, Piero...
Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina
Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1946 Ensayo de Carlos Ayagarragaray p. 61
- (10) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit., Cap. IV, 2ª parte, p. 43
- (11) COUTURE, Eduardo...
Fundamento de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1959. Cap. II, p. 64.
- (12) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. p. 29.
- (13) ALSINA, Hugo...
Ob. Cit., p. 175.
- (14) COUTURE, Eduardo...
Ob. Cit. Cap. II, p. 63.
- (15) CHIOVENDA, Giuseppe...
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1948 Cap. I, p. 20 T. I.
- (16) PRIETO CASTRO, Leonardo...
Derecho Procesal Civil
España, Librería Gral. Zaragoza, 1946. Cap. II, Secc. II p. 55, T. I.
- (17) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. 2a. parte, Cap. IV. p. 44
- (18) Ibídem, p. 48
- (19) ALSINA, Hugo...
Ob. Cit. p. 178
- (20) Ibídem
- (21) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit., p. 48
- (22) Ibídem, p. 49
- (23) CALAMANDREI, Piero
Estudios sobre el Proceso Civil
p. 144
- (24) CHIOVENDA, Giuseppe...
Ensayos de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América Bosh y Cía. Editores 1949.
p. 25, Vol. I

- (25) **Ibídem. (Instituciones de Derecho Procesal Civil) p. 24.**
- (26) **ALZAMORA VALDEZ, Mario...**
Ob. Cit. Cap. V p. 50, 2a. parte
- (27) **CHIOVENDA, Giuseppe...**
Instituciones de Derecho Procesal Civil p. 25
- (28) **ALZAMORA VALDEZ, Mario...**
Ob. Cit. p. 50
- (29) **Ibídem**
- (30) **Ibídem p. 52**
- (31) **Ibídem.**
- (32) **Ibídem.**
- (33) **Ibídem.**
- (34) **Ibídem.**
- (35) **ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL EN HONOR DE HUGO ALSINA**
Ob. Cit. p. 783
- (36) **COUTURE, Eduardo...**
Ob. Cit. p. 30
- (37) **ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL EN HONOR DE HUGO ALSINA p. 780**
- (38) **Ibídem. p. 782**
- (39) **CHIOVENDA, Giuseppe...**
Instituciones de Derecho Procesal Civil p. 25
- (40) **COUTURE, Eduardo...**
Ob. Cit. Cap. II p. 72
- (41) **PINO CARPIO, Remigio...**
Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles.
Lima, Tipografía Peruana, 1961.
Cap. I, p. 7 T. I.
- (42) **ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL EN HONOR DE HUGO ALSINA**
Ensayo de Alcalá Zamora y Castillo.
Ob. Cit. p. 803
- (43) **Ibídem.**
- (44) **Ibídem, p. 804**
- (45) **Ibídem, p. 809**

Origen de la Jurisdicción de los organismos laborales peruanos y la determinación de su competencia

Por JOAQUIN LEGUIA GALVEZ

INTRODUCCION

El presente trabajo es una mera semblanza de la forma en que se tramitan en el Perú los conflictos de trabajo, con indicación de la jurisdicción y competencia de los organismos encargados de su atención.

Conforme se desarrolle el tema podrá apreciarse que en nuestro país la jurisdicción es judicial y administrativa. Veremos que la competencia se determina en función de la materia del litigio, y también en atención al territorio y las personas, existiendo lamentable simultaneidad en la competencia de determinados organismos tratándose de ciertos conflictos.

Esto demuestra la falta de coordinación emanada fundamentalmente del afán de superar los defectos de determinados organismos creando otro paralelo, en vez de modificar el existente.

Estimamos que resultará lógico el orden de este trabajo si nos referimos en primer lugar al origen de la jurisdicción de los organismos laborales y a la determinación de su competencia para luego hacer un pequeño resumen del procedimiento a que están sujetos los distintos conflictos laborales.

Juzgados de Trabajo.—La Ley 6871 dictada el 2 de mayo de 1930 creó la jurisdicción y determinó la competencia de los jueces de trabajo. Para este efecto en el artículo 4º de la citada ley, se estableció que las reclamaciones que se produjesen sobre los derechos acordados a los empleados, serían resueltos en Lima y Callao por el Juez letrado especial denominado Juez de Trabajo, quien conocería también de las cuestiones provenientes de trabajo de empleados y obreros, según la ley de la materia. En el resto de la República, se dispuso que el conocimiento y resolución de estas reclamaciones sería de competencia de fuero común.

Los jueces de trabajo en Lima y Callao forman parte del Poder Judicial en virtud de lo cual, son nombrados como los jueces del fuero común con los mismos derechos y prerrogativas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sala de Trabajo.—Con arreglo a la citada Ley Orgánica, artículo 140; existe una Sala de Trabajo conformada por vocales de la Corte Superior. La competencia en esta Sala comprende el conocimiento de las apelaciones formuladas en las causas de trabajo. Está encargada además de la adopción de las medidas que estime necesarias para una más rápida y económica tramita-

ción de las causas, impulsando el proceso aún sin petición de las partes, y disponiendo la actuación de las pruebas y diligencias que crea conveniente para esclarecer la controversia.

Tribunal de Trabajo.—La creación de este organismo es producto de la Ley 9483 de 31 de diciembre de 1941, que además dio fuerza de ley a los Decretos Supremos de 16 de abril y 5 de julio del mismo año.

Es por efecto de estos dispositivos que los fallos dictados en las reclamaciones de obreros son revisados por un Tribunal de tres miembros. Este Tribunal conoce por lo tanto en segunda y última instancia, las demandas que plantean los obreros individualmente sobre pago de salarios y demás beneficios a que tienen derecho, salvo las relativas a accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que son de competencia de los Juzgados de Trabajo a que hemos hecho referencia anteriormente. El fallo del Tribunal de Trabajo pone término al litigio por tener calidad de cosa juzgada según ley 9483. Respecto a la relación del Tribunal de Trabajo con el fuero común, el Decreto Supremo de 22 de noviembre de 1949, ha reconocido a ese Tribunal, la calidad de Corte Superior, y a los magistrados que la integran la correspondiente a los Vocales de dicha Corte. En virtud del mismo Decreto, el Tribunal de Trabajo está sujeto a la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo a la vista y votación de causas; orden en el Despacho; terminación del cargo; elección de presidentes y suplentes;

uniformes; asistencia; insignias; vistas a Primera Instancia; intervención de abogados, etc.

Jueces Privativos de Trabajo.—

Por efecto del D. S. de 23/3/36, originalmente las reclamaciones de los obreros sobre pago de salarios y beneficios sociales se tramitaban, según lo dispuesto por el Decreto Supremo de 23 de marzo de 1936, ante el Departamento administrativo Judicial de la Dirección de Asistencia y Previsión Social, cuyos fallos eran definitivos en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 7190. Luego y tal como lo hemos expresado, esa calidad corresponde a las resoluciones del Tribunal de Trabajo.

Con el correr del tiempo se fueron recortando las funciones de la citada Dirección, y al crearse el Departamento de Asuntos Colectivos, sólo quedó de ella el Departamento Administrativo Judicial, el cual tenía a su cargo la atención de las reclamaciones individuales de los obreros sobre pago de salarios y beneficios sociales y la de los empleados sobre goce vacacional.

Es así como adquieren personalidad propia los Juzgados Privativos de Trabajo que hoy existen, y los cuales tomaron su nombre del título del funcionario que conocía de las indicadas reclamaciones, y que se denominaba Juez Privativo de Trabajo. Años más tarde y en atención a lo recargado de las labores del único Juzgado Privativo de Trabajo de Lima, se elevó a tres el número de estos Juzgados, en la Capital, creándose la Magistratura en provincias.

Actualmente despachan en la Capital de la República las reclamaciones individuales de los obreros sobre pago de salarios y beneficios sociales, los tres jueces privativos aludidos, y en las provincias, en que no existe Juez Privativo, atienden estas cuestiones el Inspector de Trabajo, y en ausencia de éste el Juez de Primera Instancia (Ley 9483).

Por efecto de la ley 7190, el Departamento Administrativo Judicial de la Dirección de Asistencia y Previsión Social del Ministerio de Trabajo (que según lo expuesto posteriormente se convirtió en los juzgados privativos de trabajo) no tenía la facultad de ejecutar sus fallos, debiendo la parte interesada ocurrir a los jueces de trabajo de Primera Instancia para obtener el cumplimiento de la referida Resolución.

Al dictarse la ley 9483 no se eliminó este recorte en la jurisdicción de estos jueces de derecho, y aún en la actualidad los fallos de los Jueces Privativos de Trabajo que no fueren apelados, deberán ejecutarse por el Juez de Trabajo por carecer ese Juez de la facultad de "executio".

Cuando el fallo favorece al trabajador y se concede la apelación, la situación es no obstante diferente. Para que se conceda la aludida revisión es preciso, en efecto, el depósito previo de la suma ordenada a pagar en el fallo, debiendo hacerse la correspondiente consignación a favor del reclamante y a la orden del Juzgado Privativo competente. En tal virtud, al confirmarse el fallo por el Tribunal de Trabajo, el Juez

Privativo se limita a ordenar el pago de la suma consignada, con lo que queda ejecutoriada la resolución dictada.

Según se ha indicado, los Jueces Privativos de Trabajo son desde su origen funcionarios administrativos cuyo nombramiento, etc. ha dependido del Ministerio de Trabajo. El prestigio de estos funcionarios ha hecho necesario sin embargo que por el Decreto Supremo de 31 de agosto de 1957 se les considere con el Tribunal de Trabajo, como un organismo de asesoría y colaboración del Ministerio del Trabajo. Por efecto de este tratamiento el nombramiento de los Jueces Privativos de Trabajo se hace por el Presidente de la República, quien elige de la terna que para este efecto le propone el Ministerio de Trabajo.

Por su parte, la Corte Suprema de la República, mediante ejecutoria de 20 de mayo de 1964, ha establecido que los jueces Privativos de Trabajo deben sujetarse a las mismas reglas de conducta establecidas por los jueces de Primera Instancia en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Corte ha fundamentado esta resolución en que por efecto de lo dispuesto en la ley 9483 y en el Decreto Supremo de 22 de noviembre de 1949, los jueces Privativos de Trabajo conocen en primera instancia las causas que resuelve un Tribunal que tiene la calidad de Corte Superior, por lo que aquellas deben cumplir sus funciones con arreglo a las disposiciones que la Ley Orgánica del Poder Judicial señala para los Jueces de Primera Instancia.

La inclusión de los Jueces Privativos de Trabajo en el Poder Judicial se encuentra sin embargo, pendiente. Durante el segundo Gobierno del señor Manuel Prado y con fecha 14 de julio de 1961, el Ministro de Justicia de ese entonces, doctor José Merino Reyna envió a las Cámaras Legislativas un proyecto de ley en cuyo artículo 15º se establecía lo siguiente:

“Los actuales jueces de la jurisdicción privativa de trabajo adquieren por esta ley la jerarquía de jueces comunes, pero continuarán con la jurisdicción que actualmente les corresponde. Los Vocales y el Fiscal del Tribunal de Trabajo pasarán a formar parte de la Corte Superior de Lima”.

Terminó sin embargo, el Gobierno del señor Manuel Prado, sin que el proyecto del doctor Merino Reyna fuera aprobado por las Cámaras Legislativas.

En la actualidad los miembros del Poder Legislativo pertenecientes al partido Acción Popular, han suscrito un proyecto de ley, redactado por el Senador doctor Javier Alva Orlandini, entre cuyos artículos figuran los siguientes:

Artículo 24º—Los Vocales y el Fiscal del actual Tribunal de Trabajo, pasarán a formar parte de la Corte Superior de Lima, como vocales, con la antigüedad que les corresponde en sus cargos. Los miembros del Tribunal de Trabajo tendrán preferencia en la integración de las Salas de Trabajo.

Artículo 25º—Los Jueces Privativos de Trabajo formarán parte del Poder Judicial desde el 18 de marzo

de 1964 con la antigüedad que les corresponde.

Artículo 26º—El Relator y el Secretario del Tribunal de Trabajo, formarán parte a partir del 18 de mayo de 1964, de una de las Salas de Trabajo de la Corte Superior de Lima, con la antigüedad que les corresponde.

Este proyecto de ley aún no ha sido aprobado por las Cámaras Legislativas.

Conforme se desprende de todo lo expuesto, está pendiente la inclusión de los Jueces Privativos de Trabajo y de los miembros del Tribunal de Trabajo en el Poder Judicial. Aparentemente la dificultad para que se lleve a cabo esta inclusión se ha debido a ciertas discrepancias en cuanto al reconocimiento de la antigüedad de estos funcionarios en el ejercicio de sus cargos, así como el reconocimiento de la especialidad adquirida en materia de trabajo, la cual los coloca en situación preferente respecto a la formación de Tribunales dedicados al Despacho de cuestiones laborales.

Ministerio de Trabajo y Comunidades.

Tal como lo hemos manifestado la jurisdicción laboral en el Perú es judicial y administrativa, por lo que nos toca ahora referirnos a los organismos jurisdiccional administrativos. La función del Estado peruano en el campo laboral está canalizada a través del Ministerio de Trabajo y Comunidades, el cual fuera creado por la ley 8124,

dictada el 5 de octubre de 1935. Desde su creación este Ministerio ha sufrido diversas reorganizaciones, siendo la más importante, la establecida por Decreto Supremo de 1º de julio de 1960. En la actualidad entre los servicios que integran el Ministerio, están los siguientes:

(a) **Despacho del Ministro.**—Con su organismo de asesores, Oficina ejecutiva del plan nacional de integración de la población aborigen; Instituto Indigenista Peruano; Comisión del Plan Nacional de la Integración de la Población Aborigen; Consejo Nacional de Trabajo; y Fuero Preventivo del Trabajo que abarca al Tribunal de Trabajo y a los Juzgados Privativos.

(b) **La Dirección de Presupuesto y Contabilidad.**—Que se encarga de los problemas del personal administrativo que compone el Ministerio la División de Materiales, Contaduría General, y División de Servicio Generales.

(c) **Dirección General de Comunidades.**— Que tiene encomendada toda la labor gubernamental relacionada con el problema del indio en el Perú, y para lo cual cuenta con la División de Reconocimiento y Catastro, División de Promoción Comunal, División de Reclamaciones y División de Procuraduría.

(d) **Dirección General de Trabajo.**—Este organismo tiene a su cargo la responsabilidad integral de los servicios de trabajo en la totalidad del territorio nacional y constituye uno de los servicios más importantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas.

En el Decreto Supremo de 23 de marzo de 1936, se establecieron las atribuciones de este organismo que son las siguientes: vigilar el cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones dictados en favor de los trabajadores; estudiar los resultados obtenidos de su aplicación y en consecuencia sugerir las reformas necesarias; emitir los informes y practicar las investigaciones requeridas para la formación de las nuevas disposiciones relativas al trabajo y proponer la reglamentación de las que se dicten; conocer de los conflictos individuales de trabajo; absolver las consultas que formulen las reparticiones públicas y las agrupaciones de empresarios y trabajadores, en orden a la interpretación, extensión y aplicación de las disposiciones concernientes al trabajo; organizar el padrón de los empleados de comercio; preparar en relación con sus atribuciones los informes y estudios que solicite la Oficina Internacional del Trabajo, y disponer y distribuir las labores de sus dependencias e inspeccionar su normal y eficiente funcionamiento.

De todas estas atribuciones únicamente la relativa al cumplimiento y resolución de los conflictos de trabajo es materia del presente trabajo. En tal virtud, nos referimos a continuación a los organismos con que cuenta la Dirección de Trabajo para el desempeño de su función jurisdiccional, determinando en cada caso la competencia de estos organismos.

(a) **Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo.**—Originalmente, este organismo tenía la denominación de

División de Relaciones de Trabajo y formaba parte de la Sub-Dirección General de Trabajo. Con ocasión de la reorganización del Ministerio producida en el año de 1957, fue elevada a la categoría de Sub-Dirección que ahora posee.

En cuanto a su jurisdicción y competencia, el artículo 7º del Decreto Supremo de 30 de abril de 1954, dispone que será de su cargo la tramitación de las reclamaciones colectivas de los trabajadores no sujetos a regímenes especiales; el conocimiento de las solicitudes sobre supresión de turnos, reducción de horas y días de trabajo; paralizaciones temporales y definitivas, y liquidación e clausura de centros de trabajo.

Por efecto del Decreto Supremo de 18 de octubre de 1963, la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo resuelve en segunda y última instancia las denuncias de carácter colectivo que sobre incumplimiento de disposiciones laborales o de pactos o convenios colectivos de trabajo plantean los trabajadores del comercio, servicios, banca e industrias no sujetas a regímenes especiales. Asimismo y en virtud del artículo 27º del Decreto Supremo de 3 de agosto de 1957, la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo resuelve en segunda y última instancia las reclamaciones individuales que se plantean ante las divisiones de denuncias individuales y colectivas a que nos referimos más adelante.

La Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo resuelve en Primera instancia las reclamaciones colectivas

sobre aumentos de remuneraciones y modificaciones de condiciones de trabajo en los casos en que se frustre el trato directo, la conciliación o el trámite arbitral entre las partes. Estas resoluciones son revisadas en segunda y última instancia por la Dirección General de Trabajo.

Para el ejercicio de sus funciones la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo cuenta con diversas divisiones que son las siguientes:

(a) **División de Asuntos Sindicales.**—Tiene a su cargo todo lo relativo al registro y control de estas asociaciones de trabajadores.

(b) **División de Denuncias Colectivas.**— Cuenta con cinco departamentos que atienden estos conflictos en sus etapas investigatoria y conciliatoria, correspondiendo la resolución de los mismos al Jefe de la División.

(c) **División de Conciliación.**— Comprende cinco departamentos. Tiene a su cargo la conducción de la etapa conciliatoria en los conflictos colectivos de intereses, careciendo de facultad resolutive, la cual corresponde al Sub-Director de Relaciones de Trabajo.

(d) **Secretaría del Tribunal Arbitral.**—Tal como su nombre lo indica tiene a su cargo todo lo relacionado con el trámite de los expedientes seguidos ante este Tribunal.

(e) **División de Denuncias Individuales.**—Por efecto de lo dispuesto en el artículo 21º del Decreto

Supremo, de 31 de agosto de 1957, la Sub-Dirección de Servicios Inspectivos tenía a su cargo el cumplimiento de las disposiciones concernientes al trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su actividad. Con tal fin, por intermedio de su Departamento de Denuncias Individuales, atendía los conflictos motivados por los incumplimientos del patrono durante la vigencia del contrato de trabajo. El Decreto Supremo de 1º de julio de 1960, trasladó el mencionado Departamento de Denuncias Individuales, a la Sub-Dirección de Regímenes de Trabajo, con el título de División de Denuncias Individuales, pero conservando sus atribuciones.

Actualmente, la División de Denuncias Individuales tramita además las reclamaciones de los trabajadores, empleados u obreros cuya relación de trabajo se hubiere extinguido, y a quienes su principal no hubiere cumplido sin embargo con pagarles sus beneficios sociales dentro del plazo de 48 horas, establecido en el Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950.

Este tipo de denuncias está contemplado en lo dispuesto en la Resolución Suprema de 18 de agosto de 1956, conforme a la cual, planteada la reclamación se citará a las partes para un comparendo conciliatorio, en el cual el patrono expresará las razones por las que no ha efectuado el pago demandado.

Cuando se discuta la naturaleza de los servicios; cuando el empleado acredite que existe causal de

pérdida de beneficios sociales; o cuando se niegue a efectuar su pago por razones que requieren mayor probanza, la Autoridad Administrativa se abstendrá de seguir conociendo el asunto. En caso contrario ordenará al empleador la cancelación de los indicados beneficios sociales.

La Competencia territorial de la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo comprende los departamentos de Lima, Ica y Loreto. Así lo dispone el artículo 25º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1952.

(b) Sub-Dirección de Regímenes Especiales.—Este organismo fue creado por Decreto Supremo de 30 de abril de 1954, en cuyo artículo 10º se estableció su jurisdicción en los términos siguientes:

“La División de Regímenes Especiales de Trabajo tendrá a su cargo la atención inmediata de los asuntos concernientes a los regímenes especiales que regulan determinadas actividades de trabajo, en sus aspectos de control y super vigilancia y en la atención de las reclamaciones de carácter general. Esta Sub-Dirección cuenta con las divisiones siguientes:

(a) División de Industrias Gráficas.—Que todo lo relacionado con los conflictos colectivos o individuales de derecho y de interés que se plantean en esta industria, la cual comprende todos los trabajadores comprendidos en impresiones con maquinaria gráfica, con exclusión específica de mayordomos,

peones, carpinteros, envaladores y porteros o portapliegos.

(b) **División de Asuntos Rurales**.—La cual, a través de sus dos departamentos, atiende la reclamaciones de los trabajadores de la agricultura.

(c) **División de Construcción Civil**.—Encargada de los conflictos que se producen en este gremio, el cual se caracteriza por la eventualidad de sus servicios pues los trabajadores permanentes de las empresas constructoras están excluidos.

(d) **División de Transportes**.—Tiene a su cargo todo lo relacionado con estas actividades comprendiendo las comunicaciones urbanas interurbanas e interprovinciales.

Ultimamente se han anexado a la Sub-Dirección de Regímenes Especiales la División de Mujeres y Menores y la División de ¿.....?

III Sub-Dirección de Trabajo del Callao.—Este organismo fue creado por ley N° 14816 y cuenta con tres divisiones a saber: Relaciones de Trabajo, Regímenes Especiales e Inspección cuyas funciones son semejantes a las que desempeñan los servicios centrales.

(e) **Dirección Regional de Trabajo del Sur**.—Este organismo fue creado por Decreto Supremo de 28 de diciembre de 1963, en mérito a que el incremento de la actividad económica y la peculiaridad de los problemas laborales de la región del Sur del país, hacía necesaria la solución inmediata y definitiva de sus

conflictos de trabajo. Se evitó en esta forma la demora producida por la necesidad de remitir a la capital de la República la solución de dichos problemas.

La Dirección Regional de Trabajo del Sur tiene su sede en la ciudad de Arequipa y tiene dentro de su territorio los departamentos de Arequipa, Moquegua, Tacna, Apurímac, Cuzco, Madre de Dios y Puno. Toda esta circunscripción la atiende a través de dos Sub-Direcciones Regionales, una de Arequipa con sede en la ciudad de ese mismo nombre y otra del Cuzco también con residencia en esta ciudad. A la primera le corresponde los territorios de Arequipa, Moquegua y Tacna y a la segunda todos los demás. Los servicios de cada una de las sedes de las Sub-Direcciones Regionales de Trabajo de Arequipa y del Cuzco, están integradas por las Divisiones de Inspección de Relaciones de Trabajo y de Regímenes Especiales.

(f) **Dirección Regional de Trabajo del Norte**.—La Ley del Presupuesto General de la República de 1964, creó este organismo encomendándosele las mismas funciones de la Dirección Regional de Trabajo del Sur, pero dentro del territorio comprendido por los departamentos de Amazonas, San Martín, Tumbes, Piura, Lambayeque, Cajamarca, La Libertad y Ancash.

Para el ejercicio de sus funciones, la Dirección Regional de Trabajo del Norte cuenta con dos subdirecciones regionales, la de Trujillo y la de Chicla.

(g) **Dirección Regional de Trabajo del Centro**.—También fue creada

por la Ley General del Presupuesto de la República de 1964, con idénticas atribuciones que la Dirección Regional de Trabajo del Norte. Su territorio comprende los departamentos de Huánuco, Ayacucho, Pasco, Junín y Huancavelica.

Cuenta con una sola Sub-Dirección Regional de Trabajo con sede en Huancayo y tiene los mismos servicios que las Sub-Direcciones de Arequipa y Cuzco.

(h) Inspecciones Regionales de Trabajo.—Dentro de sus territorios corresponde a los Inspectores Regionales de Trabajo conocer los conflictos individuales o colectivos que se susciten entre los obreros y sus principales, sin distinguir las reclamaciones de derecho de los intereses ni la cuantía de dichas reclamaciones.

Las Inspecciones Regionales de Trabajo dependen de la Sub-Dirección Regional a cargo de la zona.

Los Inspectores Regionales de Trabajo están facultados para resolver en Primera Instancia las reclamaciones individuales y colectivas que se plantean en su territorio por disposición expresa del artículo 27º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1957 y artículo 2º del Decreto Supremo de 18 de octubre de 1963.

En lo que respecta a las reclamaciones colectivas el Inspector de Trabajo termina su función al fracasar la conciliación o el trato directo entre las partes, debiendo elevar lo actuado ante la Sub-Dirección a la que pertenezca para que

ésta resuelva el conflicto en Primera Instancia.

Tribunales Arbitrales. — Cuando las partes de un conflicto colectivo deseen someter su solución a decisión arbitral, se constituirá un Tribunal presidido por un funcionario de la Dirección General de Trabajo e integrado por un árbitro designado por el empleador y otro designado por los trabajadores reclamantes. En provincias, el Tribunal Arbitral se compondrá asimismo de un árbitro nombrado por cada parte y presidido por un tercero designado por el presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial, dentro de los miembros del Poder Judicial. Las partes podrán encomendar sin embargo la decisión del conflicto al Tribunal Arbitral Permanente que funciona en Lima y que fuera creado por el Decreto Supremo de 11 de enero de 1942.

Conforme al Decreto Supremo de 19 de setiembre de 1942 los Tribunales Arbitrales no están facultados para modificar las normas legales existentes ni para decidir cuestiones ajenas a las relaciones del trabajo.

En cuanto al valor de sus resoluciones éstas tienen la autoridad de cosa juzgada y mérito ejecutivo en atención a lo establecido en la ley 8930. Cuando el laudo declare derechos liquidables en efectivo o cotizables en dinero surtirá sus efectos desde la fecha de presentación del pliego de reclamaciones.

Los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales creados en pro-

vincias podrán ser revisados sin embargo por el Tribunal Arbitral Permanente de Asuntos Colectivos con sede en Lima, cuando incurran en causal de nulidad de las previstas en la ley procesal ordinaria y cuando resuelvan más allá de las normas legales existentes o sobre cuestiones ajenas a las relaciones contractuales de trabajo.

El laudo arbitral tiene una vigencia mínima de un año, salvo que en forma expresa se le hubiera señalado una mayor duración.

* * *

NOTA SOBRE LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS UTILIZADOS EN MATERIA LABORAL EN EL PERU

De lo expuesto resulta que los conflictos laborales en el Perú, tanto los colectivos como los individuales, pueden tramitarse en la siguiente forma:

Conflictos Individuales

(1) Si el vínculo laboral se hubiere extinguido, el trabajador empleado podrá acudir a un organismo judicial que es el Juzgado de Trabajo, el cual, según se ha visto, está facultado para tramitar la demanda. Para este efecto citará a la parte demandada a un comparendo en el cual ésta expondrá su punto de vista, respecto a la reclamación. El Juez no interviene personalmente en la diligencia sin embargo, la cual queda a cargo del Secretario de Juzgado o a un ayudante de éste. En el comparendo debe invitarse a las partes a conciliar el con-

flicto. Fracasado este intento cada parte ofrecerá y actuará las pruebas en esta diligencia, después de contestada la demanda. Podrá sin embargo ofrecer esas pruebas dentro de los ocho días siguientes al comparendo. Este plazo fue el señalado originalmente por la ley 6871, pero en la práctica los jueces han interpretado que las pruebas ofrecidas durante dicho plazo podrán actuarse después de su vencimiento y de hecho es usual que el propio Juez señale para la actuación de pruebas, días posteriores a la fecha en que expiró el período probatorio.

Terminada la actuación de pruebas o vencido un período de tiempo considerado prudencial por el Juez, éste procederá a dictar sentencia resolviendo, conjuntamente con la cuestión de fondo, las excepciones que se hubieran planteado. No es admisible en estos procedimientos en efecto, la tramitación de excepciones dilatorias.

Del fallo de Primera Instancia se puede apelar ante la Sala de Trabajo de la Corte Superior del Distrito Judicial. En esta instancia la recepción a prueba queda a discreción del Tribunal. Vista la causa se dictará resolución. Si la cuantía del litigio excede de S/. 20,000.00, es procedente el recurso de nulidad ante la Corte Suprema, la cual actúa como Tribunal de Fallo.

(2) Si el vínculo laboral se hubiere extinguido y no obstante haber transcurrido más de 48 horas el patrono no hubiera pagado al empleado los beneficios sociales a

que éste estimase tener derecho, podrá ocurrir —según el gremio a que pertenezca— a la División de Denuncias Individuales de la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo, o a la División de la Sub-Dirección de Regímenes Especiales, que atienda los asuntos de su gremio.

Recibida la denuncia el Jefe de la División citará al patrono para que exponga las razones por las que no ha pagado los beneficios sociales reclamados. Si el patrono acredita la comisión del causal de pérdida de estos beneficios, o si niega la calidad de los servicios del reclamante, la Autoridad Administrativa deberá abstenerse de seguir conociendo la reclamación. Igual actitud deberá adoptar en caso que el asunto requiera mayor probanza. Si por el contrario, el empleador aceptase pagar todo o parte de lo reclamado, ordenará que se proceda a la entrega respectiva en relación con la parte en discusión, se abstendrá o resolverá.

Este procedimiento está sustentado en la Resolución Suprema de 18 de agosto de 1956 y en lo dispuesto en el artículo 21º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1957, respecto a la División de Denuncias Individuales; y en el artículo 10º del Decreto Supremo de 30 de abril de 1954, respecto a las Divisiones de la Sub-Dirección de Regímenes Especiales.

(3) **Si el vínculo de trabajo se hubiere extinguido** y el trabajador tuviere la calidad de obrero y su patrono le adeudase salarios, beneficios sociales, etc., podrá interponer su demanda ante el Juzgado

Privativo de Trabajo competente en razón del territorio, o del Turno, en caso que la demanda se plante en Lima. El procedimiento, salvo pequeñas variantes, es igual al que se sigue para las demandas de empleados ante el Juzgado de Trabajo. El fallo podrá ser apelado dentro del tercero día de notificado, previa consignación de la suma que se ordenase pagar al apelante.

Concedida la alzada, el expediente pasa a Vista Fiscal, y luego al Tribunal de Trabajo, el cual resolverá en última instancia según se ha expresado anteriormente.

(4) **Si el vínculo de trabajo se hubiera extinguido** y el patrono no hubiera pagado al obrero sus beneficios sociales dentro del plazo de 48 horas señalado por la ley, el trabajador podrá plantear su correspondiente reclamación —según su gremio— ante la División de Denuncias Individuales de la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo, o ante la División respectiva de la Sub-Dirección de Regímenes Especiales. En ambos casos se seguirá el mismo procedimiento que en el caso de las reclamaciones de empleados ante estos organismos a que nos hemos referido anteriormente.

(5) **Si la relación de trabajo estuviera vigente**, tanto los empleados como los obreros que se consideran afectados injustamente por alguna decisión de su patrono, podrán interponer individualmente su denuncia ante el organismo que corresponda según el gremio a que pertenezca el reclamante. Recibida la denuncia se ordenará una investigación en el centro de trabajo con

audiencia de partes. El informe que emita el funcionario encargado de la investigación se pondrá en conocimiento de los interesados quienes podrán hacer las observaciones que estimen convenientes. Luego se les citará a un comparendo conciliatorio en el cual el funcionario que lo dirija deberá procurar el avenimiento de las partes. De no lograrlo, deberá elevar el expediente al Jefe de la División a que pertenezca quien emitirá su resolución. Previamente las partes pueden ofrecer y actuar las pruebas que estimen convenientes y que hubieren sido aceptadas por la Autoridad que conoce del asunto. De la Resolución del Jefe de División se puede interponer apelación dentro del plazo de tercero día y previa consignación de la cantidad que se hubiera ordenado pagar al apelante. En segunda instancia puede hacerse las alegaciones que se estimen necesarias y aún presentar pruebas con la venia del Sub-Director encargado, quien dictará la última resolución en la vía administrativa. Tal como hemos anotado, el cumplimiento de esta resolución, si no se ha impugnado judicialmente, se encomienda a la autoridad política, sin perjuicio de las multas con que se pondrá a la parte renuente.

CONFLICTOS COLECTIVOS

(1) **Conflictos de Derecho.**— Usualmente se plantean en forma de denuncias ante la División de Denuncias Colectivas de la Sub-Dirección de Relaciones de Trabajo, o ante la División de la Sub-Dirección de Regímenes Especiales que atiende los asuntos del gremio a

que pertenezca el Sindicato o trabajadores reclamantes. De inmediato se comisiona un inspector del Ministerio para que en el centro de trabajo y con audiencia de partes, investigue los hechos que han motivado la reclamación. Puesto el informe en conocimiento de los interesados se les citará a un comparendo conciliatorio ante el Jefe del Departamento que esté conociendo el asunto. Con la respuesta de las partes este funcionario deberá intentar un avenimiento de ellas si es que asumen posiciones contrarias. En caso de no lograr la conciliación elevará el expediente ante el Jefe de la División para que éste resuelva. Mientras tanto, las partes podrán ofrecer y actuar las pruebas que las favorezcan. Producida la Resolución, las partes la podrán apelar dentro del término de tercero día, previa consignación de las cantidades que se pudieran haber ordenado pagar al apelante. En segunda y última instancia resuelve el asunto el Sub-Director respectivo.

Esta resolución puede hacerse cumplir mediante el apoyo de la autoridad pública que señala el artículo 3º del Decreto Supremo de 30 de mayo de 1939, sin perjuicio de las multas que la Autoridad de Trabajo puede imponer a la parte que se niegue a cumplir la Resolución con que terminó el trámite administrativo. Conforme veremos al referirnos a la revisión judicial de las resoluciones administrativas — la Autoridad Administrativa está impedida de continuar con el conocimiento del asunto, tan pronto como se interponga la demanda judicial respectiva.

Para terminar con los conflictos colectivos de derecho, resulta interesante destacar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Supremo de 7 de agosto de 1958, durante la vigencia de un pacto colectivo no puede demandarse la modificación de ninguna de sus partes. En esta forma se han limitado los alcances del artículo 27º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1957, el cual se refería al trámite de las peticiones colectivas sin especificar la oportunidad de su planteamiento, lo que producía una multiplicación desmedida de conflictos laborales.

Conflictos de Intereses.—Las reclamaciones que plantean los trabajadores sobre modificación de salarios y condiciones de trabajo, así como las que formulen los empleadores sobre revisión de determinados puntos del pacto colectivo, reducción de personal, de sueldos y salarios, clausura o cierre total o parcial del centro de trabajo, modificación de las horas o del régimen de trabajo, etc., están sujetas a trato directo, conciliación y arbitraje o resolución en caso que éste se frustre. Se plantea la reclamación mediante demanda escrita que deberá entregarse a la parte contraria, con copia para la Autoridad de Trabajo, recibida la demanda la parte demandada deberá recibir a los reclamantes en el plazo de tercer día, conviniéndose en esta reunión la fecha en que se dará respuesta a la demanda, iniciándose el trato directo. Para este efecto las partes deberán estar representadas por apoderados debidamente autorizados. Los trabajadores deberán

estar representados por su Sindicato y en caso que no lo tuvieran, por trabajadores provenientes del centro de trabajo y que hubieren sido elegidos con el voto conforme de la mayoría de los servidores de dicho centro de actividades. Ambas partes discutirán la demanda dando cuenta a la Autoridad de Trabajo sobre los puntos que hubieren sido materia de acuerdo y cuáles no. En caso de quedar solucionado la reclamación con los acuerdos adoptados, se procederá a la redacción del pacto o convención colectiva, la cual deberá ser aprobada por el Ministerio de Trabajo.

En el supuesto que el trato directo se diera por fracasado sin haberse logrado el pacto, las partes ocurrirán ante la Autoridad de Trabajo, la cual deberá proceder a instalar la Junta de Conciliación que estará presidida por un conciliador del Ministerio. A estas reuniones las partes pueden ocurrir con asesores, podrán solicitar la declaración de testigos, ofrecer o pedir peritajes, etc.

La función del conciliador, además de dirigir las sesiones de junta de conciliación, comprende, llegado el momento oportuno, la proposición de fórmulas de arreglo a fin de lograr el avenimiento de las partes.

Fracasada la conciliación el conflicto debe resolverse por decisión del Ministerio de Trabajo o por laudo directo por un Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral competente para el conocimiento de los conflic-

tos que se planteen en la capital de la República es el Tribunal Permanente de Asuntos Colectivos. Si el conflicto ha surgido en provincias, el Tribunal se constituirá de tres miembros, dos de los cuales serán ombrados por cada una de las partes, y el tercero por el Presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial a que pertenezca la provincia en referencia.

El Tribunal Arbitral escuchará los alegatos de las partes y recibirá la causa a prueba por el término de 6 días debiendo resolver dentro del plazo máximo de 8 días. Este período de prueba podrá reducirse a sólo 3 días en caso que las partes estuvieran de acuerdo en los hechos, cosas o cantidades materia del conflicto, pues en este supuesto la disputa sólo versará sobre la valorización o calificación de aquéllos. El Tribunal podrá ordenar la exhibición de libros y documentos y tomar la declaración de testigos, llevar a cabo inspecciones oculares, y cuantas diligencias estime necesarias para el esclarecimiento del litigio.

Sometida la reclamación a la decisión del Tribunal Arbitral las partes deberán abstenerse de toda actitud que lesione los intereses del contrario, evitando asimismo represalias, una vez fallado el litigio.

Por efecto de la ley 8930 el fallo del Tribunal Arbitral tiene calidad de cosa juzgada y mérito ejecutivo cuando emana del Tribunal Arbitral Permanente existente en Lima.

Frustrado el trámite arbitral de la reclamación debe la Autoridad

de Trabajo Administrativa resolver el litigio a través de dos instancias, las cuales, según hemos expresado, son la Sub-Dirección General o Regional de Trabajo, que fuere competente.

La jurisprudencia Administrativa existente, ha interpretado la facultad de la autoridad de trabajo para resolver los conflictos colectivos de intereses, limitándola al otorgamiento de mejoras salariales y de condiciones de trabajo existentes por efecto de pactos celebrados entre las partes, que se encontraron vigentes. Se estima que la autoridad de trabajo no está autorizada en cambio, para crear nuevos beneficios o condiciones de trabajo.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Trabajo Marítimo.—Todo lo relacionado con las reclamaciones sobre revisión de tarifas de salarios de los trabajadores marítimos se tramita ante la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo. Esta institución está constituida por representantes de la Autoridad Portuaria, del Ministerio de Trabajo, del Ministerio de Hacienda, del Gremio de Tarjadores, del Sindicato de Estibadores, del Ministerio de Marina, de la Asociación Marítima del Perú, de la Asociación de Armadores y de la Cámara de Comercio y Producción del Callao. A este organismo se le tiene encomendado el pago de beneficios sociales a los trabajadores marítimos, para lo cual recibe las consignaciones que de los mismos deben efectuar las personas que utilizan los servicios de dichos trabajadores. Además de estas atribuciones co-

responde a la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo la revisión de las tarifas conforme a las cuales se pagan las labores de los trabajadores marítimos.

Trabajo Textil.—Los conflictos colectivos que se planteen en la industria textil se someten a la Comisión Permanente de la Industria Textil, que es un organismo constituido por representantes de las empresas textiles y de los trabajadores; contando con el asesoramiento del Ministerio de Trabajo, de la O.I.T. de la Institución Nacional de Productividad y del Ministerio de Fomento, mediante dos representantes de cada una de estas instituciones. Para el estudio y resolución de los problemas de la industria textil, esta comisión está dividida en tantas subcomisiones como ramos diferentes existen en esta industria. Estas subcomisiones deberán reunirse mensualmente y atenderán los asuntos que planteen los representantes de las empresas y de los trabajadores. Atenderán, asimismo, las reclamaciones que se hubieren presentado en los centros de trabajo, y que no se hubieren resuelto en trato directo. En caso de no obtenerse acuerdo sobre estos conflictos en el seno de las subcomisiones, las partes decidirán de común acuerdo si se remite la cuestión litigiosa a la Comisión Permanente de la Industria Textil o a la Autoridad de Trabajo. En este último caso se seguirá el procedimiento general de conciliación y arbitraje. Si la Comisión es quien conoce el asunto y llega a una solución sobre el mismo, el acuerdo será formulado en un pacto colectivo.

Resulta ilustrativo agregar respecto a los trabajadores de la industria textil, que en lo relativo a mejoras salariales este gremio está sujeto a un régimen de regularización automática en razón al alza del costo de vida señalado por el Banco Central de Reserva del Perú.

REVISION JUDICIAL DE LOS FALLOS ADMINISTRATIVOS

La Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605 dispone en su artículo 10° que si en un procedimiento administrativo surge alguna cuestión contenciosa, se suspenderá el procedimiento por la autoridad que conoce de él, a fin de que el Poder Judicial declare el derecho que define el litigio. Si la autoridad administrativa se negara a suspender el procedimiento los interesados podrán interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provocara conflicto, éste se resolverá aplicándose las reglas sobre conflictos de autoridades.

No es admisible, según el artículo 11° de la Ley Orgánica citada la impugnación de resoluciones administrativas de carácter particular que hayan dictado las autoridades competentes sino después de agotados los recursos jerárquicos expresamente establecidos y a instancia de parte interesada.

Dispone por último el artículo 12° de la misma ley que hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública departamental o municipal, que constituyen despojo, desconocimiento o violación de los derechos

que reconocen la Constitución y las leyes.

Al haberse dictado las disposiciones transcritas con posterioridad a todas las leyes que reconocían la calidad de cosa juzgada de las resoluciones administrativas dictadas para la solución de conflictos individuales o colectivos de trabajo, resulta posible impugnar ante el Poder Judicial todas estas resoluciones por haber perdido sustancialmente la calidad de cosa juzgada.

Este trabajo no pretende analizar todos los interrogantes que al respecto plantea la citada ley N° 14605, sino destacar el hecho que el Poder Judicial, a través del fuero común, está capacitado para conocer y resolver los conflictos laborales que se sometan a su jurisdicción en vía de revisión de las resoluciones administrativas a que dieran lugar.

El Juez a quien corresponde el conocimiento de estos asuntos es el de Primera Instancia del fuero común. Esto es así en mérito a que la competencia del Juez de Trabajo comprende únicamente las reclamaciones de los empleados sobre pago de beneficios sociales. De otro lado, el artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles dispone que se ventilan en juicio ordinario las cuestiones litigiosas que no tengan tramitación especial señaladas en el propio Código. Por estas razones la acción de nulidad de resolución a que hemos hecho referencia deberá tramitarse en la vía ordinaria y ante los jueces del fuero común.

De todo lo expuesto, se desprende que en materia de jurisdicción y competencia de los organismos encargados de la atención de los conflictos de trabajo, así como en lo relativo al trámite de éstos, es impostergable la atención de los siguientes problemas:

Primera.—Los procedimientos ante el Juzgado Privativo de Trabajo y Juzgado de Trabajo carecen del principio de inmediación indispensable en todo proceso laboral. El Juez no interviene personalmente, realizándose todas las diligencias ante el Secretario del Juzgado o un empleado de éste. La actuación de las pruebas, inclusive la declaración de testigos, confesión de las partes, etc., no son apreciadas directamente por el Juzgado, ya que conoce de ellas al momento de dictar sentencia y con la lectura del expediente.

Además se encuentra generalizada la actuación de pruebas una vez vencido el plazo correspondiente, en virtud del cual la perentoriedad de los términos contenidos en el artículo 7° de la ley 6871 y artículo 74° del Decreto Supremo de 23 de marzo de 1936, constituyen letra muerta en la mayoría de los procesos.

Si agregamos a esto la pasividad de los jueces respecto a las articulaciones dirigidas a demorar la terminación del pleito, debemos aceptar la ausencia de los principios de concentración de celeridad y de inmediación en los procesos comentados y la necesidad de su reforma.

Segunda.—Resulta indispensable limitar la competencia de los organismos administrativos a fin de impedirles la atención de las reclamaciones individuales planteadas después de extinguido el vínculo de trabajo. En la actualidad existe duplicidad en cuanto al trámite de estas reclamaciones, las cuales, según hemos visto, pueden ventilarse simultáneamente ante los juzgados y los organismos administrativos que atienden denuncias individuales. Esta duplicidad hace posible la existencia de fallos contradictorios sobre un mismo asunto; además de un sinnúmero de inconvenientes fáciles de imaginar.

Tercero.—Es impostergable la incorporación de la justicia privativa del trabajo, vale decir, los Juzgados y el Tribunal respectivo, al Poder Judicial Ordinario reconociéndoseles la antigüedad y especialidad que posean sus miembros, quienes debe-

rán tener preferencia para ocupar los cargos judiciales dedicados a la atención de los conflictos laborales de Derecho.

Cuarta.—La competencia de los Jueces de Trabajo debe ampliarse de modo que puedan conocer de la revisión de las resoluciones administrativas cuya nulidad se ha demandado ante el fuero común. En la actualidad, según hemos manifestado, es el Juez Ordinario quien, no obstante su falta de especialidad en la materia, debe conocer de estos asuntos.

Quinta.—El procedimiento de las reclamaciones colectivas de intereses debe revisarse de manera que, dejando garantizada el libre juego de las partes, en la negociación, se restrinja al mínimo la posibilidad de que el desacuerdo entre ellas repercuta en hechos que produzcan malestar en la colectividad del país.

El endoso en la Letra de Cambio después del protesto y la Jurisprudencia Peruana

Por Felipe Osterling Parodi

El endoso es un negocio cambiario accesorio, que consiste en la declaración escrita y firmada en el título por el endosante y en la entrega, de este título, al endosatario.

El endoso es pues un modo de transmisión de una letra de cambio por la entrega del título, con una mención inscrita al dorso. Quien remite el título es el endosante y quien lo recibe es el endosatario.

El contenido de este negocio constituye, en esencia, la obligación unilateral de hacer pagar el importe indicado en la letra de cambio, a su vencimiento, en favor del endosatario o de cualquier otro legítimo poseedor.

El endoso de la letra de cambio —con la limitación que señalamos más adelante al tratar de la cláusula “por procuración”, “valor en garantía” u otra semejante— transfiere

re la propiedad y todos los derechos inherentes a ella.

Además, el endosatario de la letra de cambio puede accionar en vía de regreso contra los endosantes, quienes quedan solidariamente responsables de la aceptación y, a su vencimiento, del pago. En la misma medida en que también puede accionar, en la vía directa, contra el aceptante o los avalistas.

El endosatario, por último, tiene el derecho de endosar la letra de cambio a otro, convirtiéndose en obligado solidario, en forma cambiaria, con los demás firmantes del documento.

La transferencia del título importa también la del crédito. Por eso, el endoso tiene muchas analogías con la cesión de créditos, pero difiere de ella porque con la transferencia de la letra se hace nacer una promesa cambiaria.

N. de R.: Este artículo fue escrito y estaba en prensa antes de la promulgación de la Ley N° 16587, correspondiente al “Libro de los Títulos Valores” del Código de Comercio, que empezará a regir el 15 de setiembre de 1967.

En la cesión de créditos el cesionario no adquiere acción contra el deudor cedido, sino desde que éste acepta la traslación, o desde que se le notifica judicialmente (artículo 1457 del Código civil). El endoso,

en cambio, se perfecciona con la simple transferencia del título por el endosante al endosatario.

En la cesión, el cedente sólo responde de la existencia del crédito al tiempo de la enajenación (artículo 1458 del Código civil), y no de la solvencia del deudor, salvo que hubiera contraído tal obligación y sólo hasta la cantidad que recibió como precio (artículo 1459 del Código civil). En cambio, el endosante garantiza la aceptación y el pago de la letra.

Por último, mientras que en la cesión de créditos el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente, en el endoso sucede lo contrario (artículo 664 del Código de procedimientos civiles).

Hemos dicho que el endoso transfiere la propiedad y todos los derechos inherentes a la letra de cambio. Esta regla, sin embargo, no es general. En los casos previstos por el artículo 445 del Código de comercio, o sea cuando el endoso se verifica con la cláusula "por procuración", "para su cobro", "por mandato", "valor en garantía", u otra equivalente, él no transfiere la propiedad de la letra. Simplemente autoriza al endosatario para cobrarla, protestarla, comparecer en juicio, y aún endosarla por procuración.

La ley permite pues dos clases de endosos que no son traslativos de la propiedad: uno es el endoso a título de procuración, y el otro el endoso a título de prenda.

El endoso por procuración es aquel por el cual el tenedor de una

letra de cambio remite el título a un tercero con mandato de percibir por su cuenta el pago.

El tenedor es el mandatario del endosante y, por lo tanto, debe rendirle cuenta de lo que para él ha cobrado. Es más, contrae responsabilidad si no promueve acción dentro de los plazos legales.

En tales casos la ley atribuye al endosatario la facultad de ejercitar todos los derechos inherentes a la letra de cambio, pero siempre en calidad de mandatario, ésto es, en nombre y por cuenta del endosante.

Los mismos derechos corresponden al endosatario en garantía de una letra de cambio. Sólo observamos, respecto a la cláusula "valor en garantía", que en las relaciones entre el endosante y el endosatario ella significa constituir la letra de cambio en prenda y, en nuestra opinión, conferirle al endosatario el derecho de hacerse pagar con privilegio sobre el importe de la letra, el crédito por el que la prenda se constituyó.

Aclarados estos conceptos debemos precisar los verdaderos alcances del artículo 446 del Código de comercio, cuando dispone que el endoso de una letra ya vencida producirá tan solo los efectos de una cesión.

Esta regla ha dado origen a serios debates.

La norma entra en juego en las dos hipótesis señaladas, que desde luego debemos distinguir; o sea cuando se trata de un endoso "por procuración", "para su cobro", "por

mandato", "valor en garantía", u otro equivalente, y cuando se trata de un endoso pleno, que, conforme al artículo 442 del Código de comercio, transfiere la propiedad y todos los derechos inherentes a la letra de cambio en favor del endosatario.

Analicemos ambos casos separadamente.

En el primer caso, o sea cuando no se transfiere la propiedad de la letra de cambio, la Corte Suprema de la República, por resolución de 5 de octubre de 1957 (1), ha declarado que tratándose de un endoso en cobranza y estando a lo previsto por el artículo 445 del Código de comercio, procedía la interposición de la acción ejecutiva por el endosatario. Hacemos notar que la Corte Superior de Junín, que conoció el asunto en segunda instancia, había denegado la acción ejecutiva aduciendo que se trataba de la cesión de un crédito.

La misma Corte Suprema, por resolución de 9 de enero de 1960 (2), declaró fundada la demanda ejecutiva, no obstante que el endoso por procuración se había consignado después de la fecha de vencimiento de la letra.

Sin embargo, la Corte Suprema de la República, por resolución de 29 de diciembre de 1965 (3), ha declarado que el endoso de una letra de cambio en cobranza, después de efectuado el protesto, sólo produce los efectos de una cesión que no da mérito a la acción ejecutiva.

Esto en lo que respecta al endoso de la letra de cambio por procuración o con otra cláusula equivalen-

te, después de la fecha de vencimiento del documento.

La Corte Suprema sí tiene jurisprudencia firme cuando no se trata de endosos por procuración, sino de endosos plenos, que transfieren la propiedad de la letra de cambio. Aquí sí el pensamiento de ese Tribunal es definitivo. La Corte, en reiteradas ejecutorias, ha denegado la acción ejecutiva, aduciendo que se trata de una simple cesión de créditos. Esta doctrina ha sido consagrada por las resoluciones de 16 de diciembre de 1955 (4), de 14 de abril de 1956 (5), de 15 de setiembre de 1958 (6), y de 12 de julio de 1965 (7).

En suma, tratándose del endoso en cobranza verificado después del vencimiento de la letra de cambio, la Corte Suprema, primero, en las ejecutorias de 5 de octubre de 1957 y de 9 de enero de 1960, admitió que el endosatario podía ejercitar la acción en la vía ejecutiva que la ley concedía a su endosante, pero en la ejecutoria de 29 de diciembre de 1965 modificó esta doctrina, al establecer que el endoso de una letra de cambio en cobranza, efectuado después del protesto, sólo producía los efectos de una cesión de créditos que no daba mérito a la acción ejecutiva.

En el caso del endoso en propiedad, la Corte Suprema, uniformemente, en sus ejecutorias de 16 de diciembre de 1955, 14 de abril de 1956, 15 de setiembre de 1958 y 12 de julio de 1965, ha declarado que ese endoso, verificado después del protesto, constituye una cesión

de créditos que no confiere al endosatario el derecho de accionar en la vía ejecutiva.

Tanto la última resolución de la Corte Suprema, relativa al endoso en cobranza, de 29 de diciembre de 1965, como todas las ejecutorias referentes a los endosos en propiedad, parecen otorgar alcances distintos a los previstos por el legislador en el artículo 446 del Código de comercio.

Nada justifica que la primera jurisprudencia relativa a las letras endosadas "por procuración" haya cambiado, y que hoy día no se permita que el endosatario en cobranza pueda hacer uso de la vía ejecutiva que la ley confiere a su mandante.

Si el endosatario en cobranza es un simple mandatario del endosante, nada se opone, por cierto, a que haga uso de los mismos recursos legales que la ley franquea a su mandante. Se trata, en síntesis, de una forma peculiar del mandato, prevista por la ley, en virtud de la cual el endosatario puede hacer uso de todos los derechos que ella otorga a su endosante. Si el endosante puede ejercitar la acción ejecutiva, no hay razón para denegársela al endosatario, quien jurídicamente actúa sólo como mandatario.

En estos casos el artículo 446 del Código de Comercio es inaplicable, porque el simple mandato que confiere el endosante al endosatario no puede producir los efectos de una cesión de créditos.

La solución del segundo caso es, evidentemente, más compleja. Pero creemos que igualmente nítida.

La norma consignada por el artículo 446 del Código de comercio, que la Corte Suprema de la República ha aplicado en los casos del endoso en propiedad verificado después del protesto para denegar la vía ejecutiva, tiene otros alcances.

Ella significa, en nuestra opinión, que los obligados al pago pueden oponer al endosatario o cesionario todas las excepciones personales que hubieran podido oponer el endosante o cedente de la letra de cambio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 664 del Código de procedimientos civiles. Porque es propicio de la cesión de créditos que el deudor cedido pueda oponer al cesionario las mismas excepciones personales que al cedente.

Ella también significa que las relaciones jurídicas entre el endosante o cedente y el endosatario o cesionario están regidas por las normas contenidas en los artículos 1456 y siguientes del Código civil, por no existir entre ambos relación cambiaria. O sea, que el endosante o cedente sólo debe sanear la existencia del crédito al tiempo de la enajenación (artículo 1458 del Código civil), salvo que se estipule que también responde de la solvencia del deudor (artículo 1459 del Código civil).

Pero el artículo 446 del Código de comercio no significa, en nuestra opinión, que si el endosante o cedente de la letra de cambio tenía derecho a accionar por la vía ejecutiva, sea contra el aceptante

o avalista, por la acción directa, sea contra el girador o los endosantes, por la acción en vía de regreso, no transfiera estos mismos derechos al cesionario o endosario.

La obligación del aceptante, avalista, girador o endosante de la letra de cambio no se extingue por el simple hecho de que el documento sea endosado después de su vencimiento. Y no sólo no se extingue, sino que puede hacerse efectiva por el endosatario o cesionario ejercitando las mismas acciones ejecutivas que la ley franqueaba a su endosante o cedente.

Cuando se cede un crédito del derecho común, una obligación civil con garantía hipotecaria por ejemplo, el cesionario puede ejercitar contra el deudor cedido una acción ejecutiva similar a la que correspondía a su cedente. Lo mismo sucede en el Derecho mercantil. El cesionario o endosatario de una letra de cambio puede ejercitar contra todos los obligados al pago, sean estos aceptantes, avalistas, giradores o endosantes, las mismas acciones que concedía la ley a su cedente o endosante.

Razonar de otro modo sería incursionar por terrenos sumamente peligrosos, neutralizando la verdadera utilidad de la letra de cambio en la vida comercial. Significaría, en buena cuenta, que el cesionario de la letra de cambio habría perdido la acción por derecho de cambio en vía de regreso, contra el girador y los endosantes, por la sola circunstancia de haberse consignado el endoso después del vencimiento, y también la acción directa, con-

tra los avalistas, quienes únicamente están vinculados por la obligación cambiaria, y que sólo conservaría la acción de derecho común contra el aceptante del documento.

Por lo demás, tratadistas tan eminentes como Bolaffio-Rocco-Vivante (8) y Miguel Antonio de la Lama (9), al transcribir una opinión de Vivante, acogen estos conceptos.

Hacemos notar que en Francia, ante el silencio del Código de comercio, la mayoría de los autores y la jurisprudencia se inclinan por la validez del endoso después del vencimiento de la letra de cambio, porque la ley, al permitir la transferencia por endoso, no distingue entre la letra vencida y no vencida, y porque el hecho del vencimiento no extingue, como lo han afirmado algunos autores, la obligación cambiaria, sustituyéndola por un crédito derivado de una letra, pues ésta continúa subsistiendo en su naturaleza y con sus caracteres, entre los que se encuentra su transmisibilidad por endoso. En Francia, el endoso de la letra de cambio después de su vencimiento no produce pues los efectos de una cesión de créditos, ni siquiera entre el endosante y el endosatario.

También aclaramos que el artículo 25 de la ley italiana no deja lugar a dudas, al disponer que el cesionario de la letra se subroga en todos los derechos cambiarios del cedente. Y como entre estos derechos se encuentra, principalmente, el de accionar por la vía ejecutiva contra el deudor, no puede dudarse

que este último efecto ha de conferirse a la cesión del título.

Sin embargo, creemos que el texto de la ley peruana es claro y que él está restringido a los efectos señalados.

No deben confundirse los efectos que el endoso produce, después del vencimiento, en las relaciones entre el endosante y el endosatario, con los que produce frente a los terceros.

Respecto a los primeros, como los efectos del endoso son los de la cesión, no existe relación cambiaria, por lo que no es el caso hablar de acción ejecutiva, que se concede en protección del crédito cambiario. Pero en sus relaciones con los terceros, el endosatario posterior al vencimiento de la letra de cambio ocupa el puesto del endosante. La posición de los terceros deudores no ha cambiado y es la misma que tenían al tiempo del vencimiento de la letra. Y así como quien era entonces poseedor habría podido accionar contra ellos por la vía ejecutiva, así también puede accionar quien ahora es su cesionario.

Y no es exacto que la acción ejecutiva sea acordada en favor de la persona que posee la letra de cambio el día del vencimiento, pues es la propia letra la que posee los efectos del título ejecutivo para ejercitar la acción cambiaria, que comprende, precisamente, la posibilidad de accionar por vía ejecutiva.

Creemos, en conclusión, que la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema de la República, acerca del endoso en cobranza después del vencimiento de la letra de cambio, debe volver por sus antiguos cauces, para aceptar que el endosatario promueva válidamente la acción en vía ejecutiva que corresponde a su cedente o mandante. Y, tratándose del endoso en propiedad verificado después del protesto del documento, la Corte debe admitir que al endosatario le corresponden las mismas acciones que al endosante, o sea la acción por derecho de cambio, en la vía de regreso, contra el girador y los endosantes, y la acción directa, también en la vía ejecutiva, contra el aceptante y los avalistas.

Lima, 15 de marzo de 1967

(1) Montenegro Baca, José, Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano, Tomo IX, pág. 41.

(2) Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 198, pág. 853.

(3) Rev. cit., N° 264, pág. 132.

(4) Montenegro Baca, ob. cit., pág. 34.

(5) Montenegro Baca, ob. cit., pág. 35.

(6) Montenegro Baca, ob. cit., pág. 50.

(7) Rev. cit., N° 269, pág. 822.

(8) Derecho Comercial, Tomo 8, Volumen I, N° 172, páginas 238 y siguientes.

(9) Código de Comercio, Tomo II, página 87.

Los Nombramientos Judiciales

Por Luis Arbulú Alva

Ante la existencia de un conflicto de intereses en donde las partes deciden someter la solución de la controversia al Estado, o ante la comisión de un hecho delictuoso en que se tendrá que definir la relación jurídica habida entre el Estado y el delincuente, la existencia de ciertos organismos que la misma ley crea con una función específica, cual es la de "declarar el derecho" es imprescindible. El procedimiento para la integración de estos organismos es una interrogante que rara vez nos la hemos formulado.

Coexisten diversos criterios para el nombramiento de los Magistrados, que responden a la concepción que se tiene de la función de administrar justicia.

Para muchos la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en la designación de los Jueces es un rezago feudal; ya que históricamente el derecho que detentaba el monarca a juzgar lo cedió al pueblo a cambio de reservarse la designación de los juzgadores; lo que resulta en un Estado de Derecho, hoy en día una incongruencia. Con relación al sistema de elección popular de los magistrados, Alcalá Zamora y Castillo afirma "Nadie ha podido explicarme aún por que curioso mecanismo el sufragio, que es y no puede ser otra cosa que una expresión de voluntad se transforma hasta conseguir dotar a una perso-

na de las cualidades indispensables para administrar justicia es decir: moralidad, independencia, sentido de lo justo y conocimiento del Derecho" (1). La práctica ha demostrado en los casos concretos, que la elección así establecida de los Jueces, se hace con criterio político lo que no sólo resta independencia a los magistrados sino que al decir de Hugo Alsina "proporciona un espectáculo vergonzoso de una campaña política dirigida por quienes luego deben juzgar a partidarios y adversarios" (2).

Otro sistema es el denominado de los Ascensos, que tiene como premisa la antigüedad en el cargo, en razón de que la experiencia así adquirida permitirá desempeñar con eficacia un cargo de tanta responsabilidad. Lo que no consideran los sostenedores de este sistema es que la antigüedad no es el único criterio que acredite capacidad, sino que sólo es un elemento que se debe añadir a otras cualidades indispensables.

Un sistema que hipotéticamente podría resolver el problema sería el del Concurso que supondría un "cotejo de condiciones" que comprendería la vida pública y privada del candidato. Es este un sistema de difícil reglamentación, pero es conveniente tenerlo como ideal.

Existe el sistema denominado de "Cooptación", en virtud del cual la designación la hacen los mismos organismos jurisdiccionales. Este sistema encierra peligros considerables, uno de ellos es el de no aceptar a personas que no tengan la misma orientación y afinidad con las que forman parte de los Tribunales, que traería como consecuencia, la formación de una "casta judicial". Existe por último un sistema que podríamos denominar mixto, en el cual intervienen diversos organismos, que es el que adopta el Perú como veremos más adelante.

En nuestro medio aún subsiste la discusión acerca del mejor procedimiento que se debe emplear para el nombramiento de los magistrados. Cronológicamente echando una visión retrospectiva encontramos que la Constitución de 1860 en su art. 126 estatuyó que los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de la República serán nombrados por el Congreso a propuesta en terna doble por el Poder Ejecutivo; que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema y los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores. El Reglamento de los Tribunales determinaba los requisitos del nombrado. Luis Felipe Villarán en su libro "La Constitución del Perú" cita a Laboulaye quien sostiene "Hay que asegurar a la magistratura una independencia suprema. Organó de la ley el Juez sólo debe tener en consideración la ley, cualesquiera que sean

las consecuencias. Ninguna influencia política debe entrar en su santuario. La justicia vive de sí misma: ella no es una dependencia sino una parte de la soberanía. La Asamblea Constituyente creyó asegurar la perfecta libertad del Poder Judicial decidiendo que la justicia se administrara por Jueces temporalmente elegidos por el Pueblo" (3). Se hacía pues del Juez un servidor del pueblo y de la opinión; este pensamiento felizmente no llegó a nosotros con la misma influencia que otras instituciones.

La derogada Ley Orgánica del Poder Judicial (1911) no contenía ninguna disposición referente a la forma en que se tramitaban dentro del Poder Judicial la provisión de las vacantes producidas en la Corte Suprema, Corte Superior y en Primera Instancia. Sólo en su art. 9º nos remitía a la Carta Política vigente la cual en su art. 126 establecía como ya lo hemos anotado quien era el organismo llamado a nombrar a los magistrados. La Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1931, tuvo a bien pedir la colaboración del Supremo Tribunal en la dación de la nueva Constitución, solicitando la opinión en las disposiciones que a su parecer debería contener el título referente al Poder Judicial. Así el 14 de Abril de 1932, la Corte Suprema de la República, reunida en Acuerdo de Sala Plena, emitió su opinión puntualizando que consideraba como primera condición de un Poder respetable en que sea efectivamente independiente. Esto es que ni por la forma de constitución o funcionamiento se halle en situación de inferioridad

subordinación, o aún más, que sufra la presión o influencia de otro Poder. En los estrados judiciales se ventilan cuestiones que muchas veces afectan al Estado, al comercio, a la industria, a la organización familiar; pero el Juez debe estar en aptitud de hacer inclinar la balanza de la justicia siempre y únicamente en favor del derecho desconocido ó en contra de quien por sus actos así lo merezca, sin ningún tipo de temor, desfallecimientos, etc. Pero para ello necesita saber que nunca existirá fuerza que se interponga entre su conciencia y su acción; y que ni su presente y futuro puedan estar en ningún momento, amenazados por sus resoluciones o actitudes. Las legislaciones tendientes a la consecución de esa primordial aspiración procuran realizarla por diversos medios, siendo uno de aquellos el concerniente a los nombramientos de los Jueces. En este acuerdo la Corte Suprema consideró inconveniente el **modus operandi** con que se venían efectuando los nombramientos, que daba una participación considerable a Poderes ajenos a la función judicial. Creyó preferible un sistema que confiriese a la Corte Suprema la facultad de proponer en cada caso ante el Senado a los funcionarios que deban integrarla, en doble terna: una de magistrados y otra de letrados; que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores sean designados directa y libremente por la Corte Suprema y que ésta elija también a los Jueces y Agentes Fiscales a propuesta en terna sencilla de la Corte Superior.

Se pensaba que con esta forma se lograría la tan esperada autonomía

del Poder Judicial. En el tercer punto de las conclusiones se decía: "Si la facultad de nombrar Jueces recayera en el Legislativo o en el Ejecutivo, habría riesgo de inadecuada prepotencia en favor de la rama del Poder que la ejerciera. Si la facultad recayera en ambas, se correría el riesgo de concitar la displicencia o mala voluntad de una de las dos. Si recayera en el voto popular se expondría a los Jueces a convertirse en buscadores de popularidad y no serían ya los exclusivos funcionarios de la Constitución y de las Leyes" (4). El pensamiento de la Corte era pues preciso: ningún otro Poder del Estado debería intervenir en los nombramientos judiciales, sólo en su caso consideraba conveniente que el Senado eligiera a los magistrados que debían integrarla, siempre sujeto a la doble terna presentada por ella.

Pero el Congreso Constituyente, siguió con el pensamiento que había inspirado la Constitución de 1860, es decir que daba participación activa a los tres Poderes del Estado en la formulación de los nombramientos judiciales. En los arts. 222 y 223 de la Constitución vigente de 1933 se establece quién debe nombrar a los magistrados y quienes los proponen.

Antes de la dación de la nueva L.O. de P.J. (DL 14605) la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, solicitó informe a la Corte Suprema, sobre un proyecto de ley presentado el 28 de Agosto de 1956 por un destacado abogado en representación de un grupo parlamentario, por el que se establecía, que los Vocales y Fiscales de la

Corte Suprema serían nombrados por un Consejo de Justicia, compuesto por diecinueve miembros, presididos por el Ministro del Ramo e integrado por seis miembros elegidos por el Congreso Nacional, entre abogados con más de veinte años de ejercicio profesional, seis elegidos por la Corte Suprema entre los magistrados jubilados de ese Tribunal y, a falta de éstos, entre sus Fiscales Suplentes; tres elegidos por las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales, entre sus catedráticos titulares con más de diez años de docencia universitaria y tres por los Colegios de Abogados de la República que deberían reunir los requisitos señalados para los miembros que designe el Congreso. Que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serían nombrados por el Consejo Nacional de Justicia a propuesta en terna doble de la Corte Suprema de la República. Este proyecto de ley tendía a modificar los arts. 222 y 223 de la Constitución del Estado.

El Supremo Tribunal, al analizar el proyecto en referencia, partió de ciertas premisas, una de ellas es la del concepto de "soberanía popular", que recoge la Carta Política en su art. 1º al establecer que "El Perú es República democrática. El Poder de Estado emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen", artículo que en su esencia responde a la estructura democrática de un Estado en que debe existir la representación de la soberanía ya sea directa ó indirectamente.

Como ya hemos anotado la elección directa por el pueblo trae los inconvenientes de la politización de la magistratura. El legislador trató de hallar una fórmula conciliatoria que, salvando las dificultades que supone una elección directa, diera carácter "representativo" a los llamados a administrar justicia. Sostenía la Corte Suprema que: "La independencia del Poder Judicial, en relación a la forma de designar a sus miembros no sólo debe considerarse desde el punto de vista de la influencia que sobre él pueden tener los miembros de otros Poderes, sino así mismo los de cualquier otro cuerpo electoral que puede sustituir al hoy existente (5). Este Consejo Nacional que se pretendía crear con este Proyecto de Ley, convertía a los abogados de largo y fecundo ejercicio profesional en "señores de los nombramientos", siendo éstos muy afectos en su modo de sentir y apreciar por los resultados obtenidos en las causas que patrocinan ó en que son parte. Así el 20 de Noviembre de 1958, el Supremo Tribunal en Acuerdo de Sala Plena emitió informe desfavorable sosteniendo la conveniencia de los actuales dispositivos constitucionales que responden a principios existentes en todo Estado de Derecho.

El Poder Judicial y las instituciones representativas del foro hicieron público reiteradamente el anhelo de que se lleve a cabo una reforma integral de la Ley Orgánica del Poder Judicial que venía rigiendo, y es así que el D.L. 14605 ha derogado la L.O.P.J. (1911). Pero lo que a nosotros nos interesa re-

saltar, es que con este D.L., la participación de los otros Poderes del Estado, y sin negar el criterio democrático que esto supone ha sido amenguada principalmente con los arts. 47, 48 (modificado por la Ley N° 15076) y por la Ley N° 15693 de 28 de Octubre de 1965 que se adiciona a la Ley N° 15076: ya que para formular las decenas correspondientes con el objeto de proveer en propiedad o internamente las Vocalías o Fiscalías en la Corte Suprema el Poder Ejecutivo tendrá que sujetarse estrictamente al Cuadro de Méritos y de Antigüedad confeccionado por la Corte Suprema en el año judicial respectivo. El procedimiento para la formulación de las "decenas" es el siguiente: La Corte Suprema reunida en Acuerdo de Sala Plena confecciona una nómina de cinco abogados que la presentará al Ministerio de Justicia; así mismo acuerda oficiar tanto al Colegio de Abogados de Lima como a la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú a fin de que en la brevedad remitan una nómina de cinco abogados por Institución para los efectos de la Ley 15076. Una vez recibidas estas nóminas se remiten al Ministerio de Justicia y Culto, que conjuntamente con el cuadro de méritos y de antigüedad que comprende únicamente a los Magistrados de Segunda Instancia que ocupan los veinte primeros puestos en cada uno, confeccionará el Poder Ejecutivo la decena correspondiente. Esta decena comprende por mandato imperativo de la ley a siete magistrados de carrera y a tres abogados del grupo de a quince remitido al Poder Ejecutivo. El Congreso por resolu-

ción legislativa elige al Fiscal o Vocal respectivo.

Para formular las ternas correspondientes para cubrir en propiedad o interinamente una Vocalía o Fiscalía en una Corte Superior se tramita en forma semejante. La Corte Superior en que se ha producido una vacante comunica al Supremo Tribunal la existencia de ella. La Corte Suprema oficia a la Corte Superior y al respectivo Colegio de Abogados del Distrito Judicial si lo hubiere, a fin de que en la brevedad remitan una nómina que comprende a cuatro abogados cada una, propuestos por la Corte Superior y por el Colegio de Abogados. Una vez reunidos todos estos elementos y las solicitudes de otros magistrados de igual o inferior categoría y aún de diferente Distrito Judicial, pero con requisitos para figurar en las respectivas ternas, se reúne la Corte Suprema en Acuerdo de Sala Plena, tomando en consideración la ubicación de los candidatos en los respectivos cuadros de mérito y de antigüedad de su Distrito Judicial; confecciona las ternas que comprende a cuatro magistrados y dos abogados y así se remite al Ministerio de Justicia y Culto para la elección. Tratándose de Jueces y Agentes fiscales el art. 50 de la L.O. P.J. es explícito por lo que no requiere comentario.

El nombramiento judicial debería estar sujeto únicamente a la adecuada apreciación de las aptitudes profesionales que ostentan los que figuran en el cuadro general de la magistratura. Pero la realidad parece desvirtuar este principio,

pues intervienen otro tipo de factores que no benefician en nada a la alta función de administrar justicia. Estos factores ajenos que aparecen tan pronto se producen las vacantes son indudablemente factores políticos que actúan en forma perturbadora, contra lo que Manuel Vicente Villarán ha llamado el sacerdocio judicial. La opinión pública y los organismos dependientes del Poder

Judicial y del Foro, piden que con espíritu sereno los Poderes Públicos que colaboran en los nombramientos judiciales actúen con criterio sereno y justo en la apreciación de la capacidad e idoneidad de los candidatos. Sólo así, cuando impere un criterio técnico y funcional en los nombramientos judiciales, podremos hablar realmente de un Poder Judicial que garantice el respeto al orden jurídico vigente.

(1) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO
"Derecho Procesal Civil" p. 70

(2) ALSINA, HUGO
"Derecho Procesal". T.II p. 211.

(3) VILLARAN, LUIS FELIPE
"Constitución Peruana" p. 328

(4) ANALES JUDICIALES DE LA CORTE
SUPREMA DE LA REPUBLICA.
Año Judicial de 1932.

T.XVIII p. 300

(5) ANALES JUDICIALES DE LA CORTE
SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL
PERU
Año Judicial de 1958 T. LIII p. 182

BIBLIOGRAFIA

DERECHO PROCESAL

Hugo Alsina

Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., 1941-1943

DERECHO PROCESAL CIVIL

Alcalá Zamora y Castillo

Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa-América, T.I. 1957

LAS CONSTITUCIONES DEL PERU

José Pareja Paz Soldán

Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1954

CONSTITUCION PERUANA

Luis Felipe Villarán

Lima, Ed. Moreno, 1899

EL PODER JUDICIAL

Domingo García Rada

Tesis (Dr.), Ed. Atlántida, Lima, 1944

ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

Año Judicial de 1932, Lima, Imprenta Americana, 1936, T. XVIII

ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

Año Judicial de 1958, Lima, Tipografía Peruana, 1960, T. LIII

Kelsen y la idea aristotélica del Derecho

Fernando de Trazegnies Granda

Revisando algunos ensayos de Hans Kelsen sobre el Derecho Natural recientemente traducidos al español (1), nos ha sorprendido encontrar en el gran maestro vienes una exposición de las ideas de Aristóteles sobre la Justicia de un esquematismo desconcertante. Kelsen intenta demostrarnos que ninguna de las teorías formuladas hasta la fecha para justificar externamente el Derecho positivo ha logrado cumplir su cometido en forma absoluta y universal. Esta comprobación histórica lo lleva a afirmar la imposibilidad de que el Derecho pueda ser legitimado por otro medio que no sea el propio Derecho: cada norma no encuentra otra justificación que una norma superior que le otorga su validez jurídica. Y es así como un planteamiento científico del problema sólo puede conducir a una "teoría pura del Derecho", libre de todos los prejuicios moralizantes que corresponden a épocas ya superadas.

Dentro de este orden de ideas, Kelsen nos lleva de la mano al "museo" donde yacen las arcaicas concepciones anteriores a la "teoría pura" y que gracias a ella han quedado relegadas —al menos desde el punto de vista del Derecho— a meros objetos de curiosidad. Nos

muestra una a una tales teorías, desde el "*suum cuique tribuere*" hasta el principio comunista "de cada cual según su capacidad y a cada cual según sus necesidades" deteniéndose particularmente ante el principio de retribución y el de igualdad, así como ante algunas concepciones aparentemente derivadas de los Evangelios. Y frente a cada una de estas posiciones nos señala, con la seguridad de un *bon connaisseur*, las características de la "pieza", el papel que le tocó desempeñar en su tiempo, las razones por las que actualmente ha quedado fuera de uso.

Es en este recorrido que nos encontramos con la concepción aristotélica sobre el Derecho a la que Kelsen denomina como "la Justicia de la medida" (2). Luego de afirmarnos a manera de presentación que "la ética de Aristóteles es otro ejemplo significativo del infructuoso intento de definir la idea de una justicia absoluta mediante un método racional, científico o cuasi-científico" (3), pasa a resumirnos sus notas esenciales. La moral de Aristóteles, nos dice, es una aplicación del precepto de la moderación según el cual el comportamiento correcto consiste en observar el justo medio no cayendo ni en lo demasiado ni en lo demasiado poco (4). En esta

forma, Aristóteles cree haber encontrado un método "científico", incluso geométrico-matemático, para definir el bien. El filósofo moral puede entonces descubrir la virtud en la misma forma como el geómetra determina el punto medio de una línea: se trata de encontrar ese punto que ocupa un lugar equidistante de las extremidades y para ello basta dividir la línea en dos partes iguales (5). La virtud será también el punto medio entre dos extremos que son los vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto. El ejemplo que cita Kelsen se refiere a la valentía: existen dos vicios que son los extremos, la cobardía y la temeridad; luego, la virtud consiste en evitar esos extremos y colocarse en el punto medio que será la valentía (6). De la misma manera, la justicia será el término medio entre sufrir una injusticia y causarla: se trata siempre de una posición equidistante que se logra tomando en consideración los extremos (7).

Claro está que enunciada así la doctrina aristotélica, resulta incapaz de resistir al más ligero análisis. Kelsen se complace en denunciar tajantemente su carácter tautológico. Decir que la virtud es el término medio entre dos extremos, afirma, es en buena cuenta no decir nada porque para conocer la virtud necesitaríamos previamente conocer los extremos. El geómetra puede partir una línea en dos porque los extremos le son dados. Pero, ¿cuáles son los extremos que tomará en cuenta el filósofo moral o el jurista? (8). En realidad, la pregunta ¿Qué es lo bueno? queda entonces reducida a la pregunta ¿Qué es lo malo? y hemos vuelto así al punto

inicial (9). Esta es, pues, la primera crítica kelseniana: la respuesta de Aristóteles no resuelve el problema de la justicia o de la justificación del Derecho positivo; se limita a remitirlo a otro nivel.

La segunda objeción aparece cuando nos preguntamos ¿Qué es lo malo? o ¿Qué es el vicio?. El vicio, dice Kelsen, no es examinado por Aristóteles, nada en su planteamiento nos informa sobre lo que es el mal. Consecuentemente, debe pensarse que Aristóteles lo da por supuesto; y esto significa solamente que el vicio para él —es decir, esos extremos que van a permitir la definición de la virtud como medio— es lo que la moral tradicional de su época consideraba como malo. Vicio no es sino lo que la gente cree que está mal. Y, avanzando aún más por este terreno, Kelsen nos dice que "la ética aristotélica se remite a la moral y al derecho positivos" (10). Por consiguiente, aparentemente Aristóteles no sólo se limita a legitimar las convicciones de su tiempo sino que incluso sólo considera éstas en la medida que han logrado incorporarse al ordenamiento positivo, que han pasado a formar parte del Derecho vigente. Y así el sistema aristotélico nos conduciría a un positivismo encubierto. A este respecto, es interesante la vinculación que realiza Kelsen de esta posición con una actitud conservadora. El planteamiento aristotélico desembocaría en una mera obligación de obediencia frente al orden jurídico y social establecido; lejos de discutir este orden, no tendría otra misión que la de justificarlo. Y así nos insiste que "...la función propia de la fórmula tautológica de la

mesotes.... es, pues, una función totalmente conservadora: el mantenimiento del orden social establecido" (11). Y termina su exposición agregando que "El efecto propio de la teoría de la **mesotes** no consiste en determinar la esencia de la justicia, sino en reforzar la validez del orden social establecido, tal como ha sido fijado en la moral y derecho positivos. Esta función conservadora es la que constituye su valor político" (12).

Sin embargo, a nosotros se nos antoja que la imagen de Aristóteles que nos brinda Kelsen no es exactamente la que fluye del análisis de los textos del Estagirita. Parecería que, sacrificando la precisión al afán polémico, Kelsen nos proporciona una visión retocada de Aristóteles de manera de presentar en forma más visible los blancos sobre los cuales descargará su artillería: resulta así una concepción de la justicia hecha a la medida de las objeciones de Kelsen. De esta forma, ha logrado un mayor colorido en el debate y la exacerbación del contraste le permite una exposición verdaderamente brillante de su propia tesis. Pero tememos que este carácter instrumental haya sido sobrepuesto a la verdad histórica y se haya fabricado así un Aristóteles **ad-hoc** para consumo positivista. A decir verdad, los ensayos de Kelsen que hemos citado nos parece que, en muchos aspectos, están muy distantes de la minuciosa actitud del historiador que, con secreto fervor, recompone cuidadosamente el pensamiento de un filósofo con el objeto de restablecerlo en su totalidad, en sus aciertos como en sus

fracasos; Kelsen nos recuerda más bien el informe encendido del abogado que, para hacer más patente la tesis que defiende, pasa revista a los argumentos de la parte contraria señalando todos sus inconvenientes.

El presente artículo no tiene otro propósito que regresar nuevamente a Aristóteles para preguntarle directamente su opinión sobre el Derecho. Nos proponemos acercarnos a sus obras (13) para buscar en ellas el sentido primigenio de su pensamiento, comprobar en ellas si la concepción que hemos reseñado en las líneas anteriores es exacta y, consiguientemente, si las observaciones señaladas logran tocar algún aspecto esencial de su doctrina. Dentro de este orden de ideas, examinaremos en primer lugar el papel que asigna Aristóteles a la naturaleza como criterio del orden moral (y que Kelsen no menciona) para luego detenernos en la teoría de la virtud y el sentido del término medio. La confrontación de estos planteamientos con las objeciones kelsenianas constituirá la conclusión de este trabajo,

I

Todo arte y toda indagación, como todos nuestros actos, nos dice Aristóteles, están orientados hacia algún bien; y es por este motivo que puede afirmarse que el bien constituye el objeto de todas nuestras aspiraciones (14). Esta afirmación, con la que el Estagirita inicia su principal tratado de Moral, resume a plenitud su problemática sobre la justificación de las conductas de los hombres.

En efecto, la Moral de Aristóteles tiene un carácter eminentemente finalista. Para él, los actos humanos no son meras gesticulaciones gobernadas por el azar. Por el contrario, cada acto tiene un fin hacia el cual debe orientarse, al cual debe aspirar; un fin que, como un faro de puerto, le marca una dirección, lo carga de sentido pues en función de él, en función de que se acerquen o se alejen de este fin, los actos serán positivos o negativos, constituirán un valor o un disvalor, serán buenos o malos. En consecuencia, nuestras conductas presentan siempre una cierta similitud con la del arquero que apunta a un blanco bien señalado (15) y que juzga su mayor o menor habilidad por la medida en que logra alcanzarlo.

El problema moral consiste, entonces, en determinar los posibles bienes a los cuales deben apuntar nuestros actos y establecer una jerarquía entre ellos a fin de encontrar cuál es el bien supremo. Toda la moral de Aristóteles no es sino un esfuerzo por resolver este problema y para descubrir los medios que nos permitan alcanzar el bien.

Evidentemente, la Política entendida como un ordenamiento de las conductas sociales y el Derecho que constituye uno de los instrumentos primordiales de esta regulación, no podían permanecer ajenos a esta preocupación finalista. La sociedad tiene también sus fines propios, tiene su propio **bien** al cual debe dirigirse y el Derecho será justamente el medio para lograrlo. Aristóteles rechaza categóricamente la idea

de que el Estado y el Derecho no persigan otro objeto que facilitar la vida en común. Nada está más lejos de su pensamiento que aquellas tesis llamadas "jusnaturalistas" que alcanzan gran difusión en el S. XVII, según las cuales la reunión de los hombres en sociedades se propone simplemente garantizar a todos los ciudadanos el libre goce de sus poderes individuales o "derechos subjetivos". Tal concepción imagina el orden social como un tejido de poderes o fuerzas absolutamente libres, "naturales", que chocan entre sí; el Derecho constituye un intento de evitar algunos de esos choques a fin de que cada uno de estos poderes pueda expresarse de manera aún más libre y segura. En cambio, Aristóteles plantea el problema de manera radicalmente diferente. Todos estos poderes o intereses individuales existen, no hay la menor duda; pueden ser comprobados sociológicamente. Pero no son sino meros intereses o fuerzas, nunca "derechos"; se trata de elementos psicológicos o sociológicos de carácter metajurídico, en la misma forma que las fuerzas físicas o las fuerzas biológicas. Un ordenamiento jurídico no puede dejar de tomarlos en cuenta sin el riesgo de pecar por falta de realismo; pero —y esto es lo importante— no pueden considerarse como la fuente de la juridicidad. El Derecho no tiene su origen en los poderes individuales sino en la idea de **bien**, entendida en su sentido estrictamente moral. Todos estos intereses, fuerzas, poderes, etc. constituirán la materia del Derecho; pero la forma está dada por ciertos principios morales que canalizan las fuerzas sociales,

las encuadran dentro de ciertas pautas y crean así el Derecho.

Los pasajes en que Aristóteles insiste en esta posición finalista son numerosos. En el primer libro de su *Política* nos dice que los Estados, basados en las necesidades elementales de la vida, buscan el **bien vivir** (16). Y en el libro VII: "Admitamos, entonces que la mejor vida, tanto para los individuos como para los Estados, es la vida de la virtud" (17). Más tarde reitera que el Estado no persigue vivir solamente sino el bien vivir (18) y desarrolla el punto en forma particularmente ilustrativa. El Estado, precisa, no es una alianza destinada a obtener seguridad y a preservarse de los ultrajes; tampoco es una asociación destinada al intercambio y al comercio (19). Para constituir una sociedad no basta que los hombres celebren un pacto para no hacerse daño los unos a los otros en su comercio y para tomar las armas en defensa común (20). La población, el territorio, el comercio, la protección mutua, etc. son condiciones sin las cuales una sociedad no puede existir; pero ellas por sí solas no son suficientes para crear una sociedad: se requiere además el ánimo de buscar el bien común, de llevar adelante una vida perfecta y autosuficiente (21). Y concluye diciendo que la sociedad política (léase también jurídica) existe para realizar nobles acciones y no como una forma de mero compañerismo (22).

Es, pues, indudable la raigambre moral de la concepción aristotélica del Estado y del Derecho. No cabe imaginar al Derecho como a un mero instrumento de la estabilidad so-

cial, no es un simple medio de lograr una cierta seguridad en los negocios. El Derecho —como todos nuestros actos— apunta al bien, tiene ciertos fines que cumplir; no puede limitarse a permitir el libre ejercicio de los poderes naturales del individuo sino que se orienta a realizar en común "nobles acciones". A mayor abundamiento, recuérdese las opiniones de Aristóteles sobre los sofistas que pretendían fundar la ley en un pacto social. También en la *Política* nos hace ver que una concepción de la ley como la de Lycefrón, entendida como una simple convención de garantía pero incapaz de hacer buenos y honestos ciudadanos, no es suficiente para organizar un Estado (23). Y en la *Moral* a Nicómaco se lamenta que se haya llegado hasta sostener que lo justo y el bien existen únicamente en virtud de la ley y que no tienen ningún fundamento en la naturaleza (24). Esto significaría invertir totalmente el orden de los factores; no es la convención que da origen a lo justo sino es la justicia quien legitima la convención. Y si existiera aún alguna duda sobre este punto baste para disiparla señalar el hecho de que Aristóteles desarrolló su teoría de la justicia en su principal tratado moral, casi podría decirse que como un ejemplo de sus teorías del bien y de la virtud que presiden la obra.

* * *

Queda así establecido que el Derecho se orienta al bien moral. Estamos más allá de las teorías que conciben el derecho como el resultado de un acuerdo entre los hombres o como un equilibrio de poderes o co-

mo una garantía de esferas de libertad individual. Si nos preguntamos por el ser del Derecho, debemos remitirnos ante todo a su sentido ético. Sin embargo, esto nos lleva a plantearnos un problema aún más grave: ¿cuál es este bien que persigue el Derecho? ¿Cómo podemos descubrir el bien moral? ¿Qué criterios pueden guiar al jurista para encontrar esos fines que el ordenamiento jurídico debe consagrar?

Aristóteles nos dice que la respuesta a todas estas preguntas se encuentra en la naturaleza. Es a ella a quien debemos formular nuestras preguntas, es ella quien en cada caso nos hará ver cuál es la finalidad que debemos alcanzar. La naturaleza, nos dice, no ha hecho nada imperfecto ni nada en vano (25) y es así como constituye una fuente de orden, un criterio para nuestra actuación. Frente a cada situación, debemos interrogarnos qué quiere la naturaleza, hacia dónde nos orienta. Y es en esta forma como Aristóteles llegará a hablarnos de una justicia natural (**dikeon fysipon**) (26). La naturaleza presenta un cierto orden que es bueno y que, por tanto, adquiere un carácter normativo.

Pero esto no resuelve aún todas nuestras dificultades. ¿Cómo y por qué la naturaleza puede orientarnos en la búsqueda de los fines del Derecho, en la determinación del bien moral? Este punto resultará incomprendible si partimos de nuestra concepción actual de la naturaleza. Para nosotros, la naturaleza es fundamentalmente el mundo físico, es ese mundo mensurable gobernado por la causalidad eficiente. Las co-

sas se suceden en él, cambian de forma, sin más ley que la de la acción y reacción. Esta naturaleza está constituida exclusivamente por seres en acto (**ens actuale**) sin destino ni significación. En realidad, se trata de una colección de fenómenos individuales que se encuentran frente al hombre y carecen de un sentido propio. Aún cuando las últimas concepciones intentan reintroducir una cierta teleología, a partir del Renacimiento se elimina todo dinamismo propio de la naturaleza: se la considera "desprovista tanto de inteligencia como de vida" (27). Todos sus movimientos le son impuestos desde fuera, no existen en ella tendencias ni fines implícitos: es una materia muerta que una inteligencia extraña a ella (sea Dios, sea el hombre, según el caso) modela y orienta, armoniza y estructura. En estas condiciones, resulta indudable que la naturaleza no puede constituir una fuente de obligación, una pauta de valor. No hay nada en ella que le permita asumir tal papel: por el contrario, será simplemente materia valorizada desde fuera por criterios ajenos a ella.

En cambio, el universo aristotélico es totalmente diferente. Cabe recordar que para Aristóteles el ser puede entenderse no solamente en función de lo que es en acto (**energía**), de lo que es ahora, sino también de lo que es en potencia (**dynamis**), de aquello que encierra como posibilidad. Es así como cada ente que forma parte de la naturaleza es analizado desde dos puntos de vista: como es y como puede ser. Un niño es niño en acto pero hombre en potencia, el que tiene los ojos cerrados

es invidente en acto pero vidente en potencia, lo inacabado lo es en acto pero es acabado en potencia (28). Sin embargo, el acto es anterior a la potencia debido a que "el ser en potencia implica el ser en acto con relación al cual es considerado como potencia" (29). En consecuencia, surge así un mundo perpetuamente en tensión entre lo actual y otras formas más completas, más acabadas de los seres. La naturaleza no está formada exclusivamente por aquello que ya es sino también por aquello que puede ser. Ahora bien, la "esencia", es decir, aquello que hace que una cosa sea como es, representa el acto por excelencia (30); lo que implica que toda cosa tiende a actualizar su propia esencia, a ser más perfectamente ella misma. Nos encontramos entonces en medio de una naturaleza tensa, una naturaleza ordenada, constituida no solamente por su estado actual sino también por fines hacia los cuales se orienta, por metas que pretenden lograr. El mundo aristotélico es un mundo en movimiento; pero no solamente ese movimiento o ese cambio superficial producidos por la mera causalidad eficiente: existe una causa más importante en cuanto que rige la orientación general de la naturaleza y es la causa final. Es así como el fin preside el universo, lo encamina, lo hace advenir al ser. Esa orientación hacia su propio fin se traduce en tendencias espontáneas de la naturaleza (**nisus**) que, acogidas por los seres, los conducen hacia su perfección. Se trata, entonces, de tendencias a cambiar de ciertas maneras definidas promovidas por la causa final: la potencia es la sede de un **nisus** que la dirige al acto (31). Y es

así como el niño se hace hombre y la semilla rompe la tierra para hacerse planta, los hombres naturalmente se agrupan en familias y ciudades y todas las cosas marchan hacia su propia perfección que radica en la actualización plena de su esencia.

Aristóteles desarrolla en muchas partes de sus obras este tema de la naturaleza como fuente de valor, como origen del movimiento hacia la perfección del ser. Es así como en el "Vocabulario Filosófico" que incorpora en su *Metafísica*, pone especial cuidado en definir el término. Nos dice que "naturaleza significa la génesis de las cosas que crecen... Esa parte inmanente de las cosas que crecen, de la cual su crecimiento procede en forma originaria". (32). Ahora bien, este movimiento está orientado hacia la propia esencia de las cosas y, en este sentido, "la fuente del movimiento primario de cada objeto natural está presente en él en virtud de su propia esencia" (33). Por consiguiente, "naturaleza (también) significa la esencia de los objetos naturales" (34), "la forma o esencia, la cual es el fin del proceso de llegar a ser" (35). Por este motivo y como "una extensión de este sentido de naturaleza, cada esencia en general ha sido llamada 'una naturaleza' porque la naturaleza de una cosa es una clase de esencia" (36). De todo lo expuesto, Aristóteles resume diciendo que "es claro que naturaleza en su sentido primario y estricto es la esencia de las cosas que está en ellas mismas como una fuente de movimiento; la materia es llamada naturaleza porque está calificada para recibir la

esencia, y los procesos de llegar a ser y crecer son llamados naturaleza porque son movimientos que proceden de la esencia. Y la naturaleza en este sentido es la fuente del movimiento de los objetos naturales, estando presente en ellos de alguna manera, sea potencialmente o en completa realidad" (37). En consecuencia, "la naturaleza, como la mente, hace siempre lo que hace con algún propósito y este propósito es su fin" (38).

Definida la naturaleza como un conjunto de fines constituidos por las esencias mismas de las cosas, hacia las cuales tienden, fácil es llegar a la conclusión que el bien de cada cosa consiste justamente en realizar su fin, en cumplir con la orientación que le impone su naturaleza. La esencia que, como hemos dicho, es acto por excelencia que es la actualización de las potencias del ser, resulta indudablemente la perfección del ser. (39). Y "la naturaleza de una cosa es su fin. Por lo cual, cada cosa cuando está totalmente desarrollada la llamamos su naturaleza, sea que hablemos de un hombre, de un caballo o de una familia. Además, la causa final y el fin de una cosa es lo mejor..." (40).

Nos encontramos así frente a una naturaleza que no puede ser reconocida fácilmente por la mentalidad moderna. En primer lugar, vemos que la causalidad es tratada en forma sustancialmente distinta. Para nosotros, los modernos, la causalidad consiste en la vinculación de los sucesos que transcurren en el tiempo según leyes regulares. Observamos que cada vez que acerca-

mos una chispa a un papel, éste se oxida violentamente produciéndose el fenómeno que llamamos combustión. Por eso, decimos que el fuego es causa de la oxidación o carbonización del papel. Pero tanto el acto de acercar el fuego como la combustión son fenómenos que se realizan en el tiempo. A esto lo llamaría Aristóteles la causalidad eficiente. Sin embargo, la naturaleza aristotélica está gobernada fundamentalmente por otra causa que llama final. Esta consiste en la "esencia" de la cosa que está fuera del tiempo y crea un movimiento de atracción hacia ella que es la actualización de la potencia o perfeccionamiento de la cosa. Se trata entonces de una causalidad apoyada en lo eterno, de un movimiento que se orienta hacia la eternidad. Como lo explica muy bien García Morente, "la concepción aristotélica de la causalidad es una concepción genética interna de la cosa misma, pero no es evolutiva en el tiempo, en el sentido de la sucesión, como es para nosotros en la física actual" (41). En esta forma, el mundo de la naturaleza es, para Aristóteles, "un mundo de cosas que se mueven por sí mismas... Es un mundo vivo: un mundo caracterizado, no por la inercia, como el mundo de la materia del Siglo XVII, sino por el movimiento espontáneo" (42). Puede ser concebido como un gran animal cuyas partes tienen funciones específicas que cumplir con respecto al todo y en el que estas funciones son cumplidas espontáneamente. En segundo lugar, esta naturaleza asume así un carácter normativo: dado que las causas finales constituyen la perfección de las

cosas, es preciso obedecer estas tendencias espontáneas, naturales, que nos llevan a ellas. En la naturaleza hay un sentido que descubrir y que cumplir, hay una indicación de lo que **debe ser**. Y, finalmente, en tercer lugar, el hombre no se encuentra **frente** a la naturaleza como el artista puede estarlo frente a la materia prima con que hará la obra de arte. Por el contrario, el hombre está involucrado en la naturaleza, forma parte del paisaje de la misma manera que un árbol o una vaca: el hombre es sólo un elemento de ese enorme animal llamado "naturaleza" y tiene también, por tanto, una función específica que cumplir.

Resulta así que el hombre no impone las reglas del juego, no establece el sentido de las cosas. Se limita a descubrir en las cosas que le rodean y en él mismo la ubicación que le corresponde dentro de este "orden natural" armonioso; el hombre busca también el sentido de su propia actuación en la naturaleza, en las causas finales, en las esencias. Sin embargo, notemos bien, el hombre no puede desentenderse de la naturaleza de las cosas que le rodean, no puede buscar su sentido específico en un análisis de su propia naturaleza considerada aislada. No olvidemos que para Aristóteles la naturaleza es un todo (43), un conjunto vivo y, por consiguiente, cada parte no puede encontrar su propio sentido sino dentro de un examen del conjunto. Será solamente a partir del Siglo XVII que se postulará en forma franca un Derecho Natural basado exclusivamente en la **naturaleza del hombre** o **naturaleza humana** recortándose así

el campo de la naturaleza que servirá de justificación al Derecho. Este recorte marca el inicio de una era individualista en la que, al fundar el Derecho sobre una observación del individuo solamente, el orden jurídico queda reducido a un mecanismo protector de derechos individuales irrestrictos sin alusión alguna a fines comunes. En cambio, para Aristóteles la naturaleza que señala el "deber ser" del Derecho es bastante más amplia: comprende, además del hombre, a los grupos sociales, a las familias, a los Estados (44). Un edificio no se construye tomando como únicos datos las características individuales de los ladrillos; es preciso además —y quizá sobre todo— contar con el plano de construcción, con la idea de conjunto, con los fines en vista de los cuales se edifica. No quiere decir esto que al hablar Aristóteles de naturaleza en general piense que el Derecho debe incorporar como sujetos de derecho a los animales o a las cosas. No, la justicia es una virtud particular, ya lo veremos después, que se refiere a las relaciones de los hombres entre sí. Pero para normar estas relaciones humanas no se puede tomar en cuenta sólo las características naturales del hombre en particular sino también las estructuraciones sociales, los grupos —tan naturales como los hombres mismos (45)— e incluso la naturaleza cósmica en su totalidad a fin de ubicar el lugar preciso que corresponde a cada conducta humana dentro del orden del mundo. No olvidemos que para Aristóteles, el Estado es anterior a la familia y al individuo dado que el todo es por necesidad antes que las partes. (46).

II

Pues bien, hemos llegado así a un punto de apoyo sustancial para fundar la normatividad: el concepto de naturaleza (*fysis*). Sin embargo, el plano de la naturaleza —entendida, repito, como esencia de las cosas y fuente de su movimiento; no como universo inerte y meramente actual— no es todavía el plano del Derecho. La naturaleza es el objetivo final al cual tienden los seres y que conocemos mediante la observación empírica del mundo que nos rodea. Esta observación nos permite comprender sus tendencias espontáneas, naturales. Es así como advertimos que la semilla se encamina a ser árbol, que la familia tiende a ser unida, que los hijos deben ser dirigidos y cuidados por sus padres hasta que puedan vivir por sí mismos, que los Estados buscan bastarse a sí mismos y conservar su independencia. Todo ello nos indica la meta, la orientación que debe imperar. Pero esto no es suficiente para que se logre la perfección. El bien no se alcanza con un simple conocimiento teórico: hay que actuar en consecuencia. La Ética implica siempre, paralelamente al conocimiento del bien o causa final, una *praxis*, un obrar, una actuación que dirija el cambio de nuestra situación actual hacia su perfección (47). Y es así como aquello que orienta a las cosas en las medidas concretas que deben adoptarse para lograr sus fines, es la virtud.

La virtud es, entonces, aquello que “lleva a buen resultado la cosa de la cual es la excelencia y hace que el trabajo de esta cosa sea hecho

bien”; en otras palabras, es “lo que completa la buena disposición de la misma (de la cosa) y le asegura la ejecución perfecta de la obra que le es propia” (48). Dentro de este orden de ideas, la virtud del ojo hace que el ojo vea bien y la virtud del caballo hace que éste sea un buen caballo, es decir, se aproxime al fin del caballo (49). Este es el mismo sentido en que decimos que un violinista es “virtuoso” porque realiza a la perfección su objeto propio que es tocar violín. Ahora bien, dentro del conjunto de seres que conforman el mundo, encontramos que existen algunos que llamamos “humanos” para quienes el éxito o el fracaso en este movimiento basado en las causas finales, no constituye una fatalidad. Los hombres pueden resistirse a las tendencias naturales, espontáneas, que existen en ellos; pero pueden también estimular estas tendencias en el universo para encaminarlo más directamente hacia su perfección. En consecuencia, el hombre puede preferir ciertos actos a otros debido a que está dotado de razón. El ser humano delibera, reflexiona y escoge; por eso, sus actos dependen de él y es así como puede decirse que la virtud y el vicio —es decir, aquello que nos aproxima del fin establecido por la naturaleza o aquello que nos aleja— son actos intencionales, voluntarios (50). Pero, dejémoslo claramente establecido, los hombres no escogen los fines: les vienen dados por la naturaleza; la deliberación y la elección se reducen exclusivamente a los medios (51).

La virtud es precisamente el medio adecuado para lograr la perfec-

ción, vale decir, para orientarse hacia el fin propio. Este punto es importante destacarlo pues constituye la clave de la concepción aristotélica de la justicia: la virtud no es el fin —que está dado por la naturaleza— sino simplemente un camino, una vía hacia el fin. Y tropezamos así con el término que va a dar origen al mal entendido que muchas veces se ha producido en torno a Aristóteles: “medio”. De lo expuesto aparece que el primer sentido de esta expresión, según la utiliza Aristóteles, no es la de “mitad de algo”, la de “parte en una cosa que equidista de los extremos” sino más bien la de “diligencia o acción conveniente para conseguir una cosa” o “recurso, expediente, manera de lograr algo”; la palabra “medio” tiene aquí un sentido similar a “mediante”. ¿Qué es lo que se pretende conseguir con la virtud? La perfección del ser, es decir, su fin, la actualización plena de su potencia. Un gran número de pasajes de la *Moral a Nicómaco* ponen empeño en aclarar ese concepto. Recuérdese, por ejemplo, lo que se nos dice sobre la verdad: “Con respecto a la verdad... el medio mismo se llama veracidad” (52) ¿Y qué significa la veracidad? ¿Será acaso la mitad de algo? Cuando dos personas observan una columna y una piensa que mide tres metros de alto y la otra solamente dos, ¿habrá que afirmar que lo verdadero es que mide dos metros cincuenta porque es el término medio entre las dos opiniones? Indudablemente que no. La veracidad consiste en decir la verdad; y la verdad no puede definirse como un término medio sino como la adecuación real de un predica-

do a un sujeto. Y el mismo análisis podríamos hacer con relación a cada una de las virtudes: todas ellas son el medio adecuado para alcanzar el bien. Es por esto que Aristóteles nos dice que “con relación a lo mejor y lo correcto, la virtud debe ser considerada como un **extremo**” (53). En efecto, si entendemos la virtud como la manera conveniente, el “justo medio” para orientar a las cosas hacia la plenitud del ser, resulta incontestable que se trata de una cúspide, del punto último a que puede aspirar nuestra acción concreta. Entonces, obrar según la virtud no será obrar mesuradamente, actuar a medias, adoptar una posición “centrista”; al contrario, la virtud nos conducirá a vivir intensamente en función de los fines propuestos, a realizar todo aquello que sea lo más conveniente para que el plan de la naturaleza se cumpla.

Sin embargo, definida la virtud como el medio **adecuado** nos encontraremos que también es en cierta forma un término medio; pero esta característica no es sino una simple derivación de la señalada anteriormente. Es así como un medio **para ser adecuado a un fin** no debe resultar ni mucho ni poco con respecto a él. Toda adecuación implica dos posibilidades de desviación: la del exceso y la del defecto. Y, en esta forma, cabe decir que la virtud está situada entre dos vicios. En consecuencia, la valentía presenta como vicios que debe sortear a la temeridad y a la cobardía; la verdad se encuentra entre la exageración y la disimulación, etc. Pero no nos dejemos engañar por las

apariencias. La posibilidad de existencia de estos dos vicios presupone un fin hacia el cual se orienta la virtud y respecto del cual los vicios son desviaciones. Por consiguiente, no es en base a los vicios que definimos la virtud como una simple "mitad" sino que, por el contrario, es en base al fin último que definimos tanto la virtud como los vicios. Si quisiéramos ilustrar este punto con un ejemplo, diríamos que el fin es como el faro de puerto hacia el cual se encamina nuestro barco: la virtud consistirá en adoptar la dirección correcta, la línea que nos llevará al faro; en cambio, los vicios serán los errores de dirección, sea porque llevemos un rumbo demasiado a la derecha, sea porque lo llevemos demasiado a la izquierda. Podríamos regresar también al ejemplo del arquero: la virtud consistirá en dar en el blanco; los vicios estarán representados por un exceso de fuerza que llevará la flecha demasiado lejos o por un defecto de fuerza que no le permitirá llegar hasta el blanco. Pero en ambos casos la virtud no es un punto equidistante entre dos extremos que nos hayan sido dados previamente; es el fin —es decir, el faro o el blanco— quien determina la adecuación del medio y también los vicios posibles. Lo importante, entonces, es que no son los vicios que están previamente definidos sino el fin. Esta noción ha quedado perfectamente establecida por Aristóteles en el Capítulo VI del Libro II de su *Moral a Nicómaco*. Insiste en la idea de que la virtud es un término medio entre lo poco y lo mucho pero siempre refiriendo estos conceptos al bien, a la per-

fección. Así nos dice que a menudo cuando se habla de las obras bien hechas se dice de ellas que no se les puede añadir ni quitar nada; esto se explica por que cualquier exceso o defecto destruirían la perfección que sólo el medio preserva (54). Es también dentro de este orden de ideas que Aristóteles puede afirmar que las posibilidades de mal son ilimitadas mientras que el bien sólo puede lograrse de una sola manera (55); el bien consiste únicamente en llevar el barco a puerto mientras que el mal estriba en ese número ilimitado de posibilidades de no llegar al puerto propuesto. El bien pertenece al campo de lo determinado; el mal, en cambio, pertenece al campo de lo indeterminado.

* * *

Dentro de este contexto, ¿qué puede ser la Justicia? Cabe señalar de inmediato dos sentidos posibles. En efecto, la justicia puede entenderse como la adecuación perfecta de nuestros actos a los fines naturales y, de esta manera, se confunde con la virtud en general. Tal es el caso cuando hablamos de "justo medio": en realidad, nos queremos referir al medio adecuado y así toda virtud implica justicia. En este sentido, el término "justicia" es entendido como sinónimo de lo adecuado, lo conveniente, lo preciso, lo correcto. El barco, si quiere llegar a puerto, debe dirigirse **justo** al faro; la flecha debe poseer una fuerza **ajustada** a la distancia a que se encuentra el blanco. En esta acepción, nos dice Aristóteles, la justicia "no es una parte de la virtud sino la virtud entera y la injusticia no es una parte del vicio sino el vicio entero" (56).

Pero existe un segundo sentido más particular del término "justicia". Esta puede ser entendida también como "un bien de otro, porque es referida a nuestro vecino; ésta se ejerce en aquello que es ventajoso para otro" (57). Es en este sentido particular que Aristóteles usará el término justicia precisando que "en tanto que es relación con el vecino la llamamos justicia, en tanto que es una clase de estado sin calificación (búsqueda en general del bien) la llamamos virtud" (58). En realidad, Aristóteles es el primero que claramente realiza esta distinción. Hasta entonces, el pensamiento griego usaba los dos sentidos de justicia como uno sólo: los milesianos hablaban de un cierto orden de justicia que regulaba el nacimiento y la destrucción de los mundos (59); Heráclito sostenía que la unión de los contrarios era mantenida por Diké, la diosa de la Justicia (60); e incluso Platón no precisa las relaciones entre la justicia "jurídica" y la justicia en general entendida como virtud. Aristóteles, por el contrario, estudiará con gran cuidado este problema y hablará de una justicia que es **parte** de la virtud. No obstante, notemos que Aristóteles no aísla la justicia de la moral; por el contrario, la distingue particularizándola. Por consiguiente, la justicia no ha sido desvinculada del orden natural; simplemente, se ha reducido la esfera de aplicación del término a aquella parte del orden natural que coloca dos hombres en relación.

Ahora bien, comprendida la justicia como un tipo especial de vir-

tud, se aplican a ella todas las consideraciones que hemos expuesto en las líneas anteriores sobre la virtud en general. La justicia estará constituida por una manera de actuar que encamina a los hombres en sus relaciones con los demás hacia el orden querido por la naturaleza. La justicia se refiere, entonces, a lo concreto, a la situación actual, con miras a los fines últimos de las cosas. La justicia resulta así un medio para lograr en el plano de lo social que se realice la perfección del ser. Su contenido está determinado por el fin hacia el cual tiende, por el orden natural. Las posibilidades de desviación con relación a ese fin serán llamadas injusticias, sea porque se actúe injustamente —es decir, sin tener en cuenta los fines— sea porque se sufra una injusticia (61). Dentro de este planteamiento, la justicia o el Derecho tienen dos papeles fundamentales que cumplir. En primer lugar, la Justicia deberá tomar en cuenta la situación actual de la sociedad, sus posibilidades reales de avanzar hacia sus fines naturales y, atendiendo a estos presupuestos, determinar qué medidas corresponde en ese momento adoptar para estimular estas tendencias naturales. Y en esta forma la justicia se encargará de distribuir los recursos naturales entre los miembros de la sociedad, repartirá las cargas y los honores. La justicia establecerá una relación entre cosas y hombres, dará a cada uno lo suyo (62); y ya hemos visto qué es lo que Aristóteles llama "lo suyo": aquello que le corresponde por naturaleza, es decir, de conformidad con el orden natural. Esta primera clase de justicia —que además es

la más importante para Aristóteles— la llama **distributiva**. Pero, paralelamente, existe una segunda clase que denomina **correctiva**. Esta se refiere a la hipótesis de que el orden fijado por la justicia distributiva sea alterado posteriormente: la justicia correctiva se encarga de rectificar la situación, de reparar el daño (63).

No es el propósito de este trabajo estudiar con detenimiento las clases de justicia que distingue Aristóteles; pero no podemos dejar de señalar tres consecuencias que consideramos de sumo interés para comprender a cabalidad la idea aristotélica de la justicia.

En primer lugar, destaquemos el hecho de que, dentro de esta concepción, la justicia y el Derecho presentan un contenido variable. En efecto, aquello que ordena la justicia estará condicionado de manera fundamental por las circunstancias históricas en que se juzga la situación. La justicia es una virtud y, en consecuencia, su actuación toma en cuenta un estado de tensión entre lo que es y lo que debe ser, entre el ser actual y el ser potencial. Esto nos lleva a la conclusión de que las pautas que nos indican cómo pasar de la situación actual hacia una situación más perfecta estarán en función de esa situación actual que se toma como punto de partida. En el ejemplo del barco que se dirige a puerto, es indudable que si nos encontramos demasiado a la derecha del rumbo, actuar virtuosamente consistirá en hacerlo girar hacia la izquierda; pero si nos encontramos después muy a

la izquierda, la virtud nos aconsejará girar hacia la derecha. Frente a la misma meta, las indicaciones serán totalmente diferentes según las circunstancias. Igualmente, la fuerza que deberá emplear el arquero para llegar al blanco dependerá de la distancia a que se encuentre de él.

En segundo lugar, no existe la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo. En realidad, todo Derecho es natural pues frente a cada decisión debe tomarse en cuenta la dirección que nos marca la naturaleza de las cosas. No existe una suerte de "supercódigo" de Derecho Natural por encima de las leyes positivas. Más allá del Derecho Positivo no hay sino un faro de puerto que nos marca un rumbo pero no nos proporciona ninguna norma específica: las normas variarán según la posición que ocupamos respecto del fin. Indudablemente, un Derecho así concebido no puede encontrar su plena expresión sino en la función judicial. Es el juez —antes que el legislador— quien frente a cada caso determina la medida que es preciso aplicar en función del orden natural. Las leyes —aún siendo muy necesarias— no constituyen sino un trabajo preparatorio, una labor que se va realizando por adelantado a un nivel todavía general, pero que el Juez debe completar ante cada situación. El Juez se convierte así en el sumo sacerdote de la Justicia, es quien examina el estado actual para determinar casuísticamente el derecho atendiendo a la naturaleza de las cosas. De esta manera, el derecho positivo desaparece por absorción dentro del De-

recho Natural: será este derecho, creado para cada caso por el Juez en base a las indicaciones de la naturaleza, que representará el centro de gravitación del sistema jurídico (64).

En tercer lugar, el fin del Derecho para Aristóteles no podía consistir en "conservar" simplemente sino más bien en "definir" lo que corresponde a cada uno. Para los jusfilósofos del Siglo XVII, el orden jurídico no tenía otro objeto que el de garantizar, proteger, ciertos poderes que poseía el hombre "por naturaleza". Antes de que se creara el Estado y el Derecho, el hombre disponía de una colección de "derechos subjetivos" inalienables, absolutos, etc. que no podían ser afectados; el Derecho debía limitarse entonces a establecer las condiciones para que estos poderes se ejerciten en la forma más absoluta sin entorpecerse mutuamente. Y es así como se hablaba del "derecho natural" a la propiedad, al trabajo, etc. En cambio, Aristóteles piensa que la misión fundamental del Derecho es **dar** a cada uno lo suyo; el Derecho no se sitúa en el nivel del mero reconocimiento y protección: su papel es **atribuir**. Y esto se comprende fácilmente a la luz de lo antes expuesto. En efecto, hemos dicho que el Derecho es la expresión de una virtud denominada la Justicia y que ésta consiste en determinar las medidas necesarias para que, habida cuenta de las circunstancias concretas, las relaciones sociales se orienten hacia los fines últimos de las cosas. Mencionamos además que estas medidas tenían un contenido extremadamente variable pues depen-

dían no solamente del fin que es inmutable sino también del estado actual de la situación. Es así como las normas aplicables a una época podían ser diferentes a las necesarias en otra época y las aplicables a un pueblo podían ser distintas a las convenientes para otro pueblo y, aún más, las normas buenas para un caso podían ser malas para otro. Esto nos lleva a la conclusión de que es el Juez quien, frente a cada situación, debe declarar el derecho, debe atribuir los poderes a las partes en juego, debe restringir o estimular ciertas tendencias según el tipo de impulso que sea preciso impartir a la situación para orientarla hacia su fin natural. En consecuencia, ese "lo suyo" que señala la fórmula no es algo pre-establecido e invariable sino, por el contrario, algo por delimitarse en función de la naturaleza de las cosas y de la situación actual. Por este motivo también, la clase de Justicia más importante para Aristóteles es la distributiva que, atendiendo a los bienes y necesidades existentes, los reparte con la vista puesta en los fines naturales implícitos. La idea del "**jus-to reparto**" preside la concepción jurídica de Aristóteles (65).

III

Hemos pasado revista en esta forma a algunos aspectos del pensamiento jurídico de Aristóteles. Es indudable que una concepción tan rica como la del Estagirita no puede exponerse en tan breves líneas. Sin embargo, aún cuando no hemos tenido la oportunidad de profundizar la idea aristotélica, estamos al menos ya en aptitud de volver la cara

atrás y echar una mirada al camino recorrido. ¡Que lejos nos encontramos de la interpretación que nos diera Kelsen! Esa concepción de la Justicia basada en un simple término medio entre dos vicios ha hecho explosión desde dentro para dar lugar a un planteamiento complejo, cargado de sentido. Recordemos algunas de las afirmaciones de Kelsen.

Ante todo, comparemos el método aristotélico para encontrar el bien, según lo hemos reseñado, con ese procedimiento "geométrico-matemático" de que nos habla Kelsen. ¿Pensaremos todavía que basta para encontrar el bien con el simple hecho de determinar el punto equidistante entre dos extremos? Toda nuestra exposición ha estado destinada a probar lo contrario. Hemos señalado cómo el bien se define por la idea de perfección que actúa como causa final. Y la perfección de un ser es la realización plena de su potencialidad, es la actualización completa de su ser mismo. La Justicia orienta nuestras relaciones con los otros hacia el bien; es el encaminamiento de nuestras conductas sociales hacia los fines últimos de las cosas, hacia la "naturaleza de las cosas". Por consiguiente, la justicia es un extremo, es una cima; de la misma forma como una cima es definida en función de su elevamiento hacia las alturas con respecto de la superficie, así también la justicia es una orientación de la sociedad hacia sus fines naturales.

Ahora bien, una vez definida la cima notamos que su existencia implica a su vez dos vertientes, una de cada lado. Estas vertientes consti-

tuyen la anti-cima, representan el mal o la injusticia. Vemos, entonces, que la injusticia se define simplemente por referencia a la justicia: es su contrario en los dos sentidos, como injusticia cometida y como injusticia sufrida. Pero —y esto es lo importante— no es en razón de las injusticias posibles que se define la justicia, sino que es en razón de ésta que se definen aquellas. Como muy bien dice Bréhier: "en un promedio aritmético, el medio es posterior a los extremos y determinado por ellos; en la vida moral, los extremos son, al menos idealmente, posteriores al medio y no son extremos sino en relación a él: lo imperfecto no se concibe como tal sino en relación a lo perfecto; y entonces, en un cierto sentido, es el medio que constituye el verdadero extremo, es decir, el más alto grado de perfección" (66).

Por consiguiente, aplicar un método "geométrico-matemático" para determinar la virtud moral carece de sentido. No son los extremos o vicios que nos son dados en primer lugar: es más bien definida primero la virtud y sólo como contrarios a ella aparecen los vicios. Pero la determinación de la virtud exige conocer los fines últimos. Y éstos se conocen a través de una observación de los seres mismos, del mundo, de las tendencias naturales, espontáneas, que encontramos en las cosas. Para descubrir estas tendencias no es posible medir, no cabe recurrir a análisis numéricos; hay que examinar cuidadosamente cada cosa, cada ser, para encontrar en él sus tendencias propias, su naturaleza intransferible. Y una vez precisado el

bien tenemos que examinar las circunstancias presentes que orientaremos hacia ese bien ya que "no se producirá el coraje de la misma manera en el tímido que hace falta excitar que en el audaz que hace falta controlar; según los casos, el medio estará más cerca de uno u de otro extremo.... La determinación del medio.... es entonces una cuestión de tacto y prudencia" (67). Indudablemente, este planteamiento es totalmente distinto del matemático y el mismo Aristóteles se encarga de advertirnoslo: "Por 'medio de los objetos' quiero decir aquello que es equidistante de cada uno de los extremos y es igual para todos los hombres; pero el medio en relación con nosotros (al cual se refiere la moral) es aquel que no es mucho ni poco y no es uno, no es el mismo para todos" (68). Y, para dejar perfectamente claro el punto, nos da un ejemplo que descarta toda interpretación matemática del medio. Si 10 es mucho y 2 es poco, la media aritmética será 6; pero no es así como debe contarse el medio al que nos referimos sino como forma de lograr un fin desde una situación determinada. Dentro de este orden de ideas, si 10 libras de comida es mucho y 2 es muy poco, no puede seguirse que todos los hombres deban comer 6 libras: este medio aritmético será mucho para una persona pequeña y poco para un hombre maduro y dedicado a grandes esfuerzos físicos (69).

La segunda observación de Kelsen está referida a los puntos de referencia que se toman en cuenta para la determinación del medio: es decir, las injusticias —en medio de las

cuales se encuentra la justicia— están definidas por el Derecho positivo. Es en esta forma como Kelsen atribuye a la teoría aristotélica sobre la justicia el carácter de relativismo positivista. Ya hemos insistido suficientemente en el hecho de que la justicia no es determinada por las injusticias sino viceversa. Pero quedaría por saber si la justicia como tal tiene un origen meramente positivo, si la justicia se reduce al cumplimiento de la ley: si ello fuera así, todavía la crítica de Kelsen sería correcta y el conservadurismo político de Aristóteles quedaría demostrado.

En realidad, si aceptamos la interpretación expuesta en este artículo, no hay otra posibilidad que reconocer que esta objeción tampoco es exacta. En efecto, Aristóteles pretendía anclar su sistema de manera muy firme en la realidad objetiva de las cosas. Para él, la justicia no podía ser el resultado de una convención o la expresión de la voluntad arbitraria de un tirano, aunque ambas se tradujeran eventualmente en textos legales. La justicia se situaba más allá de la ley, en la naturaleza misma de las cosas. Pretender que todo lo legal es justo o que la justicia consiste únicamente en la aplicación uniforme de la ley significaría negar un "nivel de justificación" del Derecho positivo; en cambio, Aristóteles no se cansa de repetirnos que las relaciones sociales de los hombres deben estar regidas por la justicia, que ésta es una virtud que apunta al bien y que el bien encuentra su fundamento en la naturaleza. De manera categórica nos dice Aristóteles:

"La Justicia legal es la discriminación de lo justo y de lo injusto.... Por esta causa no permitimos que sea el hombre quien gobierne sino el principio racional.... (y así) el magistrado es el guardián de la justicia" (70). Ello nos lleva incluso a dejar de lado la ley si, en su aplicación, ésta pudiera dar lugar a una injusticia. Tal es el papel de la equidad: es "una corrección de la justicia legal" y, por tanto, es superior a ella (71). Pero notemos que en este caso no se trata de una ley injusta en sí misma sino que, dada su generalidad, puede originar una injusticia al no tomar en cuenta las peculiaridades de tal caso concreto. Por consiguiente, la ley sigue siendo buena pero necesita ser corregida por el juez frente a ciertas circunstancias particulares. No cabe duda que una ley que fuera en sí misma injusta no sería considerada Derecho por Aristóteles. Ahora bien, si existe un "nivel de justificación", la actitud conveniente no puede consistir en una simple sumisión a las leyes existentes: será más bien la de procurar que esas leyes positivas se adapten a los criterios de justificación. En esta forma, no puede decirse que la teoría de la justicia de Aristóteles sea conformista o conservadora; al contrario, proporciona la base para una constante revisión del Derecho positivo en aras de la realización de una justicia cada vez más completa, es decir, de una adecuación más plena de las leyes positivas a los imperativos naturales.

* * *

En esta forma, creemos haber demostrado que las objeciones de Kel-

sen no tocaban a Aristóteles: éste no presenta el blanco contra el cual Kelsen ha disparado. En manera alguna puede decirse que Aristóteles participaban de un relativismo positivista; al contrario, todos sus razonamientos se encaminan a fundar el Derecho en algo que está más allá de las leyes positivas, en la idea de naturaleza.

Sin embargo, nos queda siempre la duda de que Aristóteles pudiera ser vulnerable a una crítica relativista, si ésta se aplicara a un nivel diferente del atacado por Kelsen. En efecto, hemos dicho que la teoría aristotélica del Derecho debe ser entendida fundamentalmente como una teoría de la justicia. Y ésta a su vez es un medio de lograr ciertos fines absolutos dentro de lo variable y lo relativo de las circunstancias. Por consiguiente, esta teoría implica la posibilidad de que existan ciertas metas indiscutibles y fijas en la naturaleza y que el hombre se encuentre en aptitud de adquirir un conocimiento exacto de ellas. Cabe destacar que no hablamos de **reglas** absolutas, no queremos referirnos a un Código de Derecho Natural con normas inmutables. Las reglas están ubicadas en el plano de la virtud, de los medios para lograr los fines últimos y, por tanto, interviene siempre en ellas el elemento circunstancial. Pero sí deben existir **fines** inmutables, esos faros de puerto de que hablábamos antes y que nos alumbran desde lo eterno; nos marcan una orientación inalterable aún cuando los movimientos concretos que debamos realizar para colocarnos en tal rumbo a partir de una situación determina-

da puedan adoptar las direcciones más diferentes.

Pero, ¿puede el hombre conocer la naturaleza en forma absoluta, es decir, con independencia del cuadro histórico dentro del cual se encuentra? ¿Es posible que el ser humano prescindiera de las circunstancias en las que vive para contemplar la naturaleza desde lo eterno? Y, lo que es más serio aún, ¿existen causas finales absolutas que establecen los sentidos de las cosas o no es más bien el hombre quien imparte el sentido al mundo que lo rodea? Preguntas muy graves son éstas cuya respuesta sobrepasa las intenciones de este artículo. Sin embargo, es interesante hacer notar que, basándose en este fundamento natural del Derecho, Aristóteles justifica instituciones tales como la esclavitud o las guerras imperialistas y de conquista. Nos dice que lo inferior tiene que ser subordinado a lo superior y, por ese motivo, "aque-llos que se ocupan de quehaceres vinculados con su cuerpo y que no tienen nada mejor, son esclavos por naturaleza y es mejor para ellos como para todos los inferiores que sean sometidos al mandato de un amo" (72). Agrega además: "Aquel que por naturaleza no se pertenece a sí mismo sino a otro hombre, es esclavo por naturaleza; puede decirse que, aún siendo un ser humano, es también una posesión. Y una posesión puede ser definida como un instrumento de acción, separable del poseedor" (73). En otro pasaje afirma que "la naturaleza ha querido distinguir (incluso) los cuerpos de los hombres libres y de los esclavos, haciéndolos a algunos fuer-

tes para los trabajos serviles y a otros, aún cuando no tengan disposición para tales trabajos, los ha hecho útiles para la vida política...." (74). Y concluye: "queda claro, entonces, que algunos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos, y que para éstos últimos la esclavitud es conveniente y justa" (75). De lo expuesto no hay dificultad para llegar a la convicción de que existen pueblos enteros de hombres libres y pueblos enteros de esclavos. Ciertas naciones destacan por su fuerza física pero carecen de habilidad para organizarse políticamente; otras no son aptas para trabajos corporales pero, en cambio, tienen muy desarrollada la capacidad de mando. En consecuencia, la simple observación de las tendencias naturales nos lleva a la conclusión de que la distinción entre amos y esclavos se plantea también en términos internacionales. Es así como los pueblos nacidos para mandar deben imponerse sobre los pueblos nacidos para obedecer a fin de seguir las pautas determinadas por la naturaleza. La resistencia de ciertos pueblos a ser esclavizados sólo puede entenderse como una incapacidad para leer correctamente los dictados de la naturaleza; y si consideramos que seguir la orientación natural constituye lo conveniente y lo justo, quiere decir que los pueblos que oponen resistencia son incapaces de comprender la justicia. Planteado en estos términos el problema, no cabe la menor duda de que los pueblos de amos deben sojuzgar a los pueblos de esclavos por la fuerza ya que esta actitud resulta incluso educativa: se les está haciendo un bien a esos pue-

blos pues se les hace cumplir su fin natural. Ciertamente, no es necesario subrayar que los griegos, según Aristóteles, han nacido para amos y no para esclavos. Leamos su opinión sobre la guerra en la Política: "la guerra es un medio natural de adquirir, en la misma medida que lo es la caza; es un arte que debemos practicar contra las bestias salvajes y contra los hombres que, señalados por la naturaleza para obedecer, no quieren someterse. Una guerra de esta clase es naturalmente justa" (76).

Frente a tales opiniones diametralmente opuestas a las que actualmente se pretende sostener sobre la base de la naturaleza como criterio de justicia, surge la duda de si Aristóteles no ha otorgado un carácter absoluto a las exigencias históricas, circunstanciales, de su tiempo. Indudablemente, la economía de la Grecia antigua exigía el trabajo no remunerado y forzado por parte de algunos hombres: la sociedad griega necesitaba de los esclavos. Actualmente, nuestra organización socio-económica es distinta y ahora se requiere que el mayor número de hombres sean consumidores: el trabajo no remunerado es inconveniente. Por este motivo, los jusnaturalistas actuales, con los mismos argumentos que Aristóteles, condenan la esclavitud; pero a su vez defienden el trabajo asalariado. Quizá unos años más tarde el sistema de producción sea totalmente diferente y los jusnaturalistas futuros condenen el régimen del asalariado. Si ello fuera así, el planteamiento aristotélico sobre la justicia y el Derecho resultaría incorrecto. Su pre-

tensión de encontrar un nivel absoluto de justificación del Derecho habría fracasado: el hombre sería incapaz de acceder por sí mismo a verdades absolutas y los criterios propuestos para fundar la normatividad se reducirían a las convicciones o a las exigencias de cada época. La idea del bien de Aristóteles recubriría una realidad variable según las circunstancias.

Y así habríamos tropezado nuevamente con un relativismo implícito detrás de la concepción aristotélica. Sin embargo, notemos que no se trata de ninguna manera de ese positivismo que denunciaba Kelsen. El Derecho **tiene** una justificación más allá del ordenamiento positivo; una norma no puede fundarse únicamente en una norma superior sino que exige un criterio valorativo independiente que determine cuándo la norma es justa y cuándo es injusta. Pero este nivel de justificación, este criterio valorativo, no es absoluto sino relativo: consiste simplemente en las convicciones de los pueblos; en la forma cómo los grupos sociales, teniendo en cuenta las posibilidades de la sociedad en un momento determinado, conciben la manera de resolver los problemas comunes. Por consiguiente, el Derecho positivo puede ser criticado porque existe frente a él una escala de valoración; pero a su vez esta escala no es inmutable sino que está sujeta a un proceso permanente de modificación en función de los cambios en la problemática social, en los medios con que la sociedad cuenta y en los criterios predominantes dentro del grupo.

- (1) "Qué es la Justicia", publicado por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 3ª ed., 1966, que se citará abreviadamente con las siglas QJ; y "Justicia y Derecho Natural" en "Crítica del Derecho Natural", Ed. Taurus, Madrid, 1966, que se citará abreviadamente como JDN.
- (2) KELSEN, JDN, pág. 55.
- (3) KELSEN, QJ, pág. 65.
- (4) KELSEN, JDN, pág. 55.
- (5) KELSEN, JDN, pág. 56 y QJ, pág. 66.
- (6) KELSEN, JDN, pág. 56 y QJ, pág. 66.
- (7) KELSEN, JDN, pág. 57.
- (8) KELSEN, JDN, pág. 56 y QJ, pág. 66.
- (9) KELSEN, QJ, pág. 67.
- (10) KELSEN, JDN, pág. 57 y QJ, pág. 67.
- (11) KELSEN, JDN, pág. 57. Véase también QJ, pág. 68.
- (12) KELSEN, JDN, pág. 57. Véase QJ, pág. 69.
- (13) Las obras de Aristóteles serán citadas por este artículo en la traducción de W. D. Ross publicada por la Oxford University Press. Sin embargo, con el objeto de facilitar la comprobación de las citaciones en una edición más asequible, colocaremos además entre paréntesis el número de la página que corresponde a la traducción de la Moral a Nicómaco publicada por la Editorial Espasa-Calpe S.A. (Colecc. Austral, Buenos Aires, 1946, 3ª ed.).
- (14) ARISTOTELES, Nicomachean Ethics, 1094a. (27).
- (15) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1094a, 20. (28).
- (16) ARISTOTELES, Politics, 1252b, 25.
- (17) ARISTOTELES, Pol. 1323b, 40.
- (18) ARISTOTELES, Pol. 1280a, 30. Nótese que M. Prélot en la edición francesa ha traducido esta frase en el sentido que el Estado no existe solamente para vivir en conjunto sino para bien vivir en conjunto (Gonthier, 1964, pág. 53).
- (19) ARISTOTELES, Pol. 1279b, 35.
- (20) ARISTOTELES, Pol. 1280b, 20 a 30.
- (21) ARISTOTELES, Pol. 1280b, 30 a 40.
- (22) ARISTOTELES, Pol. 1281a.
- (23) ARISTOTELES, Pol. 1280b, 10.
- (24) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1094b, 15. (29).
- (25) ARISTOTELES, Pol. 1256b, 20.
- (26) VILLEY, Michel. "Abregé du Droit Naturel Classique" in Lecons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, Paris, 1962, pág. 133.
- (27) COLLINGWOOD, R. G. "Idea de la Naturaleza". Fondo de Cultura Económica. México, 1950, pág. 16.
- (28) ARISTOTELES, Metaphysics, Libro V, cap. 12 y Libro IX.
- (29) BREHIER, Emile. "Histoire de la Philosophie". T. I. Presses Universitaires de France, Paris, 1963, pág. 205.
- (30) BREHIER, Ob. cit. pág. 204.
- (31) COLLINGWOOD, Ob. cit. pág. 102.
- (32) ARISTOTELES, Metaph. 1014b, 15.
- (33) ARISTOTELES, Metaph. 1014b, 15.
- (34) ARISTOTELES, Metaph. 1014b, 35.
- (35) ARISTOTELES, Metaph. 1015a, 10.
- (36) ARISTOTELES, Metaph. 1015a, 10.
- (37) ARISTOTELES, Metaph. 1015a, 10 y 15.
- (38) ARISTOTELES, On the Soul, 415b, 15.
- (39) ARISTOTELES, Metaph. Libro IX, cap. 9.
- (40) ARISTOTELES, Pol. 1252b, 30.
- (41) GARCIA MORENTE, Manuel. "Leciones Preliminares de Filosofía". Ed. Diana S.A. México, 1952, pág. 123.
- (42) COLLINGWOOD, Ob. cit. pág. 101.
- (43) VILLEY, Michel. "Introduction a l'Histoire de la Philosophie du Droit" in "Lecons d'Histoire de la Philosophie du Droit". Dalloz, Paris, 1962, págs. 55 y 56; "Abregé du Droit Naturel Classique" in Ob. cit., pág. 137; "La nature des choses dans l'Histoire de la Philosophie du Droit" in "Droit et nature des choses. Travaux du Colloque de Philosophie du Droit Comparée de Toulouse", Dalloz, Paris, 1965, pág. 80. Véase también WIEDERKEHR, G. "Elements de Philosophie du Droit dans les Manuels contemporains de droit civil" in Archives de Ph. du Droit, T.X. Sirey, 1965, pág. 248; VINCENT, André, "La notion moderne de droit naturel et de volontarisme (de Victoria et Suarez á Rousseau In APD 1963, pág. 237.

- THOMANN, Marcel, "Christian Wolff et le droit subjectif" in APD, 1964, pág. 153; etc.
- (44) ARISTOTELES, Pol. 1253a, 35.
- (45) ARISTOTELES, Pol. 1253a.
- (46) ARISTOTELES, Pol. 1253a, 15-20.
- (47) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1103, 25 y 1105a, 15 a 1105b, 16 (61 y 66).
- (48) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106a, 15 (69).
- (49) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106a, 15-20 (69).
- (50) ARISTOTELES, Nicom. Eth. Libro III, caps. 2, 3 y 5 (En la traducción de Espasa-Calpe, caps. 3, 4 y 6).
- (51) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1112b, 10 (93).
- (52) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1108a, 20 (76).
- (53) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1107a, 5 (72).
- (54) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106b, 10 (71).
- (55) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106b, 25-30 (72).
- (56) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1130a, 5-10 (155).
- (57) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1130a, (155).
- (58) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1130a, 10 (156).
- (59) BREHIER, Ob. cit. pág. 49.
- (60) BREHIER, Ob. cit. pág. 59.
- (61) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1133, 30 (109).
- (62) VILLEY, Michel. "Abregé du Droit Naturel Classique" in Lecons d'Histoire de la Ph. du Droit, Sirey, Paris, 1962, pág. 119.
- (63) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1130b, 30 (La traducción de Espasa-Calpe en la página 159 menciona esta segunda especie de justicia simplemente como "la que regula las condiciones legales de las relaciones civiles y de los contratos". Pero W. D. Ross traduce: "la que juega un papel de rectificación en las transacciones entre hombre y hombre").
- (64) VILLEY, Michel. Ob. cit. pág. 152.
- (65) VILLEY, Michel. Ob. cit. pág. 160; también en "La Formation de la Pensée Juridique Moderne. Le XVI Siècle", cours polycopié, Les Cours de Droit, Paris, 1963-64, págs. 332 a 336.
- (66) BREHIER, Ob. cit. pág. 249.
- (67) BREHIER, Ob. cit. pág. 249.
- (68) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106a, 25-30 (70).
- (69) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1106a, 30 y 1106b, 1-10 (70).
- (70) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1134a, 30 a 1134b (171).
- (71) ARISTOTELES, Nicom. Eth. 1137b, 10 (183).
- (72) ARISTOTELES, Pol. 1254a, 10-15.
- (73) ARISTOTELES, Pol. 1254b, 15.
- (74) ARISTOTELES, Pol. 1254b, 25.
- (75) ARISTOTELES, Pol. 1255a.
- (76) ARISTOTELES, Pol. 1256b, 20-25. La traducción francesa de M. Prélot señala: "Esta clase de guerra no tiene nada de injusto ya que está, por así decir, declarada por la naturaleza misma".

EL PROFESOR LUIS JIMENEZ DE ASUA OPINA SOBRE EL CODIGO PENAL TIPO

En los primeros días de abril del presente año, se celebró en Lima, con el auspicio de la Universidad de San Marcos, la Tercera Reunión de Penalistas para la elaboración de un Código Penal Tipo para América Latina. Entre los distinguidos concurrentes de las delegaciones extranjeras, se hallaba el Profesor Luis Jiménez de Asúa, residente en la Argentina, que venía a Lima después de tantos años de su última visita. **Themis** creyó oportuno entrevistarse con tan distinguido penalista, uno de los más representativos de la ciencia penal en nuestro hemisferio. Vistas las múltiples ocupaciones del Profesor Jiménez de Asúa, preferimos dejarle un pliego de preguntas, que amablemente se sirvió responder, y que transcribimos textualmente.

—:::—

1.—¿Cuales serían los alcances del Código Penal Tipo para Latino-América?

No se trata de imponer un Código a cada país iberoamericano, sino de presentar un **Anteproyecto Modelo**, redactado por iuspenalistas de Iberoamérica. Las naciones que deseen reformar su Códigos Penales, en vez de acudir a copiar Códigos extranjeros (como hizo Venezuela con el de Italia; Ecuador con el de Bélgica; e incluso Perú con el Proyecto Suizo) hallarán en el redactado por penalistas de su lengua y su cultura un arquetipo adecuado.

2.—¿Qué ventajas y que desventajas ofrecería a su criterio la formulación de un Código Tipo?

Las ventajas ya estan expresadas. No veo inconveniente alguno, puesto que cada país adaptara el modelo a su grado de desarrollo jurídico y cultural.

—:::—

3.—¿Tendría alguna ventaja para Latino-américa generalizar figuras delictivas que son propias de determinados Países, como en el caso del abigeato?

Creo que el abigeato es un delito común a muchos Estados de Iberoamérica. Pero la Nación que, por carecer de ganadería, no tenga problemas de "cuatrismo" no incluirá ese tipo de infracción en sus reformas.

—:::—

4.—Cree Ud., que la aceptación de un Código Penal Tipo lleve consigo la creación de un Tribunal de Justicia Penal Latino-Americana?

No creo que una Corte o Tribunal Intercontinental Iberoamericano sea consecuencia de nuestro trabajo sobre el Código Penal Tipo, cuyo alcance ya se ha señalado. En todo caso lo sería de un Código Procesal Penal Tipo, en el que, por ahora, no se ha pensado.

"THEMIS" Asociación Jurídica

Frente a una dinámica social, en que convergen una serie de fenómenos, hoy, en su mayoría, en transformación, surge la "inquietud" como el inicio de respuesta ante alternativas sorprendentes, que toda angustia existencial nos conduce.

Asistimos a una etapa en nuestro medio, donde solamente hombres con fuerzas de voluntad trascendentes, logran desarrollar su propia individualidad, dando testimonio de su obra en forma ejemplar y concluyente. Paralelamente a estas individualidades a quienes se les rinde reconocido homenaje, permanece el "hombre" abatido por las necesidades sociales, donde la economía y la técnica han multiplicado, en pocos años, las limitaciones al desarrollo de su propia personalidad, originando como consecuencia, que sólo se presente como única alternativa, la posibilidad colectiva de luchar para obtener, a veces tan sólo, condiciones primarias de subsistencia. Si a ello se agrega, los fenómenos ocurridos en el campo de la investigación, donde cada día el hombre conoce más de menos cosas, nos encontramos ante un crítico desenvolvimiento de la civilización, donde nuestros fundamentos "clásicos" cada día se tornan más vulnerables.

Toda etapa histórica de transición, en la que se gesta "cambios", presupone en ella el nacimiento de una anarquía intelectual, sobre la que, no se puede vislumbrar objetivos futuros. En todo caso, da lugar a que se refuercen los instrumentos esenciales que forjan el progreso de toda sociedad humana, a fin de que éstos sirvan como órganos de defensa de toda civilización en crisis y a la vez, se constituyan como las bases de todo desarrollo futuro. El Derecho, viene a ser uno de los instrumentos esenciales, y por ello, hay responsabilidad en el abogado, profesor, o alumno, de estudiar los fenómenos actuales y señalar los caminos a que deberán sujetarse las generaciones venideras. Si a esta sería respon-

sabilidad que todo hombre vinculado al Derecho acusa, le agregamos lo enunciado en el párrafo precedente, nos encontramos ante el problema que nuestras pocas "individualidades", no serían suficientes para resistir los problemas que afrontamos, y estaríamos evadiendo la responsabilidad que nos incumbe.

Partiendo de estas condiciones, encontramos que el camino más viable para países como los nuestros, es promover "inquietudes". Para lograr este objetivo, se requiere principalmente de tres elementos: la disciplina; el rigor y el espíritu de superación, armonizados por un fenómeno integral que es la creación de un "ambiente" propicio.

Lejos aún, de poder pretender analizar la problemática actual y de combatir ensayos de soluciones pragmáticas, sin fundamentos coherentes, hace cerca de dos años, nació la Revista de Ciencias Jurídicas "THEMIS", como órgano de divulgación de problemas vinculados a las ciencias del Derecho. Para sus fundadores, se había satisfecho una aspiración: la posibilidad física de comunicar a una generación de estudiantes de derecho, entre sí; de mantener el diálogo entre el alumno y el maestro; de abrir sus páginas a toda persona que quisiera cooperar en la polémica, con el intento de mantener el nivel universitario en la difusión de las ideas. Este paso, fue el origen no muy distante, del intento de respuesta a la problemática actual, mediante el desarrollo de las "inquietudes" de la juventud responsable de estudiar la situación jurídica de nuestros días, que hoy día tiene forma, al haberse constituido la ASOCIACION JURIDICA "THEMIS".

Nadie estaría en condiciones de afirmar, y menos aún sus fundadores, de que la Asociación Jurídica "THEMIS" en sí, lleva consigo una respuesta, no es tampoco la primera institución de esta naturaleza, y, probablemente los miem-

bros que la integran no son los más indicados, pero sí, cabe afirmar, que nació de un auténtico espíritu universitario, y como testimonio de agradecimiento sus miembros fundadores han declarado en su Escritura de Constitución, ser o haber sido alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Solamente debemos añadir que, en todos los integrantes de "THEMIS" está latente la "inquietud" como el inicio de respuesta a la situación actual del Derecho, analizado como instrumento de progreso y unidad de toda sociedad humana.

ESTATUTOS (*)

Título I

CONSTITUCION, DOMICILIO, DENOMINACION Y FINES

Artículo Primero: Bajo el nombre de ASOCIACION JURIDICA "THEMIS" se constituye una agrupación de personas vinculadas principalmente al campo de las Ciencias Jurídicas, unidas por inquietudes afines y con propensión al logro de un planteamiento común sobre temas que tiendan a investigar y sustentar las bases del Derecho, iniciando sus operaciones el 23 de marzo de 1967.

Artículo Segundo: Su sede será la ciudad de Lima, Perú y de duración indefinida.

Artículo Tercero: Los miembros fundadores de la Asociación Jurídica "Themis" declaran ser o haber sido alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Artículo Cuarto: Tendrá como fines la investigación de problemas que atañen a las Ciencias Jurídicas y Filosofía en general; la organización de foros internos y externos sobre temas que promueva la Junta General; la edición de un órgano de expresión permanente; la sustentación de tesis que alcancen el sentir común de sus integrantes, así como el desarrollo de cualquier actividad seña-

lada por la Junta General, que implique el estudio de problemas relacionados con las ciencias jurídicas.

La Asociación podrá desarrollar y absolver consultas sobre temas acerca de la realidad nacional.

Título II

DEL PATRIMONIO

Artículo Quinto: El Patrimonio social estará formado por los bienes muebles o inmuebles, acciones, derechos, instalaciones y demás bienes que aparezcan en su activo. Asimismo tendrá como ingresos permanentes las cotizaciones que efectúen sus miembros que será de diez soles oro mensuales, las donaciones que perciba, y las contribuciones que se le instituyan en su beneficio.

Artículo Sexto: La Asociación está capacitada para ejercer toda clase de acciones y operaciones civiles, administrativas, comerciales, bancarias, relacionadas con su patrimonio o régimen económico, interpretándose esta declaración en su sentido más amplio.

Título III

DE LOS ASOCIADOS

Artículo Séptimo: Para ser miembro activo de la Asociación se requiere presentar un ensayo monográfico que merezca su aprobación por la Junta General y manifestar la voluntad de constituirse como tal. El Consejo Directivo acordará, si lo considera conveniente, la publicación del trabajo en la Revista.

Artículo Octavo: Los asociados se comprometen a dedicarse a realizar estudios sobre temas de ciencias jurídicas debiendo en caso de alcanzar una posición ideológica común con los otros asociados, asumir una sustentación conjunta que sea expresión de la Asociación.

Artículo Noveno: Los planteamientos ideológicos sustentados a nombre de la

Asociación sólo podrán ser rechazados por sus miembros, con fundamentos presentados por escrito.

Artículo Décimo: Habrá asociados honorarios, que serán designados por la Junta General debiendo ser aquellas personas, que habiendo desarrollado alguna actividad en beneficio de la entidad, merezcan el reconocimiento de los asociados por su calidad intelectual y moral; o aquellas personas, que por su posición ideológica, reciban la adhesión de los integrantes. La designación se hará por unanimidad de votos de la Junta General.

Artículo Décimo Primero: La Junta General nombrará asociados protectores a aquellas personas naturales o jurídicas que aporten algún beneficio económico a la Institución.

Artículo Décimo Segundo: Serán obligaciones de los asociados activos:

- a) Contribuir económicamente con las cotizaciones que se les señale.
- b) Acatar la decisión de la mayoría.
- c) Cumplir eficientemente con las actividades que se les designe.

Artículo Décimo Tercero: Serán derechos de los asociados:

- a) Tendrán derecho preferencial en los artículos que presenten a consideración del Consejo Directivo para su publicación.
- b) Disfrutar de los beneficios que le brinda los trabajos que la Institución desarrolla.
- c) Poner a consideración de la Junta General los planteamientos ideológicos que considere deben ser asumidos por la Asociación.

Título IV

DEL CONSEJO DIRECTIVO

Artículo Décimo Cuarto: El Consejo Directivo estará formado por cuatro miembros: un Presidente, un Vice-Presi-

dente-Ejecutivo, un Secretario y un Tesorero.

Artículo Décimo Quinto: El Consejo Directivo tendrá bajo su responsabilidad la publicación de la Revista, debiendo el Vice-Presidente-Ejecutivo ser Director de la misma.

Artículo Décimo Sexto: Los cargos del Consejo Directivo tendrán la duración de un año, pudiendo ser reelegidos hasta por una vez consecutiva. Queda prohibida la reelección inmediata del Presidente.

Artículo Décimo Séptimo: El Consejo Directivo tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Presentar por "motu proprio" o por intermedio de la Comisión que designe el programa semestral de actividades de la Asociación.
- b) Establecer en el mes de Enero de cada año, los alcances y límites de la publicación de la Revista.
- c) Presentar el presupuesto anual de gastos.
- d) Supervigilar y fiscalizar en caso necesario, por intermedio de su Vice-Presidente Ejecutivo, el funcionamiento administrativo de la Revista.
- e) Designar las personas que integrarán las Comisiones que cree la Junta General.

Artículo Décimo Octavo: El Presidente tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Presidir las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, las de Consejo Directivo, actuando como Director de Debates de las mismas, y asistir a las de aprobación de artículos para la Revista.
- b) Representar a la Asociación ante los Poderes Públicos en general, o en cualquier otro acto o evento.
- c) Intervenir en asuntos judiciales y administrativos, en representación de la Asociación, con las facultades generales del Mandato y las especiales del Artículo

lo 10º del Código de Procedimientos Civiles.

d) Celebrar a nombre de la Asociación, conjuntamente con cualquiera de los miembros del Consejo Directivo, toda clase de contratos de compra, venta, permuta, cesión, arrendamiento a plazo fijo o indeterminado y con adelanto de la merced conductiva o sin ella, seguro, fianza, crédito, adelanto en cuenta corriente, préstamo y cualquier otro que se refiere a disposición de bienes. Asimismo está autorizado para constituir garantías hipotecarias o prendarias de conformidad con leyes comunes o especiales y que estipulen las condiciones que se exijan.

Artículo Décimo Noveno: Son atribuciones del Vice-Presidente Ejecutivo:

a) Remplazar en sus funciones al Presidente en caso de ausencia o impedimento de éste.

b) Ser Director de la Revista, la que se regirá por los presentes Estatutos y las disposiciones que su reglamento señale.

c) Está facultado para que, conjuntamente con el Tesorero, haga o retire imposiciones de dinero, gire sobre cuentas corrientes, pudiendo endosar y cancelar cheques; girar, aceptar, reaceptar, endosar, descontar, cobrar y protestar letras de cambio, vales o pagarés; arrendar y abrir cajas de seguridad; transferir y endosar acciones, bonos y otros valores.

Artículo Veinte: Son atribuciones del Secretario:

a) Llevar el Libro de Matricula en que conste el nombre, apellido, profesión y domicilio de sus miembros, con expresión de los que ejercen cargos de administración o representación.

b) Llevar el Libro de Actas de las sesiones de Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, así como las de Consejo Directivo.

c) Preparar las Agendas de las Sesiones, conforme a los acuerdos que se adopten.

d) Convocar a las sesiones de Consejo y Juntas Generales, conforme al artículo 23.

Artículo Veintiuno: Son atribuciones del Tesorero:

a) Cobrar y recibir dinero otorgando recibos y cancelaciones.

b) Conjuntamente con el Vice-Presidente Ejecutivo, en su caso, ejercer las facultades concedidas en el inciso (c) del Art. 19.

c) Preparar el presupuesto anual de gastos e informar a cualquiera de los miembros que lo solicite, el estado económico de la Asociación.

Artículo Veintidos: Para ocupar los cargos de Presidente, Vice-Presidente Ejecutivo, y Tesorero se requiere ejercer los derechos de ciudadanía. Asimismo es requisito indispensable para ejercer los cargos de Presidente y Vice-Presidente Ejecutivo haber pertenecido a la Asociación, por más de dos años, ó haber sido su fundador.

Artículo Veintitrés: El Consejo Directivo tendrá sesiones ordinarias una vez cada quince días y extraordinarias cuando se convoquen a solicitud del Presidente, ya sea por iniciativa propia de éste, o por pedido de uno de los miembros.

Artículo Veinticuatro: Los miembros del Consejo Directivo cesan en sus funciones por las siguientes causales:

a) Muerte

b) Renuncia

c) Finalizar el período para el que fueron elegidos

d) Remoción solicitada unánimemente por la Junta General

e) Inasistencia injustificada por 3 veces consecutivas a las sesiones ordinarias.

Artículo Veinticinco: Los integrantes del Consejo Directivo que incurrieron en una de las causales anotadas en el artículo an-

terior, serán remplazados por elección de Junta General Extraordinaria convocada para este efecto. En el caso del Presidente, sus funciones serán ejercidas por el Vice-Presidente Ejecutivo.

Artículo Veintiseis: El Presidente deberá presentar una Memoria Anual de las actividades de la Asociación, incluyendo en ésta, las relacionadas con el funcionamiento administrativo y económico de la Institución.

Artículo Veintisiete: El quorum para las reuniones de Consejo Directivo será de tres miembros, y las decisiones serán adoptadas por mayoría de votos, considerándose en caso de empate, voto doble al Presidente.

Título V

DE LA JUNTA GENERAL

Artículo Veintiocho: La Junta General constituye el órgano máximo de la Institución, tendrá reuniones ordinarias una vez al mes y, extraordinarias, cuando lo requiera el Presidente o Vice-Presidente Ejecutivo, o lo solicite por lo menos un quinto de los asociados.

Artículo Veintinueve: El quorum reglamentario para las reuniones será de la mitad más uno de los miembros. De no haber quorum transcurrida una hora de la fijada por la convocatoria, se citará a una segunda Junta General, la que deberá realizarse antes de diez días de la primera convocatoria, la que, transcurrida una hora, en caso de no haber quorum, se llevará a cabo con los asistentes.

Artículo Treinta: La Junta General deberá:

- a) Aprobar el presupuesto anual de la Asociación.
- b) Aprobar los programas de trabajo que se presenten a su consideración.
- c) Crear las comisiones de trabajo para la organización de Forums, Revista y trabajos de investiga-

ción, cuyas personas que lo integran serán elegidas por el Consejo Directivo.

- d) Aprobar la exclusión o el ingreso de miembros que se presenten a la Asociación, cumpliendo las formalidades de estos Estatutos.
- e) Aprobar las invitaciones especiales que se hagan a la Junta General y los artículos que el Director de la Revista someta a consideración de ella.

Artículo Treinta y uno: Las decisiones de Junta General se harán por mayoría de votos, entendiéndose por ésta la mitad más uno salvo el caso de exclusión de miembros, en el que se requerirá 2/3; y la aprobación de asociados honorarios que será por unanimidad.

Artículo Treintidós: Las citaciones a Junta General en caso de no acordarse la fecha en la reunión anterior, deberá convenirse con un mínimo de una semana de anticipación.

Artículo Treintitrés: La Junta General tendrá conocimiento acerca de la Revista con las facultades que el Reglamento señale, cuyo Consejo de Redacción presidido por el Director de la misma, funcionará administrativamente como órgano independiente, y, económicamente, dependerá del patrimonio de la Institución.

Título VI

DE LAS ELECCIONES

Artículo Treinticuatro: Las elecciones del Consejo Directivo se harán en el mes de Enero de cada año, en la fecha que señale la Junta General para cada oportunidad.

Artículo Treinticinco: La votación será personal y secreta, cuyo procedimiento será establecido por Reglamento especial, el que preveerá, en su caso, la constitución de un Comité Electoral que será presidido por el Secretario de la Asociación.

Artículo Treintiséis: La prohibición de reelección es en función de los cargos y no de las personas, procediendo en consecuencia la reelección de una persona para un cargo distinto del ocupado en el período anterior.

Título VII

DE LOS REGLAMENTOS

Artículo Treintisiete: Deberá crearse un Reglamento General que contemple la organización de forums, el funcionamiento de la Revista, el procedimiento en las elecciones, la organización de Debates. Esta enumeración no debe entenderse en forma taxativa.

El Reglamento determinará que los miembros que integren la Revista sean necesariamente alumnos regulares de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

Título VIII

DE LA REFORMA DE ESTATUTOS

Artículo Treintiocho: Los presentes Estatutos sólo podrán ser modificados por la Junta General en decisión aprobada por un mínimo de 2/3 de los asociados, en sesión de Junta General Extraordinaria especialmente convocada para este efecto.

Título IX

DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo Treintinueve: En caso de disolución de la Asociación se atenderá a lo

dispuesto por las normas del Derecho Común, establecidas en el Código Civil.

Título X

DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo Cuarenta: La Asociación deberá adoptar sus organismos y funciones a estos Estatutos dentro de los 30 días posteriores a la Escritura de Constitución.

Artículo Cuarentiuno: El primer Consejo Directivo que regirá los destinos de la Asociación queda integrado de la siguiente forma: Presidente: Miguel Vega Alvear; Vice-Presidente-Ejecutivo: Domingo Garofa Belaunde; Tesorero: Jaime Thorne León; Secretario: Luis Arbulú Alva.

Los miembros electos del Consejo Directivo gozarán de las facultades y atribuciones otorgadas por estos Estatutos, sin que se requiera la suscripción de una nueva escritura de poder.

—O—

(*) Los presentes Estatutos de la Asociación Jurídica "Thémis", corren insertos en la Escritura Pública de Constitución y Estatutos, extendida ante el Notario Sr. Dr. Gastón García Rada, con fecha 23 de Marzo de 1967, e inscrita en el Registro de Asociaciones de Lima, a fojas 215, Tomo I, Asiento 1.

Instituciones de Derecho Tributario, por Manuel Belaunde Guinassi, Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Cincuentenario, Lima, 1967.

La Pontificia Universidad Católica del Perú, como parte de las actividades programadas para conmemorar el cincuentenario de su fundación, ha editado la obra jurídica del Dr. Manuel Belaunde Guinassi, "Instituciones del Derecho Tributario".

El Dr. Belaunde Guinassi está unido por un doble vínculo con la Universidad Católica. Primero, como alumno egresado de sus Facultades de Letras y Derecho. Y posteriormente en las mismas aulas, ha desempeñado las cátedras de Historia del Perú, Fuentes y Seminario hasta 1945; y de Historia del Derecho Peruano y Derecho Tributario hasta 1965.

De manera que, desde un ángulo estrictamente protocolar se ha cumplido con tres formalidades importantes: como homenaje a uno de sus maestros más antiguos; como conmemoración a fecha de tanta relevancia por esa institución; y como primeros hitos de una incipiente misión de la Universidad Católica: la editorialización de las obras de sus maestros, de sus necesidades y de su historia. La tres virtudes, todas de idéntica importancia, son realidades que se observan con simpatía. Tal es el beneplácito que produce el pensar en una institución cincuentenaria, con una tarea de gigante trascendencia en el progreso de la comunidad.

Apartándonos de esta necesaria y quizá corta introducción, quisiéramos comentar, panorámicamente, algunos puntos y, especialmente, el propósito del trabajo del Dr. Manuel Belaunde Guinassi.

correspondientes a la rama del derecho tributario en nuestro medio. Son muy pocos los juristas nacionales dedicados a esta relativamente nueva disciplina jurídica, más aún, desde el punto de vista del tratado doctrinario, Instituciones del Derecho Tributario viene a cubrir un vacío muy notorio en la bibliografía nacional. Por propia declaración del autor, sabemos que el objetivo de primer orden de su obra, es demostrar a través del estudio de las instituciones tributarias y de las relaciones activas y pasivas que se derivan de la aplicación de los tributos, que es necesario, como en otras ramas del derecho, codificar las normas del derecho tributario sustantivo o material, del formal, del penal y del personal.

¿Debe, la relación jurídica tributaria ser colmada por las normas del derecho común? Creemos que esta pregunta es la piedra angular a que trata de responder el presente libro. Y los argumentos que en él se concluyen han sido ratificados en la actualidad en un bien logrado código tributario.

El planteamiento se ha resuelto de la manera siguiente: en el primer capítulo, se habla de la evolución histórica de la autonomía del derecho tributario. El reconocimiento de esta disciplina del derecho, como autónoma en cuanto a su materia, objeto, y características, es concepto de consentimiento casi unánime por parte de la mayoría de los tratadistas especializados. La historia de su emancipación, pues, es tratada con cierto agotamiento del tema, después de analizar las diversas corrientes doctrinarias y heterogeneidad de criterios al respecto. De este principio pilar, es fácil advertir que se desprenden infinidad de consecuencias. En cuanto a la relación jurídico tributaria, en cuanto a la particular interpretación de sus leyes, y especialmente, en cuanto a la necesi-

ria codificación de sus preceptos sustantivos.

El capítulo segundo, comprende, de manera integral, el estudio de la relación jurídico tributaria. El casi indistinto empleo de los términos "relación" y "obligación" tributaria, ha obligado al autor a limitar la extensión de los conceptos y marcar las diferencias. Se concluye que, en realidad, la relación tributaria es la constatación de los elementos para llegar a una situación tributaria dada. La obligación tributaria, en cambio, es sólo el conocimiento oficial por parte del sujeto pasivo —el contribuyente— de "dar". Aunque unidos estrechamente, el autor segrega las distinciones y observa, como consecuencia, los elementos constitutivos de la relación, vale decir, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto de la obligación, el hecho imponible y las conclusiones generales de la obligación de tributar.

El capítulo tercero comprende el estudio de las conflictivas teorías en torno a la causa tributaria. Tema de apasionamiento doctrinario, permanece, en opinión de quien escribe estas líneas, sin solucionarse en forma clara, contundente, irrefutable. El autor, recogiendo la clasificación de Carlos Giuliani, divide la teoría de la causa en quienes no la admiten y en quienes la consideran necesaria. En su concepto, la causa es elemento integrante de la obligación; para que sea válida, representa un fundamento ético-jurídico, que garantiza a los sujetos de la relación con criterio de obvia aplicación práctica.

A través del análisis del capítulo cuarto, "Fuentes de la obligación tributaria, e interpretación de sus leyes", encontramos características propias —sui generis— de la disciplina tributaria, tanto en su organización funcional como en su finalidad última.

Los capítulos V al VII podemos calificarlos como los puntos de consulta diaria en la aplicación práctica de los tributos, al par que saber los derechos y obligaciones principales a que se atie-

nen los sujetos de la relación tributaria que hemos contemplado. Así, las fases formativas de la obligación tributaria y su extinción, son analizadas en todo su procedimiento. La controversia tributaria, además de estudiarse desde un ángulo doctrinario y teórico, contiene también los requisitos formales y materiales para iniciar la reclamación y demanda. Por último, el capítulo en torno al derecho penal tributario, explica en forma clara los conceptos de infracciones y sanciones en el incumplimiento de la obligación de tributar, los mismos que también se perciben desde el punto de vista del ordenamiento positivo.

De manera específica, el último capítulo contiene las conclusiones del presente ensayo. Escrito con anterioridad a la promulgación del Código Tributario en vigencia, en cuya comisión preparatoria también trabajó el Dr. Belaúnde Guinassi, se recomienda la elaboración de un Código de Principios Generales y Comunes a toda tributación que incorpore los elementos del Derecho Tributario Sustantivo o Material, Administrativo, Constitucional, Penal y Contencioso— Tributario.

Ganador del Premio de Fomento a la Cultura "Francisco García Calderón", en 1965, la presente obra, complace a los interesados en esta rama del derecho; Y su publicación, rinde homenaje a los fructíferos cincuenta años de existencia de la Universidad Católica.

Pablo Berckoltz

Derecho Constitucional Peruano, por José Pareja Paz Soldán. Edición IV. Ediciones Studium. Págs. 595. Lima, 1966.

Fruto de una auténtica vocación de maestro y de las inquietudes intelectuales de quien es digno descendiente de Mariano Felpe y de José Gregorio Paz Soldán, es esta cuarta edición de un libro que ya constituye indispensable obra de consulta para alumnos y estudiosos del derecho. Aceptadas las anteriores ediciones, Pareja nos ofrece la que presen-

tamos aumentada con varios capítulos y apartados que colocan la obra al día.

De los "Comentarios a la Constitución Nacional" con que en 1938 constituyó la tesis doctoral, al actual estudio completo y exhaustivo existe un largo camino recorrido con éxito. Cada edición ha sido aumentada y esta cuarta es el fruto maduro de 25 años de enseñanza universitaria y de los desvelos del estudioso. Constituye el más completo estudio de la realidad constitucional peruana. Los trajines de la vida diplomática no han sido suficientes para acallar la auténtica vocación intelectual de Pareja que estudia con tesón y profundidad la Carta Política de 1933.

A las anteriores ediciones, el autor ha agregado un enjundioso capítulo sobre la Evolución Política del Perú y lo ha puesto al día estudiando el llamado Presupuesto Funcional de la República y las implicancias constitucionales de la Ley de Reforma Agraria. Los estudios sobre la realidad constitucional contribuyen a forjar la nacionalidad. Es necesario divulgar el conocimiento de la Carta Política del país.

Las libertades públicas son respetadas en el grado en que son conocidas. El pleno imperio de los derechos y de las garantías constitucionales, sólo se alcanza en los países en los cuales la cultura cívica ha alcanzado madurez. Esa finalidad la cumplen los libros como el de Pareja que estudian los alcances de las disposiciones esenciales de la Constitución del Perú. La dignificación de la vida política tiene como fundamento el conocimiento de los derechos emanados de la Constitución. La educación política del pueblo peruano es esencial para alcanzar esta superación en la lucha partidista, con el respeto y la consideración mútua entre los adversarios.

El libro está dividido en dos partes. La primera, integrada por dieciocho capítulos, es un estudio histórico y crítico de las Constituciones que han regido en el Perú. Empieza con la Semblanza Histórica de la República Peruana y con-

cluye con el estudio exhaustivo de la vigente Carta, incluyendo los Estatutos. Las Reformas Plebiscitarias de 1939 constituyen el último capítulo de esta parte.

No se limita al comentario de cada Carta. También estudia la evolución constitucional peruana en relación con las demás repúblicas sud-americanas, la influencia de la Constitución de Cadiz, la evolución comparativa en el período de 1900 a 1930, etc. Esta primera parte es un bien logrado estudio histórico constitucional de nuestra realidad a la luz de las Constituciones que han regido nuestra vida republicana. No es exposición fría y sucinta del articulado, sino se remite a su génesis y considera sus proyecciones.

La segunda parte la denomina Análisis y Comentarios a la Constitución de 1933 y abarca desde el capítulo diecinueve al cuarenticinco. No sigue el método exegetico, sino estudia la institución a la luz de los principios de derecho y de los artículos de la Constitución. Es la parte mejor lograda y más completa. Particularmente interesantes son los capítulos sobre el Presidente de la República, los Ministros de Estado, las Municipalidades, el Centralismo y la Descentralización en el Perú.

Cada capítulo es un estudio exhaustivo y completo de la institución. La obra se encuentra al día. Así por ejemplo al ocuparse de las Municipalidades, estudia el Ante-Proyecto del Dr. Mario Alzamora. La Ley de Reforma Agraria la estudia en sus relaciones con las Comunidades. Tiene un capítulo especial —el XLI que denomina La Reforma Agraria— en el Régimen Constitucional Peruano que contempla las implicancias constitucionales de esta ley. Al ocuparse del Presupuesto estudia al dominado Presupuesto Funcional de la República, así como las de la Controloría General de la República.

Como anexo publica la Constitución de 1933, puesta al día. La Bibliografía es completa y puede decirse que demuestra sue el autor ha revisado los más modernos tratados en materia constitucional.

D.G.R.

AUTORES EN ESTE NUMERO

EARL WARREN, distinguido jurista norte-americano, actualmente Presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América. El presente artículo es un extracto de la conferencia del "Justice" Warren sobre Cooperación Internacional, realizada en la Casa Blanca, el 30 de Noviembre de 1965, y que fue entregada especialmente para su publicación en **Thémis** quien entrevistó al distinguido jurista norte-americano con motivo de su reciente visita a Lima.

JOSE LEON BARANDIARAN, abogado, doctor en Derecho, catedrático de San Marcos (de la cual fue Rector) y de la Católica. Autor de varias obras dentro de su especialidad (derecho civil). Tiene en curso de publicación Los Contratos en el Código Civil Peruano.

FELIPE OSTERLING PARODI, abogado, doctor en Derecho, catedrático del curso de Obligaciones en la Universidad Católica, Colaborador de la Revista del Foro, de Derecho, y de **Thémis**, desde sus inicios.

JOAQUIN LEGUIA GALVEZ, abogado, especialista en Derecho Laboral, tema sobre el cual tiene abundante bibliografía. Ha asistido a Congresos Internacionales en representación del Perú, en el último de los cuales reunido en Madrid, presentó el trabajo que publicamos. Es miembro del Consejo Consultivo de la Revista de Derecho del Trabajo.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, abogado, ha realizado estudios de Filosofía del Derecho en la Sorbona (París) curso que actualmente dicta en la Universidad Católica. Colaborador de **Thémis**, así como de otras revistas jurídicas.

PABLO BERCKOLTZ SALINAS, alumno del quinto año de Derecho PUC

LUIS ARBULU ALVA, alumno del Tercer año de Derecho de la PUC

FERNANDO PEÑA NEVES, alumno del Tercer año de Derecho de la PUC



Agradecimientos:

**Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú**

ca/co
+

REVISTA DE ESTE AÑO

Facultad de Derecho de la Pontificia

Universidad Católica del Perú

Impreso por:
ECOS Editores e Impresores
Pasaje Santa Rosa 191

CONCURSO MONOGRAFICO

Asociación Jurídica "THEMIS" organiza concurso monográfico

La Asociación Jurídica Themis, consciente de sus fines, y con el deseo de alentar inquietudes por el estudio serio de las ciencias jurídicas, ha organizado un Concurso Monográfico sobre temas jurídicos entre los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Para tal efecto, encargó a los señores Augusto Durand Palacios, Luis Arbulú Alva y Gonzalo Ortiz de Zevallos, la confección de las bases del Concurso, que transcribimos a continuación:

- 1) **Tema:** asunto jurídico en general.
- 2) **Participantes:** alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 3) **Premios a otorgarse:**

1er. Premio: Un Mil Quinientos soles oro (S/. 1,500.00) en libros de Derecho a escoger en la librería Studium.

2do. Premio: Tres libros:

- a) Instituciones de Derecho Procesal Penal. Dr. Domingo García Rada.
- b) Teoría del Estado. Dr. Raúl Ferrero Rebagliati.
- c) Derecho Tributario. Dr. Manuel Belaúnde.

Mención académica: para los tres mejores trabajos dicha mención se considerará para el curso respectivo.

- 4) **Plazo de entrega del trabajo:** 31 de agosto del presente año.
- 5) **Calificación:** la calificación será hecha por un jurado ad-hoc integrado por tres catedráticos de la Facultad.
- 6) El trabajo que obtenga el primer premio será publicado en la Revista "Themis".

NOTAS: a) La recepción de los trabajos se efectuará en la Secretaría de la Facultad.

- b) Los trabajos serán presentados en original y tres copias.

La Asociación Jurídica Thémis deja constancia de su agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, por su colaboración desinteresada en la organización del presente concurso; así como al Centro Federado de Derecho de la P. U. C.

LOS MANDAMIENTOS DEL ABOGADO

- 1º **ESTUDIA.**—El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.
- 2º **PIENSA.**—El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
- 3º **TRABAJA.**—La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.
- 4º **LUCHA.**—Tu deber es luchar por el derecho; el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.
- 5º **SE LEAL.**—Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.
- 6º **TOLERA.**—Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.
- 7º **TEN PACIENCIA.**—El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.
- 8º **TEN FE.**—Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.
- 9º **OLVIDA.**—La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.
- 10º **AMA A TU PROFESION.**—Trata de considerar a la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que sea abogado.

Eduardo J. COUTURE.