

THEMIS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

Año 2

Primer Semestre de 1966

Número 2

SUMARIO

Carta de H. Mazeaud.....	2
Defensa de los Abogados y de la Abogacía <i>por Francesco Carnelutti</i>	3
Sobre la Pena de Muerte <i>por Luis Stucchi Díaz</i>	12
Noción Jurídica de las Reservas <i>por Enrique Elías Laroza</i>	19
Consideraciones Generales acerca de la Naturaleza Jurídica de las Co- operativas <i>por Alfredo García Mesinas</i>	30
Presencia de John Locke en el Derecho Contemporaneo <i>por Fernando de Trazegnies Granda</i>	33
El Principio de la Reserva de la Ley en el Derecho Tributario <i>por Juan L. Castillo</i>	49
El Reconocimiento de los Gobiernos en América Latina <i>por Enrique Gómez Ossio</i>	53
Algunas Observaciones Sobre el Habeas Corpus <i>por Juan Armando Lengua Balbi</i>	56
Documentos - Estatuto de la Abogacía.....	60
Ley de Bases de Ejecución Penal.....	68
Reportaje - El Decano del Colegio de Abogados Opina.....	75
Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos en América Latina <i>por José Luis Gálvez S.</i>	77
Revista de Libros.....	81
Autores en este número.....	86
Guía de Libros	87
Normas para los colaboradores de THEMIS	89
Agradecimientos.....	91

DIRECTORES:

*Luis Arbulú Alva
Domingo García Belaunde
Luis Stucchi Díaz*

CONSEJO DE REDACCION:

*Enrique Gómez Ossio
Jaime Thorne León
Augusto Durand Palacios*

SECRETARIO DE REDACCION:

Jorge Vega Velasco

COLABORADORES ASOCIADOS:

*Baldo Kresalja Rosselló
Miguel Vega Alvear*

DIRECCION: Carabaya N° 1174 — Telf. 80262

LIMA—PERU

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

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

CARTA DE H. MAZEAUD

FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
DE PARIS

Paris 27 avril 1966

A comienzos del presente año, Domingo García Belaúnde, por encargo especial de THEMIS, envió un ejemplar de nuestra revista, al eminente civilista francés profesor Henri Mazeaud. Tal remisión constituía un modesto homenaje que alumnos de Derecho rendían al maestro francés. Henri Mazeaud, con la cordialidad que le es característica, nos escribió una simpática y alentadora misiva, que ahora reproducimos con satisfacción y orgullo.

(Traducción:)
Dr. Javier Kiefer Marchand

Mon cher Monsieur,

J'ai avec plaisir très vivement
été l'agréable envoi de votre revue Themis
et vous félicite de la création de ce
journalisme qui permettra une garantie
et une actualité de s'intéresser aux
problèmes de droit et de sa place au
cours des questions d'actualité.

En vous priant de saluer votre
père de ma part et de lui transmettre
mon plus cordial souvenir, je vous
retrouve, cher Monsieur, l'expression de
mes sentiments très respectueux,

— H. Mazeaud

Henri Mazeaud

Paris, 27 de Abril de 1966

Estimado señor:

Le agradezco mucho el amable envío de su revista Themis, y le felicito por la fundación de esta publicación que permitirá a los juristas y a los estudiantes interesarse a los problemas del derecho y mantenerse al corriente de las cuestiones de actualidad.

Al rogarle quiera saludar a su padre de mi parte y transmitirle mi fiel y cordial recuerdo, le envío, estimado señor, la expresión de mis sentimientos muy agradecidos.

(Fdo.) H. Mazeaud

Defensa de los Abogados y de la Abogacía

por Francesco Carnelutti

En 1951, con motivo de conmemorarse el Cuatricentenario de la Universidad de San Marcos, se celebró en Lima un Congreso de Juristas, al cual fueron invitados eminentes representantes del pensamiento europeo y americano. Así, en las aulas carolinas se escuchó la voz de Henri Mazeud, Luis Jiménez de Asúa, Hugo Alsina, José M. Ots de Capdequí, entre tantos otros. Pero quien por encima de todos destacó con perfiles claros y definidos fue indudablemente Francesco Carnelutti. El fué, quien en nombre de las delegaciones extranjeras, le tocó pronunciar el discurso de despedida, que hoy THEMIS, conciente de su misión, se honra en reproducir. La versión original apareció en la revista MERCURIO PERUANO (Año XXXVII, Vol. XXXIII-Nº 298, Enero de 1952) en pulcra traducción del Dr. Rolando Mantero, que hemos respetado fielmente, excepto, en un pequeño cambio de título, que el lector avezado encontrará, con la lectura del texto, ampliamente justificado.

¿Qué cosa puede decirnos un viejo abogado italiano venido realmente de lejos, de Roma, antigua y querida, que exprese, en nombre de los delegados extranjeros a este Congreso Jurídico, cosa diversa del agradecimiento por la acogida fraternal que vosotros nos habéis dispensado, la cual compensa con largueza cualquier fatiga nuestra?

¿Qué cosa puede decirnos un abogado? Nuestros antiguos resumieron: *age quod agis*, haz lo que sabes hacer. Y ¿qué sabe hacer un abogado? El abogado defiende. Yo pienso que no puede hacer otra cosa que defender. Pero ¿defender a quién? ¿Hay alguien aquí que tenga necesidad de ser defendido? No alguno, todos tienen necesidad.

Si tuviera título este discurso mío, él debería ser: defensa de los abogados y de la abogacía. Defensa de todos nosotros ¿contra quién? Contra todos, contra todos los que nos acusan. Y ¿quiénes nos acusan? Todos; el hombre de la calle, como dicen ustedes, el hombre de la cultura y hasta el hombre de la Iglesia. Todos nos acusan. No hay una profesión, no hay un oficio ni una misión que sea más calumniada que la nuestra. Y no sólo calumniada porque el abogado ofrece su obra en momentos críticos de la vida. Yo he leído sobre el frontón de una casa suiza, lo siguiente: "Señor, haz que en esta casa no entre nunca ni un médico ni un abogado". Hasta cierto punto, se comprende, no es ésta una acusación injusta ni una calumnia.

Pero la necesidad de defendernos comienza cuando la apreciación de la labor del abogado confrontada con la del médico es, en relación, más pesimista.

No precisa la mordacidad de Rabelais, ni la serie de epitetos con los que

los abogados han sido calificados, desde el antiguo tiempo romano.

Un gran abogado italiano, quien ha escrito un libro, ya no moderno pero siempre bello, sobre la abogacía, José Zanardelli, ha recogido el florilegio de todas las injurias de que nosotros hemos sido objeto.

Digo que no precisa la mordacidad de Rabelais, pues hasta la bondad de Alejandro Manzoni, el más grande prosador italiano, ha cedido a una vena de malignidad cuando se ha tratado de pintar al doctor pleitista.

El hombre de la calle, el hombre de la cultura, nos calumnia. Y decía, ni siquiera el hombre de la Iglesia nos ha tratado bien.

Es probable que más de uno de ustedes sepa que una vez surgió una discusión en el tiempo del Papa Benedicto XV, entre médicos y abogados sobre el orden de procedencia de una procesión y que ella fué resuelta por el Pontífice —era un pontífice agudo— respondiendo *precedent latrones, sequantur carnifices* —antes los ladrones, sigan los verdugos— Esto es en realidad una broma, pero existe el himno litúrgico a San Ivo, patrón de los abogados, que contiene una frase que ninguno de nosotros puede olvidar. *Advocatus est non latrores, miranda populo.*

Tenemos razón al decir que debemos defendernos contra la calumnia, la calumnia que serpentea por todas partes. Yo la he sentido serpentear. Excelencia Bomberini, hasta aquí, la otra tarde en Lima, en su casa cuando una gentil amabilísima e inteligente señora me hizo la acostumbrada pregunta, pero ¿cómo usted puede defender a un asesino, cuando sabe que es?... tenía aire de decir: así resulta una especie de cómplice del asesino.

Bien, entonces es necesario defendernos y defender quiere decir comprender, antes que nada. Luego el reconocimiento que yo quisiera ofrecer, en nombre de los delegados extranjeros, a los abogados de Lima, del Perú, es este: buscar la manera de conocernos a nosotros mismos.

Debemos reconocer que la gente de derecho ha hecho hasta ahora poco, demasiado poco para conocerse. La gente de derecho ha evolucionado, particularmente en los últimos tiempos en el campo del derecho procesal, bien, tomen a los procesalistas franceses, a los alemanes o a los italianos. Comprobarán que la figura del abogado ha sido objeto de estudios muy superficiales. En Italia en especial, nos hemos ocupado de definir al adversario del abogado, a aquél que nosotros llamamos el Ministerio-Público, y ustedes designan con el nombre de Fiscal. Hemos hecho sobre el Ministerio Público estudios profundos, pero sobre el abogado cualquier cosa de significado aproximado. En los libros, Chiovenda, por ejemplo, nuestro insigne Chiovenda, grande no solamente por su ingenio y su cultura, sino por la probidad y por el escrúpulo, dedica al defensor, si y no, alguna referencia para decir qué cosa es, considerándolo un representante de la parte. Sobre todo, entendámonos, que estamos tratando, por ahora, del defensor en el campo civil.

El estudio debe empezar, según mi parecer por el campo civil, pero no debe detenerse en él, porque entonces conoceríamos sólo el aspecto menos interesante del defensor.

En el sector civil se dice que el defensor es un representante de la parte. Representante... bella palabra, pa-

labra que usan los juristas y también los filósofos, sin tratar de penetrar dentro de ella. Uno que tiene el lugar de la parte, ello no es verdad, no es exacto: es aproximado.

Si tomamos la palabra representante en sentido jurídico, la definición del defensor como un representante no es exacta; si la tomamos en sentido común o genérico, por lo menos, la definición no es completa.

Confiemos en las palabras, esta vez: abogado (Se acuerda Alsina cuando en Buenos Aires yo dije que de Unamuno —buen pensador, magnífico pensador, había dicho de sí: “yo soy un rompedor de palabras” y esto responde al carácter un poco rudo. Consideré que sustituiría la frase por otra: “yo soy un limpiador de palabras”. No hay que romper las palabras, hay que limpiarlas. Entonces el divino misterio del lenguaje revela sus secretos. Abogado ¿Qué significa? *Vocatus - ad*, —uno que es llamado— ¿porque se llama? Nosotros los juristas decimos, alta palabra que merecería ser acariciada, repulida y que revisaría probablemente el misterio de la vida. Nosotros decimos que lo llama la parte . . . y ¿por qué se llama a alguno y por qué lo llama parte . . . al abogado? ¿Por qué el enfermo llama al médico? Lo llama para ser ayudado. Alguien, la parte en el proceso civil —empezamos a hablar del proceso civil— llama al defensor, *vocatus-ad* lo invoca. Es fácil deducir que el abogado es un asistente de la parte. Esta es la primera definición que yo he tratado de dar, hace muchos años. Pero, es una definición genérica, Se impone penetrar más, es necesario ser más preciso. No podemos contentarnos los juristas con palabras genéricas, debemos

ser trabajadores de precisión. Al decir que el defensor es un asistente hemos empezado a comprender, pero no hemos llevado la indagación hasta donde se debe y es menester.

En el fondo ¿de quién tiene necesidad la parte en el proceso civil? Y, en el mismo campo ¿de qué tiene necesidad? tiene necesidad de hablar con alguien. ¿Con quién? Con el juez: pero para hablar con él debe usar un lenguaje particular, que traduzca un lenguaje común empírico en otro jurídico.

Desde el principio a mí me ha parecido que la ayuda que se pide al abogado, y que éste presta o debiera prestar, es aquélla que responde al concepto también éste profundo, de la interpretación —El abogado, en materia civil, no es un representante. Es un ayudante, un asistente, pero no un tipo de asistente que se especifica en el concepto de intérprete.

Cuando he buscado —laboriosamente, grada por grada, corrigiendo cada día mis errores de ayer, y cometiendo por fuerza otros, porque ninguno de nosotros puede lograr la perfección— tratando de acercarme a la verdad del abogado, siempre en el campo civil, he dicho que él es un intérprete —hay un artículo mío en la Revista de Derecho Procesal —y he querido hallar la figura jurídica del defensor, con miras de encuadrar el concepto específico del intérprete en el concepto genérico de *nuntius* y el de la interpretación en el concepto genérico de la *nuntiatio*.

Los romanos conocieron al *nuntius* solamente en uno de sus aspectos más estrechos, los parangonaron con la *epístula*. El *nuntius* es algo como la carta, vale decir algo que trasmite ma-

terialmente la palabra. Y nosotros estamos habituados a distinguir la figura del *nuntius* de la figura del representante, Por consiguiente, cuando en materia civil, decimos que el abogado es un intérprete, es decir un *nuntius*, empezamos a impresionar el lado característico de la figura. Si fuera un representante sus palabras valdrían lo que las de la parte, pero ustedes saben que las palabras del abogado no comprometen a la parte, como si fueran de ella.

El abogado es un traductor. Un traductor no hace solamente la traducción de la lengua italiana, a la española o de la lengua española o mejor castellana a la italiana. Hay también la traducción del lenguaje común o empírico al lenguaje jurídico.

La figura del defensor, en el campo del proceso civil, es no exclusivamente, pero antes que nada la figura del intérprete o del traductor. La parte tiene necesidad de alguien que hable el lenguaje técnico del derecho, que ella desconoce. En este aspecto yo observé una vez, hay una multiplicación de la actividad de la parte a través de la del defensor.

Y me había detenido aquí. Había intuido —hay una nota en aquél artículo mío, una nota modesta— que diversa debía ser la figura del defensor, en el campo penal. Tenía la sensación de que no se habría conocido al abogado, si del campo civil no se pasaba al penal.

También yo me había detenido en el campo civil, y lo he estado por varios años, y bendigo por esto la bondad del Señor, porque no me hubiera hecho a la materia, de no haber sido primero civilista. Si hubiera resultado discípulo de Ferri, me habría perdido, no ha-

bía logrado la situación de jurista. He llegado a serlo porque la bondad del Señor hizo que en Padua tuviéramos un óptimo profesor de derecho civil y uno pésimo de derecho penal. Y yo, que tenía inclinación por éste, comprendía la necesidad de estudiar primero, y lo hice seriamente. Pero un día, la misma bondad del Señor, que nunca alabaré suficientemente, hizo que el más extraño de los casos me llevara a pasar —soy un jurista vagabundo— del campo del proceso civil al del penal, y entonces he escrito un artículo, que ustedes seguramente conocen, del que ha hablado un jurista español en estos días en el último fascículo de la Revista de Derecho Procesal, Guillén, me parece que se llama.

El artículo tiene por título: “Cenicienta”: La Cenicienta y el Proceso Penal. La hermana prepotente y privilegiada, no es la ciencia del proceso penal sino la del proceso civil, a la cual, no sé en el Perú pero si en Italia, todos prestan los mayores cuidados; lo que importa es el proceso civil. Los mejores magistrados son destinados a él. Cuando el magistrado es mediocre, entonces lo asignan al proceso penal. Porque los hombres están hechos así, ya que ellos no cuidan más que el haber y en el proceso civil se trata de “plata”. En el proceso penal no se decide sino sobre la libertad y es ésta una cosa que interesa menos a los hombres, por cuanto muchos hablan de ella sin saber siquiera lo que la libertad significa.

El proceso civil es el proceso del haber; el proceso penal es el proceso del ser. La fuerza del proceso civil es la propiedad, la fuerza del proceso penal es la libertad. Y ésta no la entendemos en el sentido de ir o no a prisión,

sino en el sentido de la liberación del hombre, de su redención, con la significación del *dominium sui*, como diría el jurisconsulto romano, es decir de ser dueño de si mismo, porque la libertad no consiste en saber hacer aquello que nos gusta, sino en saber hacer aquello que no nos gusta, en saber dominarse. Y la fuerza del proceso penal, si no estuviera como está, en un estado de semibarbarie, serviría verdaderamente no para quitar sino para devolver la libertad al hombre. Ahora es en el proceso penal que la figura del defensor nos muestra su relación con la vida, su carácter porque también ahí el abogado es *vocatus-ad* llamado para ayudar, pero en este campo no es ya ayuda restringida al aspecto técnico. Seguramente no está limitada al campo técnico tampoco en el proceso civil, exclusivamente, pero sí principalmente. En el proceso penal se transfiere al terreno moral; aquí la figura del defensor está profundamente diferenciada, también en su estructura, del defensor o abogado civil. La diferencia está en la mayor separación entre la parte y el defensor. En el proceso civil el cordón umbilical entre la parte y el defensor no se corta nunca.

En el proceso penal si él verdaderamente se eleva a la altura debida, el cordón está cortado. Si queréis la prueba; en el proceso civil no se concibe la defensa del contumaz —me parece que la contumacia se llama rebeldía, aquí— porque donde no existe la parte, no puede intervenir el defensor. En el proceso penal es diferente.

Afortunadamente en Italia se ha resuelto el asunto en debida forma, pues si antes con el antiguo código, no se reconocía la defensa del contumaz, a quien se le imputaba la no compar-

cencia ante el Juez, hoy en cambio la defensa del contumaz se admite, la que no solamente es lícita sino necesaria. Nosotros estamos separando, cada vez más la figura del defensor de la del imputado, al punto de conferir al primero el poder de impugnar la sentencia, independientemente de aquél, en los casos más graves. Lo que quiere decir que el cordón umbilical ha sido cortado.

Y entonces, mientras en el proceso civil el defensor está contra el Juez, al lado de la parte, en el proceso penal no.

Una de las cosas que más estimo —que ustedes pueden encontrar en el primer volumen de mis lecciones sobre el proceso penal— es aquélla que se refiere a la función judicial, consistente en la trinidad de juzgadores. No figura en él solamente el juez que juzga, sino que existen otros dos que lo ayudan en el juzgamiento, siendo también ellos juzgadores, con la diferencia que proponen un juicio, juzgan para inducir y ayudar a otro a juzgar. Observad cuidadosamente el enorme interés y la necesidad de esta trinidad en la que hay algún reflejo de la unidad y de la Trinidad. Si queremos comprenderla debemos mirar en el espejo dice San Pablo, en el espejo del alma humana.

Ahora, qué cosa significa, no qué cosa simboliza, la trinidad de juzgadores. Significa que la verdad no se obtiene sino a través de la duda. Y la duda se halla personificada en los dos opositores, acusador y defensor, cuya función es no solamente la de proponer, sino la de cultivar, de exasperar, la duda.

Traigo un nuevo recuerdo de Miguel de Unamuno, en las primeras pá-

ginas de La Agonía del Cristianismo, hace él una observación de carácter lingüístico al decir que la misma raíz existe en *dubium* y en *duellum*. Esto no lo había yo nunca pensado antes de leer esta página, desatento como soy de la parentela entre la duda y el duelo, pero después no he ejercitado mi profesión en materia penal sin recordarlo.

El juez tiene necesidad de ver que las partes, las dos partes, artificiales, no parte naturales, partes naturales en el proceso civil, partes artificiales en el proceso penal, se combaten para lograr a través del relámpago de la chispa que brota del choque, la verdad divina. Más aún el juez tiene necesidad de ver, y por que no decirlo, de sufrir a las partes, de escandalizarse de las partes, para liberarse de ser parte, porque el juez es super-parte, está sobre la parte, pero ¿cómo hace un hombre que es parte, porque el juez es parte esencialmente, para no ser parte?. Este es el drama del Juez. Por eso el Maestro —él único y verdadero Maestro— ha tratado y resuelto el problema del juicio con dos palabras absurdas, paradójicas, misteriosas, divinas, “no juzgues” y luego, como es necesario juzgar, ha expresado, ésto quiere decir: juzgad como desearías ser juzgados.

¿Y cómo quisiérais ser juzgados? Quisiera ser juzgado no por un hombre, sino por alguien que sea más que hombre, por uno que sepa liberarse de la angustia de su pequeña humanidad, por uno que sepa expoliarse de sus intereses, por uno que sepa curar sus propias pasiones, por uno que sepa dominarse, asimismo, para alcanzar esa cima, que es verdaderamente, la mayor grandeza del hombre.

Aquello lo logran el defensor y el acusado. Estos muestran lo que es la parte, su unilateralidad y su miseria, a fin de que el Juez pueda superarse y ser digno de ser juez. Y entonces, en esta antítesis entre el defensor y el acusador ¿cuál es la misión del abogado? En este caso no es ya un oficio técnico, es un oficio moral. Es un oficio de una nobleza y de una dificultad, seguramente parejas a la dificultad y nobleza del juez. Es el oficio de comprender. Nosotros los italianos tenemos una palabra, magnífica que no existe en otras lenguas neo-latinas.

Capire comprender se traduce al italiano por “capire”. Comprender al hombre... Una vez Ferri me escribió una carta. Yo estaba en el comienzo, pues apenas había preparado mi teoría general del delito que es uno de mis delitos, la escribí para entender algo, no para explicar a los otros. En aquella Ferri expresó “sí, pero el objeto del proceso civil es una relación jurídica y el objeto del proceso penal es el hombre...”.

No hay hombre bueno que no tenga un grano de maldad, no hay hombre malo que no tenga un grano de bondad.

En la Revista de la Universidad de Buenos Aires, Hernán Benítez cuenta una curiosa fábula, cuando el Señor creó al hombre, los ángeles no estuvieron conformes al principio y consideraron que Aquel había cometido una tontería. Delegaron a un serafín, ángel muy inteligente para que pidiera a Dios dejar sin efecto su mandato. El Señor Respondió: “Ah, Yo hago necedades... Y Aquél: No. Majestad Divino, no decimos tal cosa, pero eso de unir una fracción de tiempo a la eternidad nos parece un monstruo me-

tafísico, este ente, qué es mitad bestia y mitad ángel, no puede ser. El señor pensó para sí; el hombre no es asunto para congresos de filosofía el hombre es cuestión de fé en el hombre... ¡Que bellas palabras! Cuestión de fé en el hombre...

Seguramente que si hubieran estado con alguno de aquellos hombres, cuya prisión visité, con el peor de todos, con aquél que ocupaba la celda de castigo por tiempo indefinido, algo de bueno habría encontrado en su alma.

Recuerdo que yo estuve en el Sur de Italia en Calabria, a defender a dos hermanos a quienes se imputaba la comisión de un gravísimo doble homicidio. Uno cargado de hijos, era sindicado como autor intelectual, al otro sin prole, ejecutor material, confeso. El primero negaba, el segundo no. Aquéi era de cara torva, un magnífico tipo de calabrés, que hubiera podido ser un héroe en el campo de batalla, pero que allí no parecía otra cosa que un facineroso. Todos, inclusive mis colegas estaban de acuerdo en que nada había que hacer. Bien, cuando llegué para hablar con ellos, ese hombre, que era la imagen de la ferocidad, sólo tuvo una palabra para mí: Abogado, no se ocupe de mí, sino de mi hermano, a él sálvelo, yo no importo, soy hombre acabado. Yo he matado y debo ser castigado pues merezco la pena perpétua. El internamiento dicen aquí. Su único pensamiento su único sentimiento, era el bien del hombre a quien amaba. Y ésta era la partícula de bien que había en esa alma que precisaba comprender y que era necesario hacer comprender.

Habrían pensado ustedes, abogados peruanos, que el juez tiene una tarea muy difícil, que es la de comprender.

Pero cuando ha comprendido, su labor ha terminado. En cambio nosotros los abogados, al comprender no hemos concluído, empezamos. No tenemos una sino dos tareas; no solo comprender sino además hacer comprender. Si hemos comprendido ¿qué se trata de hacer? Surge aquí la precisa, propia y verdadera definición del abogado ¿Se trata de qué? Se requiere tender un puente entre el que debe juzgar y quién debe ser juzgado. (La definición es de San Pablo).

Entonces ¿es notable si o no, es grande, si o no, es misteriosa, si o no, es calumniada, si o no, nuestra profesión?

Yo afirmé: se trata de construir un puente; nuestra función es la de mediación, aquella que nos elogia, nos ennoblece y nos afina. Debemos ser, por ella, contemporáneamente, lo uno y lo otro, porque nosotros no podemos hacer comprender sino buscando de comprender no solo a aquél que queremos hacer comprender, sino también a aquél que debe comprender. El juez puede o no tener necesidad de comprender al defensor, pero éste si tiene necesidad de comprender al Juez, no sólo al juzgable sino también al juez y sólo si comprende al uno y al otro puede construir aquel puente que permite la comunicación entre dos almas.

Este es nuestro oficio, frente al cual la ayuda técnica, el intérprete, el asistente técnico del proceso civil, resulta un pobre personaje. Y frente a esto, también se comprende la nobleza del proceso penal y la función de la elocuencia que ha sido siempre la voz del defensor penal, sin la cual éste no puede ejercitar su oficio. Pero entendámonos, es necesario saber qué quiere decir la elocuencia. Ella no significa

hablar, al contrario excusen la paradoja, la elocuencia significa callar, saber callar. La virtud del discurso no está en las palabras, sino en las pausas. Maeterlinck, que no es filósofo, pero ha tenido intuiciones de artista, ha dicho que las palabras no tienen valor sino por el silencio en que están sumergidas; y es solamente en estos silencios que el verdadero orador sabe emplear, que ocurren aquellos contactos entre las almas, los que deberían ser medio necesario para el proceso penal.

En el caso del doble homicidio cometido en Calabria, que he referido, en cierto momento, agotada la defensa del hermano reticente, defensa afortunadamente victoriosa, me dirigí a él que estaba enjaulado como una fiera (y decimos que el proceso penal es civil, es decir signo de civilización) y le dije... Ahora vengo a tí para defenderte, aunque tú no lo quieras. (Había que ver a aquel hombre, cómo me miraba). Y te defiendo porque te amo, y era verdad; te defiendo porque eres mi hermano, te defiendo porque soy un pecador como tú. Todo dicho sin propósito o artificio retórico alguno. ¡Era de verse esta vez el rayo de sol que se posó sobre la frente de aquel hombre, al oír que otro hombre lo trataba de hermano. ¡Había un silencio de tragedia en aquella sala!

El abogado es así, de lo contrario, no es digno de serlo. Su oficio es comprender y hacer comprender, de sentirse igual al justiciable, de alentarlo, de sentirse hermano de él de no sentirse superior a él. Escuchad, si os presentáis al delincuente con aire de fariseo, no haréis nada por él ni por vosotros ni por su alma ni por la vuestra. Es necesario que os hagáis, según el

episodio evangélico, al alma del publicano. Precisa que al presentaros a él digáis que no sois un ente diverso de él, solo la fortuna que hasta ahora me ha acompañado me distingue, no mi mérito; puede existir en aquella alma, malgrado su delito, tesoros de bondad, que en la mía no los hay. He ahí la forma como vosotros os presentaréis a él y así veréis cómo las puertas de su alma empezarán a abrirse. Esto y no drogas, hablaremos de ellas mañana en la Comisión —las drogas, esto y no exámenes médico-psicológicos, esto y no certificados del médico. Dios lo perdone, del psicólogo experimental; aquello y no otra cosa, aquello y no cosa diversa...

El modo por el cual nosotros podemos penetrar en las almas es la humildad. Debemos sentirnos iguales a él. Solo a través de esto es que nosotros lograremos realizar nuestra tarea, y todas las veces en que hayamos podido establecer la comunicación entre el alma del imputado y la del juez, habremos alcanzado verdaderamente aquella felicidad, de la que habla el señor Decano. ¡Ah son momentos felices aquellos en que vemos cumplido nuestro deber! Cuando constatamos que hemos podido abrir esta alma encerrada en sí misma, cuando hemos logrado hacer penetrar un rayo de luz y de bondad. Entonces el proceso penal podrá alcanzar las cimas de las cuales está aún tan lejos, y recuerden, que para ello son necesarios los abogados.

He ahí la respuesta para aquella señora que la otra tarde me dijo como podía yo defender a un asesino, la respuesta, lástima que no esté aquí, bien espero que alguno de ustedes se la contará, como podía yo defenderlo, dijo sabiéndolo asesino... Pero, ¿qué

cosa sé? Es verdad, dijo que había matado y ¿por esto? Haber matado es el daño, no el delito. El delito es interior, el delito está en el espíritu y aún más, que sabe él de su espíritu? Mi asesino calabrés no sabía el bien que poseía en el alma, amaba sin darse cuenta que amaba, sin advertir, que ésta era la simiente de su redención. Un hombre tiene siempre necesidad de otro hombre que lo comprenda y en especial que lo pueda salvar de la desesperación.

Ustedes saben que la sabiduría de la Iglesia dice que "si Judas está en el infierno", si Judas está en el infierno, porque no hay sobre ello ninguna seguridad. Ni siquiera los teólogos lo saben. Si Judas está en el infierno, no será por haber traicionado a Jesús sino por haber desesperado de la bondad de Dios.

Lo que nosotros debemos infundir en estas almas es la esperanza y el sentido del bien. Comprendan que la nuestra es una misión, no se trata de un oficio. El abogado civil ganará dinero pero es poca cosa en relación con el abogado penal, si éste atiende su función.

Y si yo he logrado comprenderlo, haciéndolo comprender, porque... es curioso el espíritu humano, creemos que para hacer comprender es necesario comprender. Pero la verdad es

que para comprender precisa hacer comprender. Y esto no es un juego de palabras; yo, todas las veces que entro en un aula para dictar lección siempre sé algo menos que cuando salgo, al terminar ¿y por qué? Porque el esfuerzo del hacer comprender me facilita el entendimiento de comprender más de lo que sabía antes. Este esfuerzo está demás ahí es cuestión de mérito, quien sabe si de mérito mío o de aquellos que me escuchan, quien lo sabe. ¿Qué sabemos nosotros de esta maravilla del pensamiento? Recordé el otro día para justificar la conversación sostenida con Ascarello, que Holderlin había dicho: nosotros los hombres somos un diálogo.

Me figuro que si pudiera disponer de una máquina que cogiera las radiaciones del espíritu se verían hilos tensos entre cada uno de ustedes y yo y por estos hilos quien sabe si alguna cosa correría de mí a ustedes o si alguna cosa recorriera de ustedes a mí, quien lo sabe...

Ciertamente que después de haberles hablado y de haber visto sus fisonomías pendientes, tal vez un poco conmovidas, al pensar sobre lo que es vuestro oficio, yo he comprendido un poco mejor algo que no sabía lo que es el abogado y por aquéllo les agradezco.

Sobre la Pena de Muerte

Por: *Luis Stucchi Díaz*

“YO TAMBIEN PIDO QUE SE SUPRIMA LA PENA DE MUERTE, PERO... PRIMERO SUPRIMANLA USTEDES SEÑORES ASESINOS. “¿QUIEN TE HA DADO VERDUGO ESE PODER SOBRE MI?”

Dos exclamaciones llenas de angustia que han conformado desde tiempos de Beccaria los argumentos a favor y en contra de la pena capital.

El problema de la Pena de Muerte no se ha resuelto ni intenta hacerlo dentro de límites puramente académicos; siempre se nos ocurre pensar que ya se ha dicho lo suficiente y todo lo que habría de decirse sobre esta complejísima controversia que Beccaria había suscitado de manera espectacular en la segunda mitad del siglo XVIII: La pena de muerte está en contradicción con el Contrato Social, porque la vida es un bien jurídicamente irrenunciable. (1) No obstante, esta primera proclamación abolicionista, el derecho Penal autoritario de la época intermedia a las dos guerras mundiales agudizó profundamente el problema, al propugnar la aplicación de esta pena.

Al concluir la guerra mundial número 2 las tendencias humanistas de la época y los intentos denodados por proteger los derechos del hombre y el respeto por la dignidad humana engendran automáticamente un recrudecimiento del movimiento abolicionista.

La controversia en estos últimos 20 años se ha vuelto a plantear y a poner de actualidad y ésta se extiende a las tres clases de problemas que plantea: a) En qué casos y cómo puede ser pronunciada o ejecutada la sentencia de muerte? b) En los países abolicionistas ¿cuál debe ser el régimen de la pena que la substituya y c) Los problemas relativos al efecto de la intimidación de la pena de muerte; las razones por las cuales se le mantiene o es abolida y a las posiciones que se adoptan al respecto. Nosotros nos ocuparemos in extenso del tercer problema, lei motive, de la reactualización de la polémica sobre la pena de muerte en el Perú.

En realidad esta polémica no es nueva en el Perú. En el año 1858 tomó un cariz nacional; se podría decir que el País entero tomó bandera partidaria y se alineó detrás de notables hombres públicos de entonces; ésta fue la antesala para la restauración de la pena de muerte en la Carta de 1860. Anteriormente, en 1856, en el debate por la supresión de la misma, José Gálvez impugnándola en un brillante y profundo discurso “La sociedad no tiene el derecho de matar” inclinó la votación a favor de la tendencia abolicionista sancionándola de esta manera la Constitución de 1836.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PENA CAPITAL

a) El más conocido y contundente a

la vez es el de la INTIMIDACION, y al producirse ésta se protege sin lugar a duda a la sociedad que siempre está en peligro de que un individuo no ejecutado que luego pueda evadirse o ser liberado reincida en su delito. Igualmente se invoca el derecho del Estado a defenderse. Muchos hablan de la legítima defensa y algunos incluso consideran que la pena de muerte es una necesidad y que el poder público representa a Dios sobre la tierra. Dentro de una concepción supraindividualista del Estado en la que el Derecho Penal tiende no a la defensa de la sociedad sino a la del Estado mismo considerado como un organismo, este argumento es incontestable, pues el delincuente, amenazado con la pena de muerte, es en primera línea el enemigo apasionado del Estado, frente al cual la intimidación debe constituir la función más importante del poder penal del Estado (2).

b) Para los delitos más graves, la pena capital es la única justa o la única capaz de borrar un delito imperdonable. Hay quienes añaden que aún suponiendo que se pueda poner en duda filosóficamente la legitimidad de la pena de muerte, esta pena es una necesidad política, ya que con ello se protege no sólo a la sociedad sino al orden social. Esta pena constituye la única manera de eliminar totalmente al delincuente, constituyendo por esto una necesidad, por lo menos provisional cuando el orden público está en peligro debido a ciertas formas especialmente peligrosas de delincuencia. Estos argumentos se basan en la observación y estudio

de la peligrosidad y la no recuperabilidad de ciertos delincuentes convirtiéndose la pena capital en la medida de seguridad más extrema.

Así justifican algunos la supresión por la pena máxima de los llamados "mounstruos sociales" tan familiares en las páginas de los periódicos. Esta idea, de carácter utilitario está a veces vinculada a la idea de que el Estado tiene el deber de imponer, de manera inflexible, normas de conducta social.

c) Muy parecido es el concepto basado en lo que se llama el realismo de la lucha contra la delincuencia. Se trata acá de proporcionar un arma específicamente poderosa contra los delincuentes o los individuos peligrosos. Con este fundamento, hay quienes consideran que las garantías de los bienes jurídicamente protegidos exige la pena capital.

d) Con singular énfasis se sostiene también que la opinión pública sigue siendo partidaria de la pena de muerte. La población en general, los padres de familia, los funcionarios de policía o de administración penitenciaria en épocas de alarma social creen firmemente en su eficacia.

En Oriente Medio, igual que en Africa, se admite en principio el efecto de intimidación de la pena de muerte y muchos consideran que aunque fuese discutible conviene no ponerlo en tela de juicio o por razones de seguridad pública incitar a que no se crea en él. (3)

d) También se sostiene que debe mantenerse porque es imposible encontrar una pena de sustitución; el encarcelamiento, aunque sea por largo tiempo, es según ellos moralmente insuficiente y además está falseado por la práctica de las liberaciones condicionales. I si fuese verdaderamente perpetuo sería más cruel que la privación de la vida y se sostiene que esa prisión perpetua no lo mueve al arrepentimiento porque no le deja ninguna esperanza contrariamente a lo que le pasa al que tiene la amenaza del castigo supremo. I a esto, agregan varios utilitaristas radicales de algunos países que la ejecución del condenado evita gastos al Estado y de una manera indirecta al contribuyente que no tiene porque pagar para que se mantenga a perpetuidad o durante largo tiempo a delincuentes, enemigos de la sociedad. I por último se dice que la ejecución evita determinadas reacciones populares que sería previsible en casos graves, verbigracia, un linchamiento, cuando el delincuente es capturado por una turba enfurecida y sobreexcitada que no tiene fé en la severidad de la condena.

Frente a estos argumentos en favor de la aplicación de la pena de muerte, otros sostienen la tesis ABOLICIONISTA, cuyas razones también son múltiples:

a) La primera viene a ser una consecuencia del carácter sagrado de la vida humana. Si les está prohibido a los ciudadanos dar muerte voluntaria a otros, el Estado debe dar el ejemplo y a él incumbe primera-

mente asegurar y garantizar el respeto de la vida humana. Algunos llegan hasta afirmar que la ejecución de una sentencia de muerte es como una automutilación del Estado, que tiene derecho a defenderse y a ordenar, pero no a suprimir al ciudadano y este hecho, lejos de borrar el crimen, lo repite.

b) Se arguye también que la pena de muerte no se justifica sino desde el punto de vista de la venganza colectiva, de la expiación o de la retribución absoluta. Se recuerda en esta posición que el pensamiento moderno tiende a no dar a la pena sino un fin puramente represivo; y la represión se puede lograr por otros medios que no sea la supresión de la vida. Desde esta misma perspectiva se señala que ya ha pasado la etapa de la ley del talión y la ejecución aparece como una especie de asesinato judicial o legal y que la existencia de la pena de muerte envilece la justicia. Desde años atrás, tanto en América como en Europa, se insiste mucho en que la sola existencia de la pena capital en el arsenal de las penas convierte en una farsa el proceso penal que adquiere así visos de una tragicomedia siniestra y que los tratados más recientes de Sociología y Psicología judicial demuestran la extrema relatividad de las condenas capitales.

c) Se sostiene asimismo, que la pena de muerte se basa en una especie de metafísica de la libertad humana; mientras que las ciencias del hombre demuestran que en la mayoría de los casos la libertad del delincuente no es completa. La justicia absoluta, es pues una ilu-

sión y la expiación total, una ficción. Por otra parte ¿cómo una justicia humana puede evaluar en lo absoluto una responsabilidad individual? En realidad el condenado paga por los demás y para constituir un ejemplo, en cuyo caso el castigo carece de base moral.

- d) Además, se agrega, la pena de muerte carece del efecto de intimidación que se le atribuye y se recuerda que las estadísticas de la delincuencia proporcionadas por organismos internacionales, demuestran incluso que su supresión no acarrea el aumento de los delitos, lo cual le hace perder su justificación esencial y tradicional.
- e) Por otra parte se sostiene que esta pena es un signo de crueldad y de inhumanidad, precisamente de una civilización que pretende llamarse "humanista", puesto que los médicos comprueban que los procedimientos más perfeccionados, llámese horca, cámara de gas, silla eléctrica etc. no sólo no aseguran una muerte instantánea y sin dolor sino que sobre todo es irrevocable.

De otro lado, la pena de muerte es injusta porque no sólo castiga al criminal sino que la infamia es mucho mayor y cubre a toda la familia. Se reconoce también que la curiosidad que despiertan las ejecuciones es malsana y se advierte continuamente que esta pena puede tener un efecto criminógeno, especialmente entre los anormales a quienes muchas veces se les aplica, pese a todas las precauciones que se toman en los peritajes mé-

dicos. Y finalmente, se dice que su aplicación es desigual desde el punto de vista social o racial ya que los individuos que carecen de medios económicos para una mejor defensa y los pertenecientes a las clases menospreciadas, estarán más cerca del cadalso.

Expuestas las dos posiciones encontradas sobre la pena de muerte, veamos ahora, CUAL ES LA POSICION DE LOS ESPECIALISTAS.

- a) Se advierte que entre las autoridades en materia de la ciencia penal están en mayor número los partidarios de la abolición de la pena de muerte que los de su mantenimiento. La gran mayoría de los especialistas de las ciencias del hombre, como los sociólogos, penalistas, psicólogos, médicos, criminólogos etc. son abolicionistas. Los partidarios de la pena de muerte, aparte de ciertos políticos, gobernantes o altos funcionarios públicos, suelen ser juristas de formación tradicional o jueces.

En épocas de alarma social debido al progreso geométrico de ciertas formas delictivas, la opinión pública tiende a olvidarse de los prejuicios humanitarios para pedir y exigir con algunos especialistas que se aplique la pena máxima.

- b) En la actitud de los "mortícolas" es interesante señalar dos observaciones: en primer lugar, no piden por lo general que se les extienda a nuevos delitos. Admiten solamente que ciertos delitos, particularmente odiosos o que representen un peli-

gro de proporciones para la sociedad, deben ser castigados con la pena de muerte, que en definitiva no se justifica sino por su carácter excepcional y debido a ciertas circunstancias.

- c) Algunos especialistas son partidarios de una abolición parcial; el ejemplo concreto es Austria, país abolicionista, donde sin embargo sigue siendo posible la aplicación de la pena de muerte en caso de proclamación del estado de urgencia.

Hay especialistas que repiten, en formas nuevas, la idea del propio Baccaria, que partidario resuelto de la abolición, admitía sin embargo, la posibilidad de la pena de muerte en circunstancias excepcionales y por tiempo limitado. (4) Con este planteamiento coincidiría el del destacado penalista peruano Dr. Mimbela de los Santos, quien alineándose con los abolicionistas, propugna sin embargo la aplicación de la pena de muerte en los casos señalados por la ley y durante 10 años consecutivos, como instrumento último para detener la ola incontenible de determinados delitos. De hecho está reconociendo el estado de emergencia que atravieza el País debido a la producción continua de nuevos brotes delictivos.

I refuerza esta posición, la que sostienen las mayor parte de los especialistas de que la abolición total e incondicional es una ilusión o una utopía; en el plano de la sociología de los hechos la instauración y aplicación temporal de la pena de muerte es en algunos casos inevitable.

La aparición en la primera mitad del siglo XX de una corriente de derecho penal autoritario, como señalamos anteriormente, contraponen el máximo castigo al lento movimiento de abolición progresiva que se advertía casi en el mundo entero. Desde entonces, por diversas circunstancias, la pena de muerte reaparecerá de manera más o menos duradera en países donde había sido suprimida y en otros se ha extendido nuevamente. En el Perú, la Constitución de 1860 la restablece por considerarla necesaria desde el punto de vista del Derecho Penal y de las exigencias del País. El Diputado José Silva Santisteban en un sustantivo estudio jurídico, no obstante que reconoce que constituye una garantía para la vida humana, al aplicarse al homicidio calificado, la atacó por considerarla injusta. Antonio Arenas, también de la Constituyente de 1860 defendió la pena de muerte en forma brillante; la subsistencia de este castigo supremo para él, es absolutamente necesario, porque lejos de toda cuestión de escuela la consideraba necesaria para el País.

Fué en ese entonces, Francisco de Paula Gonzales Vigil el más ardoroso abolicionista de la pena capital; en 1858 escribió su famoso "Opúsculo sobre la pena de muerte". Al frente le salió Bartolomé Herrera, ilustre partidario de la aplicación de la pena de muerte. Herrera recuerda en esa ocasión que el derecho de imponer penas es uno de los derechos esenciales del poder soberano, cuyo origen último es Dios. Ninguna otra pue-

de reemplazarla con éxito en el estado actual con tal que llene su verdadero objetivo.

Posteriormente se han dado otras Constituciones hasta que llegamos a la vigente de 1933 en las que se considera la pena de muerte. El Parlamento Nacional ha dictado las leyes Nos. 10976 y 12341 estableciendo la pena de muerte para sancionar los delitos que en las indicadas leyes se enumeran.

Se puede concluir que hoy en día la pena de muerte sólo excepcionalmente tiene carácter obligatorio, caso de muchos países, y que por lo general sólo conserva este carácter en los casos más graves de asesinato o de atentado contra la seguridad exterior o la integridad del Estado como sucede en nuestro sistema positivo en que las disposiciones complementarias del Código Penal, Arts. 151, 152, 289 y 290 son tajantes y no dan lugar y no deben dar lugar a una alternativa "humanista" de parte de los jueces, algunos de los cuales, a guisa de aparecer como católicos ultramontanos, olvidan que la ley que sanciona la pena de muerte en el Perú no es facultativa sino que debe ser irrefragablemente cumplida para no burlar el espíritu de la misma ni la confianza y sensibilidad social de la colectividad ante la proliferación de graves delitos. San Agustín y Santo Tomás, grandes filósofos de la Cristiandad, en su momento, se pronunciaron por la pena de muerte.

Es oportuno recordar aquí también algunas de las expresiones

vertidas por el Presidente de la Corte Suprema de la República al clausurar el año judicial de 1965": "Apliquemos, pues, señores jueces, la ley con toda entereza. Seamos miembros de un Poder Judicial, capaz de levantar la ley a la altura de los ideales del legislador".

Indudablemente que la invocación del Presidente de la Corte Suprema exhortando a los jueces a que no tengan resquemor alguno en imponer la pena de muerte en los casos en que la ley así lo establezca, ha sido respaldada plenamente por la sociedad, actualmente atemorizada por el renacimiento de formas execrables del delito y por la poca severidad en la aplicación de las penas, producto de una renuencia a la drasticidad que debilita en muchos casos la confianza depositada en los magistrados de justicia.

El problema de la pena de muerte, creemos, ya no puede encararse desde un sólo punto de vista, en cierta manera filosófico, religioso, ético etc., sino que conviene también examinar lo que está sucediendo en la realidad de cada País. Las estadísticas que nos informan acerca de la esterilidad de la aplicación de la pena de muerte porque no disminuye la proporción de los delitos se les debe considerar incompletas y con ciertas reticencias. Estas respuestas dadas por los gobiernos para la confección de estadísticas son inevitablemente desiguales y no insisten sobre los mismos aspectos de la cuestión, porque el punto de vista nacional es diferente en to-

dos los países y esto se advierte aún con mayor fuerza en las respuestas individuales de los corresponsales o de los organismos no gubernamentales. Y en esta materia tal vez más que en cualquier otra, entra en juego la diferencia de las instituciones y de las tradiciones nacionales, presentándose además otros inconvenientes que provienen de que es difícil comparar entre sí datos estadísticos en un plano verdaderamente internacional.

POSICION DE LA IGLESIA

La Iglesia, aunque parezca extraño, dada su doctrina de amor, caridad, paz

y perdón, siguiendo las enseñanzas de San Agustín y Sto. Tomás y amparándose en el conocido símil del miembro enfermo que hay que amputar para la conservación del organismo, por boca de la gran generalidad de sus teólogos, siempre estuvo en favor del mantenimiento de la pena capital y aún recurrió a ella en ciertas épocas, para la represión de los crímenes canónicos más graves, aunque sin aplicarla jamás por sus tribunales.

- (1) Beccaria César "Dei delitti e delle pene" cap. XXVIII.
- (2) Exposición de motivos del Nuevo Código Penal Italiano de 1,930.
- (3) Informe de las Naciones Unidas sobre la Pena Capital, 1962.
- (4) Beccaria ... ob. cit. cap XXVIII p. 105.

NOCION JURIDICA DE LAS RESERVAS

por Enrique Elías Laroza.

Las Reservas juegan un rol de capital importancia en la vida las Sociedades Anónimas. Es más, de su correcta constitución depende en gran parte el que la marcha de una Compañía se mantenga dentro de un cauce de seguridad, o que, en caso contrario, se vea constantemente expuesta a los graves problemas que provoca la falta de previsión. Su estudio nos plantea como primer problema el de su correcta denominación. Profanos y técnicos han contribuido con el devenir del tiempo a dar al concepto "Reserva" las más diversas acepciones. Ello da origen a que en los Balances se observen las más variadas cuentas con tal denominación, tanto en el Activo, como en el Pasivo.

¿Qué es propiamente una Reserva? Interesa fundamentalmente que el vocablo sea empleado en su correcta significación, para evitar el caos actual que acerca del particular existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal virtud, ello es lo que tratamos de lograr mediante el análisis de su definición, de su modo de formación, de sus caracteres esenciales; y mediante su diferenciación con los conceptos de Amortización, Provisión, Fondo y otros con los cuales a menudo se le confunde.

DEFINICION

Vivante (1) define las Reservas como "una determinada suma de valores patrimoniales activos excluidos de la distribución con el objeto de procurar al establecimiento una mayor solidez y seguridad económica".

Ripert (2) afirma que "la parte de beneficios que no se distribuye a los accionistas, queda formando parte del Activo social, y constituye, dentro del mismo, una Reserva".

Gay de Montellá (3), por su parte, opina que "las Reservas significan los beneficios que la Sociedad no distribuye y que retiene para hacer frente a las pérdidas eventuales y a gastos imprevistos, o bien para asegurar una uniformidad en la distribución de los dividendos. Así mismo, las Reservas constituyen un crédito de los accionistas contra la Sociedad, porque son producto de los beneficios de los cuales dispone la Sociedad para la marcha de la empresa".

Dernburg (4) sostiene que "la Reserva es aquella parte del patrimonio social que, no constituyendo el capital de fundación, no debe repartirse entre los accionistas".

Garrigues (5): "las Reservas representan siempre un aumento del activo

de la Sociedad. Dos posibilidades caben en este punto; o bien el aumento existe ya bajo la forma de beneficio obtenido, que se excluye del reparto: *se reserva*; o bien el aumento no existe, pero se quiere que exista en el futuro”.

Roy B. Kester (6) expresa que “el segundo destino que al superávit puede atribuírse (siendo el primero la distribución entre los accionistas) consiste en reservarlos para fines expresos, por medio de la constitución de las reservas correspondientes”.

Paton (7) afirma por su parte que “cualquier porción del superávit excedente de las necesidades de la operación de una empresa en marcha, participa de la naturaleza de una Reserva y, desde el punto de vista de la ley, el patrimonio que excede del capital social legal, constituye una Reserva; es decir, una retención de activos netos. Pero solamente se acostumbra llamar Reservas a aquellas porciones del patrimonio que reflejan algún propósito definitivamente concebido para el cual se afirma que es necesario hacer una Reserva patrimonial”

De todas las definiciones anteriormente consignadas podemos deducir que los tratadistas coinciden casi en forma unánime en el concepto de Reservas propiamente dichas, el que podemos plasmar en la definición siguiente: *se entiende bajo el nombre de Reservas los beneficios no distribuídos, de cualesquier clase que éstos sean, y que se afectan a un fin futuro determinado, proporcionando a la empresa una mayor solidez económica.*

Cabe efectuar un reparo en especial a las definiciones de Ripert y de Dernburg, las que son demasiado amplias: las reservas no son *todos* los beneficios

excluídos de la distribución entre los accionistas. Existe una diferencia substancial entre el concepto de Reserva y el de “Utilidades No Repartidas”, que demostraremos en su oportunidad.

Así mismo, creemos que la definición de Garrigues adolece del defecto de consignar como Reservas las que se intenta crear con beneficios futuros. En este caso consideramos que solamente puede hablarse de *proyectos* de Reservas.

CARACTERES ESENCIALES DE LAS RESERVAS

Para que pueda afirmarse que ha existido creación de Reservas, deben verificarse las circunstancias siguientes:

- 1.— Que se haya producido *un aumento del haber social* y que el mismo *no* se haya verificado por aumento del *capital* social

Es evidente que la separación de una parte de los beneficios de una empresa con el objeto de afectarlos a un fin de determinada previsión, constituye un aumento del haber social de naturaleza distinta a un aumento de capital.

Esta característica de las Reservas nos permite diferenciarlas de Cuentas a las que erróneamente se califica como tales en la práctica y que en realidad no constituyen en forma alguna un aumento del haber social. Así por ejemplo, las mal llamadas “Reservas Para Amortizaciones”, y las “Reservas Para Castigos” que no significan un genuino aumento de patrimonio, pues son meras Cuentas de regularización cuyos montos podrían deducirse direc-

tamente en el Activo y que se colocan en el Pasivo bajo el impropio nombre de Reservas simplemente por razones de práctica contable, como veremos más adelante.

- 2.—El aumento del haber social debe producirse necesariamente *EN FAVOR DE LOS ACCIONISTAS* de la empresa, y debe provenir de las utilidades de la misma.

Este requisito diferencia a las verdaderas Reservas de Cuentas tales como las equivocadamente calificadas "Reservas Para Leyes Sociales". En efecto, estas últimas se forman en realidad con fondos destinados a satisfacer una obligación de la empresa, y en ninguna forma favorecen a los accionistas de ésta. Así mismo, tratándose de una obligación ya devengada, no puede calificarse de utilidad al fondo destinado a satisfacerla.

- 3.—Las Reservas deben afectarse necesariamente *A UN FIN DETERMINADO*. Como lo demostraremos más adelante, no basta el hecho de que existan beneficios no distribuidos al final de un ejercicio económico para que se repunte la formación de una Reserva. El superávit no distribuido es un fondo yacente. Precisa de la decisión expresa del organismo social señalado para el efecto por los Estatutos Sociales, que lo destine a un fin determinado, para que se convierta en Reservas propiamente dichas.

- 4.—Pueden formarse *CON CUALQUIER TIPO DE UTILI-*

DADES de la empresa. No es requisito esencial que las Reservas se constituyan únicamente con las utilidades normales de la empresa, o sea aquellas provenientes de su giro social. La doctrina en general admite que pueden crearse Reservas tanto con dichas utilidades normales como con todo otro tipo de beneficios, inclusive ganancias de capital.

- 5.—Las Reservas forman parte de la masa general del Activo, pero son expresados por el Pasivo.

Las Reservas son en realidad el importe de los beneficios incorporados al Activo y acrecientan el haber social, pero en general no están individualizados los bienes que allí las representan, salvo casos de excepción en que se inmoviliza parte del Activo para resguardo de una o más Reservas. En consecuencia, debemos encontrar su expresión en el Pasivo para localizarlas en el Balance.

- 6.—Las Reservas se constituyen para *UN FIN FUTURO*.

No se concibe la formación de Reservas para atender obligaciones inmediatas o ya devengadas. En el concepto mismo de Reserva está implícito su carácter de previsión, o sea de finalidad ulterior, de conservación para algún momento futuro, sea éste determinado o no.

FORMACION DE RESERVAS

- A) *Organismo Social a quien incumbe la decisión.*

Tanto por razones de interés inmediato como por motivos de ser los principales beneficiarios con el desarrollo de la Sociedad, podemos comprender hasta qué punto es de particular incumbencia de los accionistas todo cuanto concierna al reparto de utilidades. En efecto, no hay persona más indicada que el accionista para determinar hasta qué punto deben repartirse las utilidades, para satisfacer sus necesidades inmediatas, o destinarse a la formación de Reservas que proporcionen una mayor estabilidad a la empresa para su desarrollo futuro.

En consecuencia, es inobjetable y universalmente admitido que a la Junta General de Accionistas corresponde la atribución y el derecho de determinar la formación de las Reservas y el monto de las mismas; salvo el único caso de que la Ley imponga a la Sociedad la obligación de destinar parte de sus beneficios a la constitución de Reservas Legales.

Aún en el caso de las llamadas "Reservas Estatutarias", o sea las específicamente previstas en los Estatutos Sociales, la Junta General de Accionistas, organismo supremo de la Sociedad, tiene el derecho de variar el monto pre-establecido e inclusive de suprimirlas en tal o cual ejercicio económico, o de dejarlas totalmente sin efecto; es claro que para ello se requerirá previamente una modificación de Estatutos. Lo mismo puede decirse de los casos en que se faculta al Directorio de la empresa para que proceda a la fijación de las Reservas; la Junta General de Accionistas, al aprobar

el Balance Anual, e inclusive en sesión extraordinaria, puede sin dificultad revocar lo establecido por el Directorio.

B) *¿De dónde proviene las Reservas?*

Hemos afirmado anteriormente que las Reservas pueden provenir únicamente de las utilidades de la empresa, o sea del beneficio obtenido en las operaciones propias de su giro a través de uno o más ejercicios económicos. Así mismo, pueden formarse con beneficios obtenidos por la empresa aún en el ejercicio de actividades ajenas a su giro social, comunmente denominados superávits extraordinarios o ganancias de capital. Ello es concluyente. Las verdaderas Reservas no pueden provenir de otras fuentes, sin que ello signifique una modificación de su concepto esencial.

C) *Amplitud del Derecho de la Junta General de Accionistas por constituir Reservas.*

Es evidente que la exagerada formación de Reservas puede afectar los intereses de los accionistas que deseen cobrar un dividendo más elevado, e inclusive puede conducir a que éstos no perciban dividendos durante uno o más ejercicios económicos.

Al respecto, Ripert (8) afirma: "La asamblea general tiene el derecho de no distribuir todos los beneficios, pero su decisión debe estar inspirada por justos motivos. La mayoría no podría, de manera arbitraria, privar indefinidamente a la minoría de toda distribución.

derecho a una parte de los beneficios es un derecho individual del accionista. Puede, pues, interponerse en los tribunales un recurso contra la decisión de la asamblea. La Reserva constituida debe estar justificada por el estado de la empresa y no puede tener como finalidad la acumulación de beneficios no distribuidos.

Vemos pues que la percepción de dividendos constituye jurídicamente un derecho individual del accionista, que no puede ser arbitrariamente violado, como en la práctica ocurre con frecuencia. Nuestro Código de Comercio al dejar la más amplia libertad a la Junta General de Accionistas en lo relativo a la constitución de Reservas voluntarias, contribuye en gran parte a mantener esta situación de hecho.

Las Reservas deben constituirse con un motivo valedero y que responda a una real necesidad de la empresa. En caso de que ello no pudiera probarse, la Junta General de Accionistas no podrá estar facultada para constituir Reservas, y la Ley debería otorgar expresamente al accionista el derecho de poder impugnar judicialmente la decisión adoptada.

D) *Expresión de las Reservas en el Balance.*

Hemos expuesto anteriormente, al referirnos a las características esenciales de las Reservas, que ellas existen en el Activo, pero que son expresadas por el Pasivo. En efecto, las cuentas de Reservas se consignan en el Pasivo del Ba-

lance, pero los valores que forman su contrapartida están englobados en la masa del Activo, sin que pueda determinarse generalmente si tal o cual de ellos corresponde a tal o cual Cuenta de Reserva.

Por lo general, no se puede constatar si un rubro determinado del Activo respalda a una Reserva en particular. Es por ello que la cobertura del Capital y de las reservas debe considerarse globalmente a través de todas las cuentas del Activo, a menos que se inmovilice expresamente un rubro específico para respaldo de una determinada Reserva.

.....

Es de interés fundamental, para completar el concepto de lo que son las Reservas, diferenciarlas en forma precisa de otras Cuentas con las que a menudo se les confunde. Por ello, como parte final de este estudio, a continuación exponemos las diferencias sustanciales entre las Reservas y la Cuenta de Utilidades No Distribuidas, entre las Reservas y las Cuentas de amortización, y entre las Reservas y las Cuentas de Agotamiento, Castigo, Fondos y Provisiones.

LAS RESERVAS Y LAS CUENTAS DE UTILIDADES NO DISTRIBUIDAS

El superávit de una empresa que no se distribuye de inmediato entre los accionistas de la misma, pasa automáticamente a consignarse en una Cuenta de "Utilidades No Distribuidas". Ahora bien, ¿la sólo existencia de esta Cuenta significaría de por sí la formación de Reservas?

No puede negarse que las utilidades no distribuidas constituyen, en sentido económico, una reserva social. Pero al mismo tiempo debemos recordar que para que pueda hablarse de una Reserva propiamente dicha hace falta la determinación previa de la Junta General de Accionistas que asigne a dichas utilidades un fin determinado. Esta diferencia es esencial.

Por otra parte, la utilidad no distribuida puede ser repartida en cualquier momento entre los accionistas de la Junta General. Mientras que la utilidad destinada a una Reserva no puede ser repartida sin que previamente la Junta General decida la disolución de la citada Reserva.

Al mismo tiempo, podemos precisar los alcances de esta diferenciación. La utilidad no distribuida es gravada automáticamente por el Impuesto Celdular correspondiente. En cambio para gravarse el importe destinado a una Reserva, debe determinarse previamente si su monto es o no deducible de la materia imponible, de acuerdo a las disposiciones tributarias vigentes al respecto.

Con respecto a la diferenciación entre Reservas y Utilidades No Distribuidas, Garrigues (9) afirma: "La simple acumulación de beneficios para ser distribuidos más tarde, cuando la Sociedad así lo acuerde para robustecer su crédito, no implica necesariamente la constitución de una Reserva en sentido jurídico. El puro hecho negativo de no repartir cierta porción de beneficios que son arrastrados de un Balance a otro, no es suficiente para afirmar en tal caso la existencia de una reserva en sentido jurídico, aún cuando exista en sentido económico. Para poder hablar de reserva en el sentido técnico de la palabra se precisa un

acto jurídico de creación, esto es, el acuerdo del órgano competente de la Sociedad".

Por su parte, Ripert (10), al referirse a la Cuenta de Utilidades Por Distribuir, consigna: "La parte de los beneficios que no se distribuye *ni se destina a reserva*, pasa al ejercicio siguiente".

El "Accountant's Index" (11) establece igualmente la diferenciación, pero asignándole una explicación de simple procedimiento contable, con el que no estamos de acuerdo: "La creación de cuentas especiales de reserva, además de la cuenta general del superávit, no tiene efecto fundamental sobre la situación; sin embargo, es más que nada una cuestión formal de contabilidad. La subdivisión del superávit en títulos especiales sólo sirve, en la mayor parte de los casos, como medio de insistir en los aspectos particulares de la política general de acumulación del superávit".

LAS RESERVAS Y LAS CUENTAS DE AMORTIZACION

El inadecuado empleo del término "Reserva" se produce con mayor frecuencia que en cualquier otro caso al aplicársele incorrectamente para denominar Cuentas de Amortización o de Castigos. Con gran frecuencia encontramos las denominaciones de "Reserva para Amortización de Activo Fijo" o "Reserva por Agotamiento" o "Reserva por Deudas Incobrables", las que corresponden a Cuentas que no constituyen en forma alguna verdaderas Reservas.

Las Amortizaciones sirven en realidad para expresar el valor actual de los elementos patrimoniales del Activo a los cuales se refieren, constatando la depreciación que han sufrido por

el consumo, por el transcurso del tiempo, o por cualesquier otra razón. Su importe podría reducirse directamente en el Activo del valor con que figura la Cuenta que se ha depreciado; así por ejemplo, en el caso de un inmueble que figura en el Activo por S/. 100,000.00 y que se ha depreciado en S/. 5,000.00, la Amortización podría consignarse en forma directa reduciendo el valor del bien en el Activo a la cantidad de S/. 95,000.00. Sin embargo, por motivos de índole contable éstas se consignan mediante el sistema indirecto en el Pasivo; así, en el caso anteriormente expuesto, se forma una Cuenta de Amortización en el Pasivo de S/. 5,000.00, manteniendo en el Activo el valor original del bien de S/. 100,000.00.

La confusión de conceptos nace al denominarse impropiamente a dicha Cuenta del Pasivo "Reserva para Amortización". En efecto, no puede denominarse Reserva a una Cuenta de Amortización, ya que se diferencian básicamente como veremos a continuación:

1.—Las Reservas traen como consecuencia un *aumento efectivo* del patrimonio social, no así las Amortizaciones, cuyo objeto es solamente *mantenerlo intacto*. En efecto, tanto las Reservas como las Amortizaciones constituyen un aumento de las disponibilidades de la empresa, pero solamente las Reservas significan un aumento de patrimonio.

Las amortizaciones acarrear un aumento de las disponibilidades del negocio, pero nunca un aumento del patrimonio ya que el aumento de las disponibilidades es recompensado por la depreciación real que ha sufrido el Activo.

2.—Las Amortizaciones son meras Cuentas de regularización de los bienes del Activo a los cuales se refieren, mientras que las Reservas significan siempre un aumento de patrimonio.

3.—Las Reservas pueden ser distribuidas entre los accionistas, pues con ello solamente se dejaría sin efecto el aumento de patrimonio acordado. Mientras que las Amortizaciones, simples resultados de depreciaciones, no pueden ser objeto de reparto.

4.—Las Reservas, salvo el único caso especial de las Reservas Legales, no son obligatorias. En cambio las Amortizaciones deben efectuarse imperativamente; tanto contable como comercialmente deben ser obligatorias.

5.—Las Reservas no pueden efectuarse cuando el resultado del ejercicio económico arroja pérdida. En cambio, las Amortizaciones *pueden y deben* realizarse aún en ese caso.

6.—Las Amortizaciones constituyen cargas del ejercicio y sus montos se fijan antes de determinar el superávit neto, ya que el saldo de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias figura en el Balance después de deducidas las Amortizaciones. Por el contrario, las Reservas no son cargas del ejercicio y se constituyen ordinariamente después de fijado el saldo de Pérdidas y Ganancias.

7.—Las Amortizaciones tienen por objeto reparar una pérdida cier-

ta. Las Reservas tienen como fin prevenir una pérdida eventual.

- 8.— Al tratar de las características esenciales de las Reservas hemos visto que éstas se constituyen para un fin futuro. Mientras que las Amortizaciones se forman para compensar una depreciación ya producida.

De los fundamentos anteriormente expuestos resulta evidente la diferencia entre las Reservas y las Amortizaciones. Pero debemos destacar que ello no impide que las Amortizaciones sean origen de Reservas. Pueden formarse por ejemplo "Reservas para Renovación de Equipos" cuando se vislumbra que su amortización está próxima a su término; pueden inclusive formarse "Reservas para Futuras Amortizaciones" cuando se prevé que en ejercicios venideros la situación de la empresa puede ser menos firme. Pero en estos casos notamos que se constituyen verdaderas Reservas, pues se separa parte de los beneficios para fines de previsión futura, y no para hacer frente a depreciaciones ya consumadas.

LAS RESERVAS Y LOS FACTORES DE DEPRECIACION, AGOTAMIENTO Y OTROS

Nada más incorrecto que la confusión en que menos a menudo se incurre, consistente en identificar las Reservas con factores tales como la Depreciación, el Agotamiento y otros análogos.

La Depreciación es la declinación del valor de bienes del Activo ya sea por el transcurso del tiempo, por el deterioro y desgaste ocasionados por el uso, por el cese de su demanda u otras causas de naturaleza análoga.

Es evidente que la Depreciación puede ser eventualmente una causa de constitución de "Reservas para Reposición de Activo Fijo". Pero de allí no puede llegarse en forma alguna a confundir conceptos tan diametralmente diferentes.

Sin embargo, existe el mal hábito de emplear la denominación de "Reservas por Depreciación", lo que da origen a la confusión. En efecto, si la formación de la mal llamada "Reserva" antes referida se debe al factor Depreciación, vemos que tiene por objeto regularizar el valor del bien correspondiente, por lo que constituye cabalmente una Amortización y no una Reserva. Por otra parte, si se origina en la separación de utilidades para futura reposición del Activo depreciado, tendremos una verdadera Reserva, pero ésta no debe denominarse "Reserva por Depreciación" sino "Reserva para Reposición de Activo", ya que lógicamente lo que determina su calificación *debe ser su destino y no su causa*.

Entre los conceptos de Reserva y de Agotamiento existe similar diferenciación. El Agotamiento es un factor que determina la disminución del valor de bienes del Activo, o sea su Depreciación. Pero la determina en forma distinta de la de los bienes amortizables, pues se produce mediante la disminución paulatina de la *cantidad física* del bien.

El factor Agotamiento también puede ser causa de formación de "Reservas para Adquisiciones de Minas", pero ello no debería originar equívocos. Esto se debe también al empleo que se ha hecho corriente de la denominación "Reserva por Agotamiento", que adolece de los mismos defectos anotados

anteriormente al estudiar la "Reserva por Depreciación".

El término "Reserva por Obsolescencia" es también a menudo empleado, a pesar de ser igualmente defectuoso, y origina la confusión entre los conceptos de Reserva y Obsolescencia. La Obsolescencia es meramente una causa de depreciación de bienes cuya demanda ha cesado, o que han sido substituidos por otros, fruto de un mayor adelanto industrial o de un nuevo invento, o simplemente de la variación de una moda.

Tal como en los casos de Depreciación y Agotamiento, la "Reserva por Obsolescencia" es en realidad una Amortización. Y cuando es una verdadera Reserva no debería llamarse tal sino "Reserva para Reposición de Stock".

Idénticas diferenciaciones se pueden establecer entre el concepto de Reserva y los de otros factores tales como la Incobrabilidad o la Extinción, en el caso de las mal llamadas "Reservas por Deudas Incobrables" o Reservas por Acreencias Prescritas".

Para resumir, en forma general puede afirmarse que todos los factores que indican depreciación de bienes y derechos del Activo dan lugar en realidad a la formación de verdaderas Cuentas de Amortización, que en la práctica son erróneamente calificadas de Reservas. Y cuando en realidad dan lugar a la constitución de verdaderas Reservas para reposición de los bienes depreciados, éstas deben calificarse siempre de acuerdo al *destino* que se les asigna y no con la misma denominación de los factores de depreciación que son su causa.

Cabe destacar que tratadistas como Roy B. Kester y W. A. Paton califi-

can estas Cuentas de Amortización como "Reservas de Valuación" y no las denominan en momento alguno como Amortizaciones. Discrepamos firmemente con dicha nomenclatura que coloca bajo una misma denominación a las Reservas y a las Amortizaciones y Cuentas similares.

LAS RESERVAS Y LAS CUENTAS DE CASTIGO

Se entiende por "Castigos" los porcentajes de depreciación de los bienes del Activo que se deducen de la utilidad imponible afecta al Impuesto a la Renta. Este término se ha generalizado en nuestro medio en virtud de haberlo empleado expresamente la Ley 7904 de Impuestos a la Renta.

En consecuencia, los Castigos parecerían ser sinónimos de las Amortizaciones, pero en realidad tienen un sentido más amplio que éstas, pues se refieren a todo tipo de bienes, mientras que el término Amortización, como hemos visto anteriormente, sólo se utiliza para aquellos bienes cuya depreciación no importa una disminución de la cantidad física del mismo. No puede emplearse correctamente el término de "Amortización de Deudas Incobrables", pero sí se utiliza el de "Castigo de Deudas Incobrables".

Siendo en consecuencia los Castigos términos de naturaleza similar (pero no idénticas) a las Amortizaciones, se les confunde con frecuencia con las Reservas. Al respecto, debemos anotar que existen las mismas diferencias que hemos consignado al tratar la comparación de Reservas y Amortizaciones. De lo que se deduce la irregularidad del término tan corrientemente empleado de "Reservas para Castigos".

LAS RESERVAS Y LOS FONDOS

Estos dos términos, aparentemente sinónimos, tienen un significado muy diverso en su aspecto legal y contable. Dada la frecuencia con que se les confunde, procedemos a continuación la exponer los fundamentos esenciales de su diferenciación.

- 1.— El fondo es tangible, es decir que está representado siempre por dinero en efectivo o por su equivalente, realizable a muy corto plazo. En cambio las Reservas generalmente están representadas por toda clase de bienes no identificados; salvo el único caso especial que se inmovilice una Cuenta en efectivo en respaldo de una determinada Reserva.
- 2.— El Fondo es siempre una Cuenta del Activo, específicamente determinada. Las Reservas se expresan en el Pasivo y en general están representadas por la masa global del Activo.
- 3.— La creación de un Fondo no significa siempre que se haya producido un aumento del haber social en favor de los accionistas, los que es requisito esencial de las Reservas. Ejemplo de ello lo tenemos en el "Fondo para Pago de Haberes".
- 4.— El Fondo no siempre se crea para un fin futuro, como en el caso de las Reservas. En efecto, pueden crearse Fondos para cubrir inclusive obligaciones ya devengadas, como por ejemplo un "Fon-

do para Obligaciones y Vencidas".

De los fundamentos anteriores expuestos podemos deducir la irregularidad en que a menudo se incurre en efectuar la calificación de "Fondos de Reserva" a determinadas Cuentas. Es evidente que puede haber un Fondo específicamente afectado para respaldo de una Reserva determinada, pero en ningún caso puede denominarse de esa manera a una Cuenta del Pasivo como son las Reservas verdaderas.

Al respecto, el tratadista Roy B. Kester (1) afirma: "A veces se les denomina Fondos de Reserva, más si nos atenemos a una terminología adecuada, observaremos que el vocablo Fondo sólo puede aplicarse a una Cuenta del Activo".

LAS RESERVAS Y LAS PROVISIONES

El Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española asigna al término Provisión un significado muy similar al de Reserva. Sin embargo, son los usos y costumbres comerciales y contables los que nos dan el verdadero sentido con que se utiliza en la práctica el término Provisión. Vemos que normalmente se le emplea como un sinónimo de Fondo, o sea para designar Cuentas de efectivo o de valores fácilmente realizables pero destinadas a cubrir una obligación ya vencida o bien una necesidad de la empresa de carácter inmediato. Las Provisiones se diferencian pues con los Fondos en general en que llevan implícito ese carácter de atención a una necesidad inme-

diata o ya devengada. Lo que no sucede por ejemplo con un "Fondo para Futuros Dividendos", al que difícilmente podremos asignarle el calificativo de Provisión.

Por otra parte, las Provisiones pueden responder en algunos casos a verdaderas Reservas, como por ejemplo una "Provisión para Adquisiciones de Equipo". Pero en esta oportunidad, el hecho de que se haya empleado el término Provisión para designar la Cuenta de Activo asignada a la "Reserva para Adquisiciones de Equipos" significará que esas adquisiciones están a punto de realizarse, dado el carácter inmediato de la Provisión.

Pero las Provisiones, tal como se desprende de lo anteriormente expuesto, son en general Cuentas de atención

de obligaciones ya devengadas, y en ello se diferencian básicamente de las Reservas.

- (1) "Derecho Comercial" — Tomo VII Pág. 154.
- (2) "Derecho Comercial" — Tomo II — Pág. 504.
- (3) "Tratado de Sociedades Mercantiles" — Pág. 302.
- (4) "Sociedades Anónimas" — Pág. 327.
- (5) "Tratado de Derecho Mercantil" — Tomo 1—2, Pág. 696.
- (6) "Contabilidad Superior" — Tomo II Pág. 553.
- (7) "Manual del Contador" — Pág. 1054.
- (8) Op. Cit. — Tomo II — Pág. 509.
- (9) Op. Cit. — Tomo 1—2 — Pág. 696.
- (10) Op. Cit. — Tomo II — Pág. 509.
- (11) Publicaciones del "Instituto de Contadores Americanos".

Consideraciones Generales acerca de la Naturaleza Jurídica de las Cooperativas

Por: *Alfredo García Mesinas*

Charles Gide, eminente cooperativista francés, ha sostenido que la "cooperación" es a la vez "objeto de ciencia" y "razón de vivir". Por ello, el estudio completo de la significación de dicho término implica un análisis científico y un estudio doctrinal.

Sería demasiado árdua la tarea de pretender abarcar el estudio exhaustivo de lo que se entiende por idea cooperativa, hecho cooperativo, teoría de la cooperación, doctrina cooperativista y sistema cooperativista. Al respecto, bástenos por ahora y antes de abocarnos concretamente al examen del tema.

Sugerido en el título de este artículo, esbozar algunas ideas fundamentales.

Alberto Pasquier, profesor de la Facultad de Derecho de Caen, estima que la expresión "doctrina cooperativa" es inadecuada a causa de las acusadas diferencias que separan a los autores que sobre ella discuten. Pero si esta razón fuera suficiente, consideramos que no podría tampoco hablar de doctrina socialista, de doctrina neo-liberal o de doctrina social-cristiana.

Desde la creación de la primera cooperativa en Rochdale, Inglaterra, hace ya más de 120 años, el movimiento cooperativo ha encontrado eminentes sostenedores en el campo de los principios y en sus realizaciones prácticas.

Como expositores de sus aspectos doctrinales destacan, entre muchos, Gide, Poisson, Varlez y otros que concibieron el cooperativismo como una estructura económica de la sociedad contemporánea capaz de superar los antagonismos creados por otros sistemas socio-económicos.

La expresión "doctrina cooperativa" es un término colectivo: abarca el conjunto de teorías que confieren al hecho de la cooperación un papel de importancia variable en la solución de los problemas socio-económicos. De aquí que el hecho cooperativo ocupe un lugar tan importante en el mundo, a tal punto que ha llegado a ser imposible comprender la realidad económica y social de hoy si no se estudia la cooperación; y ésta, que es en esencia doctrina de armonía, se concreta en la realidad práctica a través de un cauce institucional de carácter económico-jurídico denominado Cooperativa.

Nos interesa solamente por ahora, precisar la naturaleza jurídica de una cooperativa, lo que equivale a preguntarse qué es en esencia una cooperativa desde el punto de vista del Derecho.

Juan Gascón, ilustre catedrático de la Universidad de Madrid, nos recuerda el hecho de que no se debe perder de vista que toda definición legal escrita

y muy pormenorizada corre el riesgo de dejar fuera de ella a entidades verdaderamente cooperativas y, a la inversa, las definiciones muy amplias y genéricas el grave inconveniente de dar acogida a instituciones de caracteres muy distintos.

Por variados que sean los aspectos en que se manifiestan las actividades de las cooperativas, es fácil concluir que todas ellas, cualquiera que sea el nivel o el tipo de sus operaciones, se subordinan a una idea predominante: la realización de la idea cooperativa. Esta idea puede formularse en pocas palabras: organizar la ayuda económica mutua por medio de la asociación voluntaria de individuos, que se unen para colaborar en una acción común en beneficio de todos.

Se desprende pues, de la expresión de esta idea general, que la cooperativa es una asociación por cuanto implica la participación de varias personas en ara de la obtención de un fin común. Pero como quiera que en la cooperativa dicho fin tiene, sin duda, carácter económico, entonces ya no cabe hablar de una mera asociación sino más bien de sociedad, pues aquella exige que el fin no sea económico y ésta última es, en esencia, una asociación que sí persigue fin económico. En consecuencia, sostenemos que la cooperativa es una asociación que por procurar un fin económico tiene categoría de sociedad.

Debemos hacer notar que el concepto de fin o beneficio económico no supone siempre y necesariamente la existencia de *animus lucrandi*, porque si así fuera no tendría razón de ser la diferencia entre sociedades civiles y mercantiles y, consecuentemente, carecería de fundamento que ambos tipos de sociedades se encuentran legislados en distintos Cuerpos de Ley. Así se en-

tiende pues, que una cooperativa, sin tener afán de lucro, persiga provecho económico para sus asociados.

Ahora bien, cabría hacerse la pregunta siguiente: ¿Qué tipo de sociedad es la cooperativa? Si atendemos a un criterio estrictamente legal, es decir, encuadrado dentro de lo dispuesto por nuestro Ordenamiento Positivo, debemos concluir que la sociedad cooperativa tiene, hoy en día, un carácter normativo sui-géneris con aproximación mayor a la sociedad civil que a la mercantil pero con plena autonomía jurídica. Fundamentemos esta afirmación.

Hasta antes del 14 de Diciembre de 1964, existía en el Perú una situación muy confusa acerca de la naturaleza jurídica de las cooperativas, circunstancia que desde luego desalentaba en nuestro medio el establecimiento de dichas entidades. Cabía la posibilidad de considerarlas tanto sociedades civiles como mercantiles.

En efecto, con anterioridad a la mencionada fecha y de conformidad con lo que disponía la Ley No. 9714, las cooperativas debían inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, asimilándose a la forma establecida para las sociedades civiles (Artículo 1053 del Código Civil). De otro lado, en virtud de lo ordenado por el Artículo 132 del Código de Comercio, las cooperativas llegaban a tener categoría mercantil "cuando se dedicaren a actos de comercio" extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija".

Este régimen ambiguo ha desaparecido a raíz de la promulgación de la Ley General de Cooperativas No. 15260, la misma que ha seguido el moderno principio de que toda ley orgánica sobre cooperativas debe asegurar la calidad sui-géneris de este tipo de

sociedades. Aunque con palpable retraso (el primer Código Cooperativo se promulgó en Prusia hace casi cien años), contamos hoy con una Ley General que señala con claridad y precisión lo referente a la constitución, estructura y funcionamiento de las entidades cooperativas, incluyendo, por cierto, los principios cooperativos universalmente reconocidos.

Pues bien, la Ley No. 15260 reconoce a las sociedades cooperativas naturaleza especial. En efecto, en su Artículo 4o. establece que dichas entidades son Personas Jurídicas de Derecho Privado, siempre y cuando se cumpla con los requisitos señalados por los Artículos 11o. y siguientes. Es decir, que deberán ser reconocidas oficialmente por el Instituto Nacional de Cooperativas y, finalmente, estar inscritas en el Registro de Personas Jurídicas en el correspondiente Libro de Cooperativas creado por el Artículo 14o. de la Ley en mención, modificatoria del Artículo 1053 del Código Civil. Esta última inscripción les confiere a las sociedades cooperativas personalidad jurídica y plena autonomía.

No existe, como erróneamente pudiera creerse, duplicidad en la inscripción ya que la que se debe efectuar ante el Registro Nacional de Cooperativas es antecedente obligatorio de la que le sigue ante el Registro de Personas Jurídicas, y sirve a los efectos de la estadística y control correspondientes, así como la segunda es la que determina los efectos legales respectivos.

Vemos pues que la Ley No. 15260, como cuerpo orgánico de disposiciones de Derecho Cooperativo, no sólo ha solucionado el antiguo problema registral, anteriormente señalado, sino que taxativamente le ha otorgado a la institución cooperativa personalidad jurídica distinta a las de las sociedades civil y mercantil.

En conclusión, la sociedad cooperativa en el Perú es aquella de naturaleza jurídica sui-géneris que se constituye con sujeción al régimen especial establecido por la legislación de la materia y no de acuerdo a las disposiciones del Código Civil —lo que la haría civil—, ni a las del Código de Comercio —lo que las convertiría en mercantil—.

Presencia de John Locke en el Derecho Contemporáneo

Fernando de Trazegnies Granda.

La obra de John Locke (1632-1704) ha sido muy conocida en sus aspectos constitucionales: se le atribuye acertadamente la responsabilidad cuando menos parcial del Estado democrático moderno basado sobre la división de los Poderes. Sin embargo, no se ha insistido suficientemente en las repercusiones de su concepción general del Derecho sobre el pensamiento jurídico de nuestra época. En efecto, más allá de sus teorías sobre la configuración del Estado se advierte una Filosofía del Derecho que centra el pensamiento político de Locke y respecto del cual su defensa de la división de poderes y del régimen parlamentario frente a monarquía absoluta no constituye sino un mero desarrollo. La influencia de Locke en este sentido ha sido de tal naturaleza que podemos decir que este *substratum* constituye aún ahora una de las capas "geológicas" fundamentales de casi todo ordenamiento jurídico y del pensamiento de los juristas a partir del S. XVIII, aunque frecuentemente no se tenga conciencia de ello. Es así que cuando las Introducciones de algunos Manuales de Derecho Civil nos hablan de los derechos subjetivos como elementos absolutos y anteriores al orden jurídico o cuando se enarbolan formas particulares del derecho de propiedad para la defensa de determinadas situaciones atribuyéndoles un carácter "natural", nos encontramos en presencia

nuevamente de las ideas de John Locke.

Para comprender a Locke no debemos olvidar que vivió en una atmósfera de capitalismo incipiente, en el momento en que Inglaterra aumentaba considerablemente su comercio y su industria y que, consecuentemente, surgía una nueva clase social —la burguesía— como protagonista de esta evolución. Es debido a estas circunstancias que se produjo un choque entre las nociones clásicas, que no se ajustaban más a las nuevas condiciones, y las exigencias de la clase en proceso de ascensión social. Locke mismo perteneció a una familia de nuevos ricos. Fué su abuelo Nicholas quien hizo la fortuna familiar en la actividad textil: habilitaba y hacía trabajar a artesanos tejedores que rodeaban a Bristol y luego vendía las telas en ese puerto que era un importante mercado; con el dinero ganado, compró algunas pequeñas propiedades. Su padre fué abogado y, aún cuando no se preocupó en incrementar el patrimonio que había heredado, se consideraba como miembro de la nueva clase ascendente hasta el punto de pelear como Capitán de los Ejércitos Parlamentarios.

Locke estudió en Oxford, que en esa época era un centro nominalista; este hecho influirá notablemente en su pensamiento. Fué médico, aún cuando nunca obtuvo el título de Doctor en esta ciencia. Pero su verdadera vo-

cación fué el estudio de la política. Debido a un encuentro casual, se hizo amigo del Primer Earl de Shaftesbury, político muy activo y personaje muy influyente de la época. Le recomendó y dirigió incluso una delicada intervención quirúrgica en el hígado que fué realizada exitosamente, lo que le significó la protección de Shaftesbury quien lo convirtió en su consejero personal. El contacto con este hombre público le permitió a Locke adquirir un gran conocimiento de la lucha política. Laslett afirma que este hecho fué tan decisivo en su formación que puede decirse que sin él Locke no sería el que conocemos hoy (1) Por otra parte, Shaftesbury era también un hombre de negocios: tenía grandes propiedades y cuantiosas inversiones, incluso en el extranjero. Es sabido que Locke siguió a su adinerado protector en algunas de sus inversiones, tales como la Africa Co., la Lustring Co. y el Banco de Inglaterra; además, prestó a menudo con garantía hipotecaria e incluso obtuvo ganancias en la Bolsa con acciones de la Old y la New East India Companies. Este tipo de actividades y el auge económico que observaba en quienes lo rodeaban, lo llevó a pensar que toda persona industriosa podía obtener los medios necesarios para su subsistencia si ponía el empeño suficiente y que los pobres y mendigos no podían tener otra causa que una relajación de la disciplina y una corrupción de las costumbres (2).

Es en este ambiente en el cual se desenvuelve la vida de Locke, lo que es muy importante recordar para interpretar correctamente sus ideas: se trata de la época de instauración de una economía de mercado de carácter ca-

pitalista con predominio todavía de la tierra como factor principal de riqueza. Estas nuevas condiciones económicas y sociales crean la necesidad de una revisión de los principios aceptados hasta ese entonces. Es en ese sentido que Hobbes desarrollará un sistema jurídico basado exclusivamente en el poder y en el interés individual, libre de toda traba principista: la noción de justicia, la noción de equidad, el justo precio, el buen reparto, etc. serán abolidos en aras de una libertad contractual llevada a sus máximas consecuencias. Sin embargo, el esquema hobbesiano era, por una parte, demasiado prematuro: la gente no estaba aún dispuesta a abandonar sus antiguas categorías; por otra parte, Hobbes había incurrido en los errores de desconocer la existencia de las clases sociales y de optar por un Gobierno fuerte sin control de ninguna especie. Locke pretenderá subsanar estos errores y, además, hará más digerible para sus contemporáneos la doctrina de Hobbes, incorporándole algunas nociones clásicas, como la comunidad de origen de los bienes terrenales, el Derecho Natural, etc., aunque con un sentido totalmente diferente del clásico.

I

El pensamiento jurídico de Locke se encuentra centrado en la propiedad privada del capital, más particularmente, en la propiedad individual de la tierra. Es en torno a este núcleo básico que Locke tejerá su doctrina. Por ese motivo, es preciso comenzar la exposición de sus ideas con el análisis de esta relación jurídica que Locke considera el punto de partida de todo ordenamiento jurídico.

Dios (no olvidemos que Lock pertenecía a una familia puritana) dió al hombre el derecho y el deber de ser feliz. Este es un mandato divino ineludible, que se impone a todo hombre. Ahora bien, si Dios ha impuesto esta obligación a todos los hombres, lógico es pensar que les ha otorgado también los medios para cumplirla. Es en este sentido que Dios proporcionó la tierra y sus bienes a todos los hombres "para mantenimiento y comodidad de la especie humana" (3). Por otra parte, el hombre, debido a su carácter de ser racional, está capacitado para encontrar la razón de las cosas: así, habiéndosele entregado la tierra para su aprovechamiento, la razón le indica que deberá buscar el máximo rendimiento de ella. Sin embargo, el aprovechamiento de los bienes de consumo no puede realizarse en forma común: una manzana no puede ser comida sino por un individuo. Luego, aún cuando los bienes fueron entregados en común, su utilización es siempre individual. La misma argumentación se aplica a las tierras, es decir, a los bienes de producción: los animales, debido a que son irracionales, se limitan a aprovechar los frutos silvestres; en cambio, el hombre comprende la necesidad de mejorar la tierra, de disciplinar la naturaleza a fin de obtener un mayor rendimiento y, para ello, requiere apropiarse individualmente de la tierra (4). En consecuencia, los bienes, originariamente comunes, pasan a ser individuales.

Pero, ¿cómo se va a determinar la parte de la propiedad común que le corresponderá a cada individuo? ¿Cuál será el criterio mediante el cual se efectúa el paso de lo colectivo a lo individual? Locke responde que es el tra-

bajo que desempeñará el papel de factor individualizante. El hombre es propietario de su persona y, consecuentemente, del trabajo de su persona. Por consiguiente, cuando el hombre ha mezclado su trabajo con una parte de los bienes comunes, esa parte le pertenece ya que es inseparable del trabajo en ella depositado y cuya propiedad individual resulta indiscutible (5). En principio, todos los bienes para ser aprovechables exigen la aplicación del trabajo humano en tal forma que podría decirse que sin la aplicación del trabajo humano sería inutilizables: así, los frutos silvestres requieren por lo menos que sean recogidos, los campos deben ser trabajados, etc. En esta forma, el trabajo pone la diferencia de valor entre las cosas ya que el 99% del valor total de un bien corresponde al trabajo aplicado y sólo el 1% a la naturaleza (6). Locke insiste mucho en esta idea y, a manera de demostración, nos dice que existen naciones en América (se trata de la América del S. XVII) ricas en tierras pero pobres en comodidades materiales; atribuye esta aparente contradicción a que las tierras no son trabajadas suficientemente (7). En consecuencia, aquel que se apropia individualmente de tierra mediante la aplicación de su trabajo, aumenta el patrimonio de la humanidad (common stock) en vez de disminuirlo. Notemos bien cómo estas tesis conducen a una apología de lo individual: la apropiación individual es una exigencia de la razón y lejos de significar un desmedro de los bienes comunes, una segregación egoísta de parte de los bienes que eran de todos, contribuye por el contrario a aumentar la riqueza de la humanidad. (8)

Llegamos aquí a un punto muy importante de la doctrina de Locke: es-

ta apropiación individual, esta primera relación del hombre con ciertos bienes, es *anterior* a la formación de un Estado. El hombre, *en estado de naturaleza*, se apropia de los bienes sin que para ello requiera la autorización o el acuerdo de los demás hombres (9). El estado de naturaleza es aquel en que se encuentran los hombres antes de haber decidido asociarse para constituir un Gobierno y darse una ley. Locke cita como ejemplo la situación social en el Perú antes de la formación del Imperio Incaico, según la describe Garcilazo de la Vega (10). Este ejemplo —históricamente falso pero indudablemente curioso para nosotros— tiene la virtud de aclararnos la concepción de este autor sobre el estado de naturaleza: no es un mero supuesto lógico —como parece serlo en el esquema hobbesiano— sino un verdadero momento histórico en la vida de los pueblos. Es fundamental conocer las condiciones de tal estado ya que el Derecho, como creación artificial y posterior, no podrá modificarlo: se limitará a reconocer las relaciones que existían en el estado de naturaleza y a garantizarlas.

El estado de naturaleza es, en primer lugar, un estado de absoluta libertad y de igualdad porque todos los hombres son de la misma especie y tienen igual derecho sobre la naturaleza que les ha sido entregada en común (11). Locke defiende apasionadamente un cierto grado de igualdad básica entre los hombres: todos los hombres son igualmente propietarios de su persona y de su trabajo y todos tienen igual derecho a apropiarse de los bienes de la naturaleza mediante su trabajo. Sin embargo, más allá de este nivel elemental, Locke no encuentra di-

ficultad en reconocer ciertas diferencias: ya en el estado de naturaleza unos hombres se distinguen de otros por ser más industriosos, más trabajadores; luego, a partir de ese momento, unos hombres serán propietarios de más bienes que otros o incluso unos serán propietarios de tierras y otros sólo de su fuerza de trabajo. En esta forma, quedan constituidas dos clases sociales, siempre en el estado de naturaleza y, por consiguiente, sin que el Derecho que se instituya posteriormente pueda modificar esta estructuración. (12) Locke, en sus "Some Considerations of the Consequences of the Lowering of interest and Raising the Value of the Money", considera a los asalariados como una clase normal de la sociedad y no tiene inconveniente en aceptar que es asimismo normal que la clase obrera se caracterice por vivir "from hand to mouth" (13). Notemos que esta desigualdad así creada no es similar a la esclavitud en el pensamiento de Locke: mientras las tesis esclavistas consideran que los hombres son *esencialmente diferentes*, Locke cree que los hombres son esencialmente iguales pero que unos *se hacen* diferentes de los otros en razón de su actividad. Es así como Locke, según señala Macpherson, no encuentra justificación a la esclavitud pero sí a la subordinación permanente de una parte del pueblo a la otra por la continua alienación contractual de su trabajo (14). En realidad, la propiedad de la vida conserva para Locke un cierto carácter sagrado pero no plantea ningún inconveniente a la alienación de su actividad.

* * *

Hemos revisado así lo que Locke entiende por estado de naturaleza, es decir, el modo "natural" de compor-

tarse de los hombres antes de que exista ley o coerción alguna: cada hombre pretende apropiarse de la mayor cantidad de bienes posibles, lo que no sólo no perjudica a los demás sino que los beneficia.

Sin embargo, esta conducta tropieza con algunos límites. Fundamentalmente, dado que los bienes han sido entregados por Dios para la conservación y comodidad de la humanidad entera y que el trabajo sólo tiene sentido en la medida que beneficie a esta humanidad al producir cada vez más bienes para el uso general, la apropiación individual no puede ir más allá de lo utilizable (15). Es decir, nadie tiene derecho a apropiarse de más bienes que aquellos a los que puede efectivamente dar un destino. Así, el que se apodera de todas las frutas silvestres de un bosque conociendo que la mayor parte de ellas se pudrirán en sus bodegas porque le es imposible consumir más de la décima parte, está sobrepasando los límites impuestos por la naturaleza de las cosas ya que su apropiación no representa un beneficio para nadie. Dentro del mismo orden de ideas, aquel que se apropia de una extensión de tierras mayor que la que puede utilizar en forma efectiva y que, en consecuencia, deberá dejar sin cultivar parte de ella, no tiene justificación.

Por otro lado, en razón de que el factor individualizante es el trabajo, cada hombre sólo podrá hacer suyos los bienes o tierras que pueda trabajar. Es cierto que no se le exige el trabajo personal sino simplemente la puesta en valor de las tierras incluso con trabajo ajeno. Pero en el primitivo estado de naturaleza resultará bastante

difícil la contratación de trabajo ajeno mediante pago en especie (el trabajo ajeno gratuito equivale a la esclavitud y sería repudiado por Locke). Además, tal sistema de contratación sólo puede conducir a una economía de tipo feudal que no satisfacía las aspiraciones de la naciente economía de mercado.

Finalmente, si los bienes habían sido entregados por Dios para que sean gozados por la humanidad entera, la apropiación individual exigía que cada hombre dejar suficientes bienes como para que los demás puedan servirse de ellos apropiándolos mediante su trabajo (16). Claro está que no debemos olvidar que Locke considera el trabajo como un bien alienable; por consiguiente, no tiene dificultad para admitir que aún cuando algunos hombres —los más industriosos— se hayan apoderado de toda la tierra, los demás pueden participar de sus frutos a cambio de su trabajo. Pero nos encontramos nuevamente con el problema del pago en especie que restringe notablemente el alcance de esta solución.

Todos estos problemas serán resueltos con la invención de la moneda. Este hecho dará origen a la superación de los límites antes mencionados y, consecuentemente, a la supresión de toda traba a la actividad individual. (17)

Hasta ese momento, hemos visto que el proceso de apropiación individual estaba considerablemente limitado: las propiedades no pueden ser mayores que la extensión suficiente para producir lo necesario para el consumo del propietario y para un trueque elemental; no existiendo un verdade-

ro mercado del trabajo, nadie puede apropiarse ilimitadamente de tierras pues los no-propietarios no conservarían medio alguno de subsistencia. Estas condiciones obligan a contentarse con propiedades verdaderamente pequeñas. Sin embargo, todo ello cambiará radicalmente desde que los hombres se ponen de acuerdo para crear un bien —la moneda— que sea intercambiable por todos los demás bienes. Ya no habrá posibilidad de producir en exceso pues todo lo que no se consume puede ser fácilmente vendido para obtener moneda, la que a su vez se utilizará para adquirir bienes de producción aumentando así continuamente el caudal de la humanidad (La concepción “capitalista” de Locke lo hace enemigo de todo tipo de atesoramiento, sea de bienes consumibles o de moneda: ésta última debe ser utilizada como capital de producción). Asimismo, no hay riesgo de dejar a nadie sin lo necesario para su subsistencia porque todos pueden vender su fuerza de trabajo y obtener moneda para comprar con ella los bienes de consumo que necesitan. Finalmente y por la misma razón, el propietario puede contar con todos los brazos que exija el trabajo de sus tierras, cualquiera que sea su extensión.

Han quedado eliminadas así todas las barreras que existían antes a la apropiación individual: ésta se realizará en adelante sin ninguna limitación, las propiedades podrán ser todo lo grandes que pueda imaginarse. Teóricamente, un solo propietario podría poseer toda la tierra del mundo: no hay, pues, inconveniente para que sea una clase quien la posea con exclusividad. La burguesía se encuentra así plenamente justificada en su vocación

de poseer la mayor cantidad de medios de producción posible y su acción en tal sentido ha sido libertada de toda limitación moral. No obstante, para lograr este propósito no ha sido preciso abandonar totalmente la idea del destino común de la tierra impartido por Dios ni la existencia de ciertos “mandatos” o “leyes” de la naturaleza: por el contrario, estas nociones han sido colocadas al servicio de los intereses de la burguesía.

II

El estado de naturaleza, aún después de la invención de la moneda, presenta todavía serios problemas. Los hombres se encuentran siempre expuestos en el goce de sus derechos a la invasión de los demás (18): se trata de una situación fundamentalmente insegura.

Los hombres pueden ser atacados en aquello que poseen, es decir, en sus vidas, sus libertades y sus propiedades. Ahora bien, cualquier agresión a un individuo da derecho a una reacción violenta por parte del agredido a fin de castigar al agresor (19). Es interesante notar que para Locke es tan importante la propiedad que toda persona puede matar al ladrón de sus bienes (20) “por la misma razón que se puede matar a un lobo o un león; porque tales hombres no están regidos por la ley común de la razón” y deben ser considerados como “peligrosas y nocivas criaturas” (21). El carácter radical de este castigo nos pone de manifiesto una vez más el lugar predominante que ocupa la institución de la propiedad en la concepción jurídica de Locke. Todo hombre, pues, tiene derecho en el estado de naturaleza a defen-

der su propiedad y, consecuentemente, a juzgar y sancionar a quienes la han atacado; cada hombre puede castigar a quienes han trasgredido la ley de la naturaleza (22). Sin embargo, el hecho de que cada hombre sea juez de su propio caso se presenta a injusticia (23); además, la defensa individual supone la vigilancia constante y la existencia de un riesgo permanente. Por eso, los hombres pueden unirse para confiar exclusivamente a la sociedad este poder primitivo, renunciando a toda sanción individual: nace así la sociedad civil (24), es decir, el Estado y el Derecho. Los hombres deben tener una regla uniforme y un Juez sobre ellos que determine el derecho de cada uno en caso de controversia (25). Ahora bien, siendo todos los hombres iguales y libres, la sociedad política sólo puede constituirse por acuerdo (26): es en virtud del pacto social que se instaura el Derecho (la regla) y el Gobierno (el juez y sancionador).

¿Cuál será el propósito de esta sociedad civil así instituída? ¿Cuáles serán los fines que perseguirá todo ordenamiento jurídico y todo Estado? Locke es muy claro al respecto: regular y preservar la propiedad, entendida en su sentido más amplio como las vidas, las libertades y los bienes; es decir, garantizar aquello que ya estaba en el estado de naturaleza. En consecuencia, el Derecho Civil se limitará a determinar las condiciones de adquisición de la propiedad a fin de precisar con exactitud el objeto de la protección, establecer las formalidades de los contratos (para que puedan ser fácilmente probados) dejando la más amplia libertad de disposición y de goce de los bienes y determinar algunos otros derechos y situaciones jurídicas colate-

rales como el nacimiento, la muerte y el matrimonio (especialmente en lo que se refiere a sus repercusiones de carácter patrimonial); el Derecho Penal prescribirá las sanciones que serán aplicadas a quienes atenten contra la vida, la libertad o la propiedad de los individuos. El Estado se encargará de dar la ley y de hacerla cumplir; y como la ley persigue fines puramente individuales, el Estado está limitado a garantizar los derechos individuales (que ahora llamaríamos "derechos subjetivos") sin ninguna pretensión de carácter colectivo o general; en todo caso, no puede alterar en lo más mínimo la estructuración social que existía ya antes de su constitución. En una palabra, toda la maquinaria estatal está montada en función de asegurar a cada persona el goce pacífico de sus derechos y su ejercicio en la forma más libre. Por este motivo, las instituciones básicas del sistema jurídico de John Locke son la propiedad y el contrato. Es por esta razón también que insiste en la idea de que el Estado no puede dar leyes que afecten la propiedad de ningún hombre sin el consentimiento de éste (27); incluso afirma que "aún cuando en ciertos casos de guerra se requerirá un poder absoluto sobre las vidas de los individuos, tal poder no puede afectar sus bienes: el sargento puede ordenar al soldado que avance hacia la boca de cañón enemigo pero no puede tocarle un penique de su patrimonio" (28).

Llegamos aquí a un punto importante en la concepción jurídica de Locke. Hemos visto en el estado de naturaleza que aún cuando todos los hombres son originariamente iguales, su mayor o menor aplicación al trabajo crea diferencias entre ellos. Nos en-

contramos así que en una cierta forma los hombres son iguales y en otra diferentes: la igualdad radica en que todos son propietarios de su vida y de su trabajo y la desigualdad en que sólo algunos son propietarios de bienes e incluso éstos lo son en distintas proporciones. Esta ambigüedad se traduce necesariamente en la sociedad política dado que ésta no es sino un reflejo y una garantía de las relaciones "naturales". Todos los hombres, en la medida que son iguales, tienen interés en pertenecer a la sociedad política: todos requieren al menos protección para sus vidas y su actividad. Pero sólo algunos pueden considerarse como miembros completos ("full members"): aquellos que poseen propiedades, que además de sus vidas tienen bienes que defender. La estructuración de clases sociales que se habían constituido en el estado de naturaleza se institucionaliza así en la sociedad civil. Veamos entonces que mientras los no-propietarios dan un acuerdo *tácito* para la formación y el mantenimiento del Estado, sólo los propietarios de tierras (bienes de producción por excelencia en esa época) manifiestan su acuerdo *expreso*, esto es, son los únicos que tienen poder de decisión dentro del Estado y que pueden elegir y ser elegidos para los cargos de Gobierno (29). La razón de esta *capitis demeritio* política de ciertos miembros de la sociedad se basa en la convicción de que si todos los hombres tuvieran plenos derechos políticos, no podría respetarse la santidad de la propiedad individual frente a las decisiones de la mayoría (30). Y es en esta forma que de la igualdad originaria llegamos al Derecho como expresión de clase.

No debe extrañarnos esta concep-

ción oligárquica del Estado y del Derecho si tenemos en cuenta las ideas de Locke sobre los fines que debía perseguir el ordenamiento jurídico y sobre la justificación de la propiedad individual. En efecto, dado que el fin del orden jurídico es la protección de los derechos subjetivos, sólo quienes tengan un interés completo (vidas y propiedades) serán miembros completos; en cambio, los que tienen un interés parcial (solamente vidas) no pueden pretender igualdad de derechos con los primeros respecto de la elaboración y cumplimiento de las leyes, respecto del Estado. Además, recordemos que es la razón la que indica a los hombres que deben buscar el máximo rendimiento de los bienes; y éste se obtiene mediante la aprobación individual. Por consiguiente, los propietarios de tierras son también los más racionales de los hombres. Estas diferencias tan fundamentales entre propietarios y no propietarios no pueden ser eludidas al pasar a la sociedad jurídica.

Por otra parte, no olvidemos que el Estado y el Derecho no pueden modificar esta situación. Locke insiste en que las diferencias en la propiedad existen en el estado de naturaleza; nos dice además que el Derecho se crea para proteger las propiedades y que, por consiguiente, no puede pasar de los límites impuestos por la naturaleza. Luego, el Estado tiene por objeto proteger propiedades desiguales (31). Es más; si todos los hombres fueran iguales, el estado de naturaleza sería pacífico y el papel del Estado se reduciría a su mínima expresión o no sería necesario. Pero la falta de propiedad de algunos da lugar a envidias (totalmente injustificadas dentro del esquema de Locke) y exige la presencia de un

sistema coercitivo. Locke considera un hecho "natural" que una parte de la humanidad no sea racionalmente capaz de guiar sus propias vidas (en el sentido burgués) y, por tanto, requiere un Estado y un orden jurídico que la oriente indicándole mediante leyes aquellos que es correcto y sancionándola cuando infringe estas leyes. En esta tarea, la Iglesia debe participar aplicando sanciones religiosas a aquellos que no pueden comportarse racionalmente, es decir, trabajar intensamente y no discutir el orden establecido por la naturaleza.

Hemos llegado así a una concepción del Estado que lo asimila, según Macpherson, a "una Compañía con un patrimonio social (joint-stock company of owners) en la cual las decisiones de la mayoría de sus propietarios obligan no solamente a ellos mismos sino también a sus empleados. La clase laboral, cuyo único activo es su capacidad de trabajo, no puede tomar parte en las operaciones de la Compañía al mismo nivel que los propietarios" (32). El mismo Macpherson nos dice que el razonamiento de Locke es el siguiente: los obreros (es decir, aquellos que no poseen propiedades y deben vender su trabajo para subsistir) están en un nivel racional demasiado bajo para pensar o actuar políticamente; cuando superan ese nivel se inclinan únicamente a la insurrección; la mala administración del Estado no consiste en dejar al pobre al nivel de mera subsistencia sino en permitir insurrecciones; estas insurrecciones constituyen una ofensa al respeto que deben los obreros a los mejores (33).

La seguridad que busca el Derecho es, entonces, la seguridad de los capitalistas, la tranquilidad de los propieta-

rios frente a las reacciones de los no propietarios; de paso, se garantiza la vida de los obreros (siempre que no atenten contra la propiedad) ya que el sistema estaría seriamente comprometido si se permitiera que los obreros —tan necesarios como mano de obra y como consumidores— se mataran unos a otros.

* * *

El sistema preconizado por Locke penetró profundamente en las convicciones de los hombres de leyes de los siglos siguientes, a tal punto que puede afirmarse que todos los ordenamientos jurídicos posteriores llevan en alguna forma el sello de este filósofo.

No es necesario insistir en la importancia que ha sido atribuída a la propiedad privada y a la libertad contractual. Asimismo, la teoría de los derechos subjetivos —verdaderas ciudadelas del individualismo— ha sido recogida y venerada por casi todas las legislaciones dando origen, en una cierta manera, a documentos universalmente célebres como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formulada por la Revolución Francesa y la Declaración Americana en el mismo sentido.

Sin embargo, es interesante recordar algunos de los efectos del pensamiento de Locke en lo referente a la composición y elección del Parlamento; en esta forma nos será posible conocer sus repercusiones sobre la formación de las leyes.

La mayor parte de las Constituciones democráticas (la democracia liberal debe sus bases indudablemente a los filósofos ingleses así como a los enciclopedistas franceses) incorporan

en su articulado alguna disposición limitando el derecho a voto y el derecho a ser elegido como diputado o senador, a quienes acreditaran poseer propiedades. Esta prescripción fue matizada al contacto de otros principios o de circunstancias políticas diversas, pero no fue suprimida sino muy avanzado el S. XIX. Por otra parte, las Constituciones hacen hincapié en el carácter sagrado de los derechos individuales, independientemente de todo contexto social. Y será sólo a principios del presente siglo, bajo la presión socializante del Derecho alemán, que los ordenamientos jurídicos permitirán el ingreso de nociones tales como el abuso del Derecho, el interés general y la utilidad social.

En el Perú, la Constitución de 1823 establecía en su artículo 4º que si “la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los ciudadanos que la componen, ataca el pacto social”. Debemos tener siempre presente que tales derechos legítimos de los individuos son los que éstos habían adquirido sin necesidad de la intervención del Estado y que son desiguales “por naturaleza”. El artículo 5º del mismo texto legal disponía que “la Nación no tiene facultad para decretar leyes que atenten los derechos individuales”. Respecto de la participación en la elaboración del orden jurídico, el artículo 17, inc. a), determinaba que para ser ciudadano (vale decir, para tener derecho a voto o para tomar parte en la sociedad a título de “miembro completo”) era necesario “tener una propiedad o ejercer cualquier profesión o arte con título público o ocuparse de alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero”. Esta última

limitación obedecía a la idea de que el jornalero es un ser menos racional que el propietario. Además, pretendía solucionar un problema de carácter práctico: evitar la presión del propietario sobre el voto del jornalero; pero tal planteamiento presupone también considerar que el jornalero no cuenta con el mismo grado de racionalidad que el patrón y, por tanto, puede ser influenciado por éste. El artículo 43 del texto legal comentado exigía que para el “grave cargo de representante” era necesario “tener una propiedad o renta de 800 pesos cuando menos o ejercer cualquier industria que les rinda anualmente o ser profesor público de alguna ciencia”.

Disposiciones similares —con algunas modificaciones y, a veces, atenuantes —se repiten en las Constituciones siguientes y será solamente la Constitución de 1867 que suprimará toda referencia a la propiedad o renta, estableciendo que todos los ciudadanos que sepan leer y escribir tendrán derecho a elegir y ser elegidos.

III

Después de haber pasado esta rápida revista al pensamiento jurídico de Locke, conviene detenerse a reflexionar brevemente sobre sus consecuencias haciendo un balance de sus aportes.

Indudablemente, Locke contribuyó en forma notable al reconocimiento de una dignidad de la persona humana, del valor de cada hombre en cuanto tal. Sus ataques a la esclavitud son violentos y apasionados. Toda su obra rezuma el deseo vehemente de dar seguridad al individuo, de protegerlo frente a las arbitrariedades del Estado

y frente a las invasiones de los demás hombres. Resultado de esta preocupación lo constituyen sus contribuciones a la teoría constitucional en cuanto a la división de poderes, al derecho de los pueblos a nombrar sus representantes, a las garantías constitucionales.

Sin embargo, es interesante examinar los alcances de esta protección. La seguridad es un valor jurídico fundamental pero es un valor subordinado ya que está siempre en referencia a otro término: se asegura siempre *algo*. Y ese algo es lo que debemos analizar para juzgar en su verdadera dimensión la seguridad proporcionada.

Toda la obra de Locke pretende asegurar la persona humana frente a los abusos del poder. Pero su idea de "persona humana" está íntegramente referida a las concepciones de su tiempo e incluso de su grupo social dentro de su tiempo: la persona humana es para Locke ante todo el propietario. Este es el ser plenamente racional que cumple fielmente con las leyes impuestas por la naturaleza: se trata, por consiguiente, de una imagen burguesa del hombre. Esta imagen particular es universalizada en el pensamiento lockeano hasta convertirse en un patrón inmutable: todo aquel que no sea propietario, que no corresponda exactamente a esta imagen, será un "menos-hombre"; el Derecho no puede modificar ninguno de los atributos burgueses porque se trata de "características naturales" que proceden de la esencia misma de la persona humana.

* * *

El razonamiento de Locke estuvo basado en una concepción del hombre

que olvidaba ciertos trazos fundamentales de la condición humana.

En efecto, la imagen burguesa de hombre es, presumiblemente por influencias del nominalismo, de carácter netamente individualista. El mundo social está compuesto por relaciones interindividuales sin la menor referencia a una humanidad, a una empresa colectiva; se trata de individuos aislados que, en el logro de sus fines absolutamente individuales, se encuentran unos frente a otros. El Derecho resulta así en forma de ordenar estas relaciones de individuo a individuo, tomando como punto de partida tales individualidades en vez del conjunto: cada sujeto aparece provisto originariamente de un haz de poderes o "derechos subjetivos"; el orden jurídico tendrá por misión evitar que por cualquier circunstancia se impida a algún hombre gozar de estos derechos anteriores a la sociedad y al Estado. El Derecho es así un simple mecanismo de protección y regulación: hace las veces de un policía de tránsito, quien se limita a dar el paso en forma ordenada sin importarle a dónde se dirige cada automóvil ni la potencia de su motor. El mundo en sus aspectos jurídicos sociales está totalmente atomizado, compuesto por la suma de elementos individuales, en la misma forma que el mundo físico según se le concebía en esa época; recordemos la influencia de Galileo en los pensadores del S. XVII, especialmente en Hobbes y, como consecuencia, en Locke.

Comparemos esta visión del mundo con la realidad que se nos ofrece a la experiencia. Hagámoslo desde la perspectiva del trabajo, que para Locke constituye la fuente del derecho subjetivo central: el derecho de propie-

dad. Locke nos lo presenta como una relación inmediata del hombre con las cosas, totalmente independiente de la existencia de otros hombres (salvo en la fijación de sus límites). Cada ser humano, sostiene Locke, es dueño de su cuerpo: esta relación es de carácter absolutamente individual. El trabajo no es sino el resultado de la actividad de su cuerpo y, por consiguiente, es tan individual como éste. El hombre es dueño de su trabajo en la misma medida que es dueño de su cuerpo. Entre el hombre y las cosas sobre las que aplica su actividad no se interpone la presencia de ningún otro ser humano: la vinculación entre el hombre y la cosa a través del trabajo es inmediata, directa, independiente. Este es el postulado básico del pensamiento de Locke, sobre el cual edificará todo su sistema.

No obstante, tal concepción del trabajo no corresponde a la experiencia. Por el contrario, el trabajo tiene una marcada vocación socializante: es la encrucijada en la cual la humanidad se da la mano. El trabajo supone, en primer lugar, el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por el conjunto de los hombres al momento de su realización. Cada hombre no está obligado a inventar de nuevo todas las técnicas: utiliza el caudal de la humanidad. El campesino que abona su campo como el ingeniero que dirige una fábrica, presuponen la existencia previa de una amplia investigación realizada en épocas y en lugares muy diversos. La labor que efectivamente se aplica para producir un bien no es sino el último eslabón de una cadena de esfuerzos y revisiones constantes: se trata de una carrera de postas en la que cada corredor va agre-

gando algo suyo a la posta que transmite. Por otra parte, el trabajo requiere, en segundo lugar, la colaboración de numerosas personas en la fabricación de maquinarias o insumos: cada productor necesita que un gran número de otros productores le proporcionen los elementos indispensables para su actividad. Finalmente y en tercer lugar, la producción moderna supone la colaboración de un cierto número de trabajadores organizados, en el acto mismo de producir. En consecuencia, es precisamente a través del trabajo que cada hombre se encuentra con los demás, experimenta la necesidad de una coexistencia con otros hombres, comprueba la comunidad de fines y de situaciones de todos los hombres; en una palabra, es en el trabajo que cada hombre hace la experiencia de la humanidad. Robinson Crusoe representa un caso patológico; y, aún en este caso extremo, el trabajador aparentemente aislado reencuentra a la humanidad a través del aprovechamiento de técnicas de producción y de conocimientos obtenidos por otros hombres. En consecuencia, el trabajo se manifiesta en una dimensión eminentemente social, muy lejos de la concepción individualista de Locke.

Ahora bien, si el trabajo tiene una dimensión social, la propiedad no puede dejar igualmente de tenerla. Hemos dicho que para Locke la propiedad se justificaba por la agregación de trabajo individual a los bienes dados en común a los hombres: de esta manera se producía una individualización de los bienes comunes. Sin embargo, si el trabajo no es absolutamente individual, tampoco podrá originar una individualización absoluta del bien en el que se incorpora: la di-

mensión social de la propiedad estará siempre presente, tanto por la comunidad de destino de los bienes materiales como por su aprovechamiento socializado.

Todo ello nos lleva a replantear incluso la noción misma de "derecho subjetivo" concebido como poder "natural" anterior al Estado y al Derecho y, por consiguiente, valedero en todo tipo de organización social. Los derechos subjetivos, tal como Locke nos los expone, presentan un carácter netamente histórico, relativo a las concepciones de una época y a las exigencias de una sociedad determinada. Locke negaba la naturaleza dinámica de la realidad al otorgar un valor eterno e inmutable a un momento histórico. Como haría notar Karl Marx posteriormente, una tal Filosofía del Derecho correspondía a un intento de justificación y preservación de los intereses burgueses asignándoles un valor racional y universal. Era, decía Marx, una obra de mistificación: en la sociedad esclavista, la opresión se mostraba directamente; en cambio, la filosofía burguesa tomó a su cargo la tarea de enmascarar la opresión ciñéndola de una aureola de eternidad.

* * *

Habremos advertido ya que la imagen del Derecho capitalista que el marxismo ataca, es justamente la imagen que nos presenta John Locke.

Para el marxismo, el orden jurídico es concebido como una maquinaria coercitiva al servicio de la clase dominante a fin de conservar sus privilegios. En el Manifiesto Comunista puede leerse: "Vuestro Derecho no es sino la voluntad de clase erigida en ley" (34). Y, en el mismo sentido,

afirma Stoyanovitch: "Toda regla de derecho es, en principio, voluntad de clase" (35). En consecuencia, la regla jurídica no proviene del conjunto del cuerpo social sino de una clase que ha impuesto su modo de producción. La analogía de esta concepción con el "derecho de los propietarios" teorizado por Locke es verdaderamente notable. Este mismo hecho nos puede quizá explicar el simplismo del pensamiento marxista en lo que se refiere al futuro del Derecho dentro de la sociedad comunista.

En efecto, Locke sostenía que el Derecho era necesario desde el momento en que los no-proprietarios podían tener envidia de los propietarios: el Derecho era el medio de hacerlos respetar la santidad de la propiedad. Marx no acepta el carácter "natural" de esta división de la sociedad en propietarios y no-propietarios y preconiza un orden social en el que no existirán clases sociales. Luego, el Derecho no será ya necesario, no se requerirá ningún aparato coercitivo puesto que habrá desaparecido la razón de las discrepancias. Es así como se producirá el debilitamiento y finalmente la supresión del Derecho y del Estado. Sin embargo, Locke no negaba el papel del Derecho como protector de vidas y libertades, además de las propiedades materiales; por el contrario, insiste mucho en ello. De tal modo que aún cuando no existieran diferencias sociales, el Derecho subsistiría en la concepción de Locke. En cambio, Marx desconoce estas funciones del Derecho: para él, los ordenamientos jurídicos tienen por única misión la de proteger las propiedades materiales; o cuando menos, nos remite a un problema de definición, a un problema puramente verbal, si

acepta la posibilidad de un orden regulador independiente de toda clase social pero rechaza respecto de ese orden la denominación de "Derecho"

Sin embargo, el simplismo del sistema que Marx propone en reemplazo de la concepción individualista no afecta la solidez de su crítica al pensamiento liberal. Marx denunció lúcidamente la presencia de lo histórico, lo circunstancial, en un sistema que se pretendía natural, a-histórico; insistió en el hecho de que tras una pantalla de universalidad, vivía un mundo netamente particular, la voluntad de una clase antes que el interés general. Y, en este sentido, Marx penetró muy profundamente con su crítica. Sostuvo que aún cuando se otorgaran derechos políticos completos —esos derechos que, como dice Kelsen, se tiene la costumbre de definir como "facultades de influenciar la formación de la voluntad estatal, es decir, de participar, de modo directo o indirecto, en la creación del orden jurídico" (36)— aún en ese caso, el orden jurídico continuaría siendo expresión de una clase mientras no se modificara la estructura social correspondiente: no habríamos superado el esquemas de Locke. "Lo que cuenta para el marxismo, dice Stoyanovitch, no es la existencia de tal o cual institución, de tal o cual *mise en scène*, sino de una clase dominante que por tal o cual medio apropiado hace valer su voluntad y su interés de clase" (37). Queda planteada así una íntima relación entre Derecho y sociedad, entre orden jurídico y realidad social. El Derecho no es un elemento abstracto, aislado, que pueda juzgarse en sí mismo: está profundamente vinculado con el tipo de relaciones sociales en que vive; el Derecho no es una

matemática de la normatividad, que puede justificarse a sí misma a través de sus propios razonamientos: es preciso compararlo continuamente con la estructura socio-económica sobre la que actúa y en medio de la cual se realiza.

Esta observación reviste una importancia particular respecto de nuestro tiempo pues, aún cuando no se discute más el carácter universal del sufragio (salvo el caso de los analfabetos), cabe la posibilidad de permanecer dentro de un Derecho de clase si reconocemos la vinculación entre el orden jurídico y la realidad social. En efecto, hemos señalado que a partir de la mitad del siglo pasado, la mayor parte de las Constituciones han suprimido el requisito de poseer propiedades o renta para gozar de derecho a elegir y de ser elegido. Sin embargo, la existencia de una clase privilegiada que detente el monopolio de la cultura, de los medios de expresión y del poder económico, hace ilusorio tales derechos. La fuerza de una clase con estas características sería decisiva en la formación del orden jurídico: su voluntad se haría sentir a través de toda clase de instrumentos, desde los más sutiles como la formación de la opinión pública mediante la prensa hasta los más rudos como la presión económica o el "golpe de Estado". En esta forma, la aparente participación de toda persona en la creación del orden jurídico sería desvirtuada o, por lo menos, interferida: la decisión de las mayorías quedaría sustituida en mayor o menor grado por la decisión de un grupo. Regresamos así al pensamiento de Locke, pero esta vez en forma velada: cuando la pantalla de la universalidad dejó transparentar la particularidad del sistema que se es-

condía tras ella, fué necesario inventar una segunda pantalla que cubriera la anterior.

* * *

La revisión del pensamiento jurídico de John Locke nos ha sido útil: hemos quedado sorprendidos, de primera intención, por su esfuerzo de encubrir una particularidad manifiesta, la ingenuidad de su fé individualista nos ha desconcertado; pero hemos comprobado después que su influencia no ha desaparecido hasta nuestro tiempo y que cuando juzgamos el orden jurídico en abstracto, independientemente de su contexto social —y lo hacemos frecuentemente por herencia del racionalismo— estamos participando en un cierto grado de esa concepción individualista del Derecho.

A manera de conclusión, al menos dos ideas merecen ser retenidas. En primer lugar, los llamados “derechos subjetivos”, especialmente el derecho

de propiedad, no cabe plantearlos de manera verdaderamente subjetiva: sólo pueden ser comprendidos como esferas de libertad *en el interior* de una estructuración social. El individuo aislado no existe y todo derecho individual sólo es tal en la medida que forma parte de un todo social. Por consiguiente, la “subjetividad” de esos derechos no puede separarse de una “objetividad” social que coexiste con ella desde su origen y la integra dentro de un tejido de limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, el Derecho nos remite necesariamente a una sociedad sobre la que actúa y de la que recibe su contenido. En consecuencia, el orden jurídico no puede ser juzgado en abstracto sino en su vigencia social efectiva. Considerado aisladamente no constituye sino un falso mundo de igualdad que contribuye a enmascarar la desigualdad social; en cambio, vinculado a una sociedad concreta se convierte en un eficaz instrumento para el logro de los fines que se propone la sociedad.

- (1) LASLETT, Peter.— Introducción a “Two Treatises of Government” de Locke. University Press. Cambridge. 1960. Pág.27.
- (2) MACPHERSON, C. B.— “The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke”. Clarendon Press. Oxford. 1962. Pág. 227.
- (3) LOCKE, John.— “The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government”, N° 26. La edición citada corresponde a la publicada por Peter Laslett bajo el título “Two Treatises of Government” en la University Press de Cambridge en 1960. Para facilidad del lector, en las notas siguientes será denominada abreviadamente “Second Treatise”.
- (4) LOCKE, John.— Second Treatise.— Nos. 26 y 34.
- (5) Ibid. Nos. 27 a 30.
- (6) Ibid. No. 40
- (7) Ibid. Nos. 41 a 45.
- (8) Ibid. No. 37.

- (9) Ibid. No. 28.
- (10) Ibid. Nos. 13 y 102.
- (11) Ibid. No. 4.
- (12) Raymond POLIN en “La Politique Moral de John Locke” (P. U. F., París, 1960) manifiesta su desacuerdo con esta interpretación que hemos tomado de Macpherson (O.C.) y secundada por Michel VILLEY (curso policopiado) y Mohamed EL SHAKANKIRI (“La doctrine de M. Macpherson sur l’individualisme possessif” in Archives de Philosophie du Droit, N° 10, Sirey, París 1965, pág. 221). Sostiene acertadamente Polin que en toda la obra de Locke no se menciona una sola vez el término “clase social”; afirma además que Locke hubiera aceptado más fácilmente una distinción entre varios tipos de individuos (propietarios, banqueros, comerciantes, obreros, etc.) antes que una estructuración bipartita y que para Locke en cierta forma todo hombre es propietario porque al menos es dueño de su fuer-

- za de trabajo. Sin embargo, Locke insiste mucho en la idea de que las propiedades inmuebles ("estates") son una de las tres clases de bienes para cuya protección se constituye el Estado; en consecuencia, quien posee además propiedades inmuebles no puede tener el mismo interés ni estar en la misma situación frente al Estado que aquel que sólo posee su fuerza de trabajo: nacen así efectos jurídicos de esta división social.
- (13) MACPHERSON, O. C.— Pág. 233.
 (14) Ibid. pág. 246.
 (15) LOCKE. "Second Treatise"— Nos. 31 y 46.
 (16) Ibid. Nos. 27 y 33.
 (17) Ibid. Nos. 47 a 51.
 (18) Ibid. Nos. 123 y 131.
 (19) Ibid. Nos. 16 a 21.
 (20) Ibid. No. 18, 1.
 (21) Ibid. No. 16
 (22) Ibid. Nos. 7 a 12.
- (23) Ibid. No. 13.
 (24) Ibid. No. 87.
 (25) Ibid. No. 91.
 (26) Ibid. No. 95.
 (27) Ibid. No. 138.
 (28) Ibid. No. 139.
 (29) MACPHERSON, O. C.— Págs. 247 a 251.
 (30) Ibid. pág. 252.
 (31) Ibid. pág. 231.
 (32) Ibid. pág. 251.
 (33) Ibid. pág. 224.
 (34) MARX, Karl y ENGELS, F. "Manifiesto Comunista", cit. p. STOYANOVITCH, K. "Marxisme et Droit". Bibliothèque de Philosophie du Droit. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. París. 1964, pág. 66.
 (35) STOYANOVITCH, O. C. pág. 70.
 (36) Kelsen, Hans. "Théorie Pure du Droit". Dalloz. París. 1962. Pág. 186.
 (37) STOYANOVITCH, O. C. pág. 79.

El Principio de la Reserva de la Ley en el Derecho Tributario

por Juan L. Castillo

El artículo 8º de nuestra Constitución de 1933 establece que "sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos, y exonerar de su pago en todo o en parte"; y agrega que "no hay privilegios en materia de impuestos".

Es decir, que dicho artículo constitucional consagra los siguientes principios: a) el de la reserva de la ley, en materia tributaria; b) el de la utilización exclusiva del producto de los impuestos, en los gastos ocasionados por el servicio público; y c) el de la igualdad ante el impuesto, en lo que concuerda con el artículo 23º, que establece la igualdad ante la ley.

Limitaré este trabajo al primero de tales principios, derivado del de legalidad, que, a su vez, no es sino un aspecto del más general, en las democracias occidentales, somete todas las actividades del Estado a las reglas del Derecho.

El principio denominado por Otto Mayer de "la reserva de la ley" significa que la regulación de ciertas materias ha de hacerse necesariamente por ley formal, es decir, por ley dada por el Poder Legislativo.

Una de estas materias es la tributación. En ella la reserva es la expresión del muy antiguo principio según el cual el impuesto debe ser autorizado por los representantes de quienes van a pagarlo, ya contenido en un documento suscrito por Alfonso VI de León el 31 de marzo de 1091, y en el punto doce

de la Carta Magna dada por Juan sin Tierra, el 12 de junio de 1215, que establece que "ningún escudaje o ayuda (nombre que se daba entonces al impuesto) será establecido en nuestro reino sin el consentimiento del común consejo de nuestro reino"

Todas las Constituciones del Perú han conferido exclusivamente al Congreso la atribución de establecer contribuciones, debiéndose citar especialmente el artículo 18º de las Bases de la Constitución de 16 de diciembre de 1822, que prescribe que "la imposición de contribuciones y el modo de repartirlas se establecerá exclusivamente por el Congreso"; el artículo 8º de la Constitución de 1860, según el cual "no puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público"; el artículo 7º de la de 1867, que establece que "sólo el Congreso puede imponer contribuciones"; y el artículo 7º de la de 1919, que dispone que "no pueden crearse ni modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público".

Hay que reconocer que el texto del artículo 8º de la Constitución de 1933 no es el que ha logrado la más acertada expresión del principio de la reserva de la ley, principio que también es incluido, en los mismos términos, en el artículo 109º de la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional en vigor, y complementado, en cuanto al destino de los ingresos respectivos, en el artículo 46º de di-

cha ley orgánica, que establece que “solamente en casos especificados por la ley se puede afectar un ingreso a un gasto determinado”.

Las Constituciones más recientes consagran, asimismo, este principio, como, entre otras, la de Italia de 27 de diciembre de 1947, cuyo artículo 23º establece que “ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta si no es conforme a la ley”; y la de Francia del 4 de octubre de 1958, que en su artículo 34º prescribe que la ley, votada por el Parlamento, fija las reglas concernientes al “asiento, la tasa y las modalidades de cobranza de las importaciones de toda naturaleza”.

La citada reserva también se fundamenta en la necesidad de que medie debate público para el establecimiento, la modificación o la supresión de los impuestos. Con esta fundamentación se relaciona el artículo 8º de la Ley Orgánica de Presupuesto de 1922 —no reproducido en la actual Ley Orgánica del Presupuesto Funcional— que, con el objeto de sustraer los problemas impositivos a la natural premura de la dación del Presupuesto, prohibía crear impuestos y modificar o suprimir leyes tributarias existentes, mediante las disposiciones anuales sobre entradas públicas que debían establecerse en el Presupuesto General de la República.

Dino Jarach considera, justificadamente, que el de reserva de la ley, es “el primer principio fundamental del Derecho Tributario Constitucional, la partida de nacimiento del Derecho Tributario”; y opina que alcanza a todos los tributos.

Aunque el tenor literal del artículo 8º de nuestra Constitución sólo contiene la palabra “impuestos”, creo que, en el Perú, la reserva comprende, además de los impuestos (entre los que incluyo las contribu-

ciones especiales), las tasas que, como prestaciones coercitivas, son manifestaciones del poder impositivo.

Precisado al alcance del principio, estudiaré su contenido necesario.

A. D. Giannini sostiene que “la determinación de los casos en que se debe el impuesto, de las personas obligadas al pago, de su cuantía, de los modos y formas en que el propio impuesto debe ser liquidado y recaudado, es materia que en el Estado moderno aparece regulada por el ordenamiento jurídico con disposiciones imperativas, a cuya observancia quedan obligados, tanto los órganos del Estado como las personas sujetas a su potestad”.

Para Cocivera “el ejercicio de la potestad tributaria es vinculado. La administración tiene el deber de aplicar las leyes de impuesto que de modo rígido disciplinan los casos, los modos y los criterios con los cuales debe surgir la imposición, sin dejar margen alguno de discrecionalidad a la administración financiera”.

Jarach expresa: “decir que no debe existir tributo sin ley significa que sólo la ley puede establecer la obligación tributaria, y por lo tanto, sólo la ley debe definir cuáles son los impuestos y los elementos de la relación tributaria. Y al decir elementos y supuestos, quiero significar que es la ley la que debe definir los hechos imponible, la esfera subjetiva, o sea, cuáles son los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer. Debe ser la ley la que debe establecer el objeto y la cantidad de la prestación, es decir, el criterio con que debe valuarse la materia imponible para aplicar luego el impuesto en un monto determinado, y es también la ley la que debe fijar este monto. Finalmente,

es la ley la que debe establecer cuál es el criterio con el que se delimita la esfera jurisdiccional del sujeto activo, cuál es la esfera en que se ejerce el poder fiscal para dar origen a un crédito fiscal”.

En la reciente Ley General Tributaria de España, la facultad de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejerce por ley; y se regulará por ley la determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen, del monto del devengo y la extinción de la obligación así como otros aspectos esenciales de la relación tributaria.

Análogas normas contiene el anteproyecto de Código Tributario preparado para el Perú por el doctor Jaime García Añoveros; y entiendo que también figuran en el proyecto de Código Tributario de Principios Generales en estudio por la Comisión Revisora de la Legislación Tributaria.

Conforme a la doctrina, uniformemente respetada por la legislación positiva en el Estado de Derecho, el principio de la reserva de la ley, en materia tributaria, significa, necesariamente, que una ley formal debe establecer de modo expreso: a) el hecho imponible, es decir, el hecho generador de una obligación tributaria; b) el sujeto pasivo de dicha obligación; c) los criterios de atribución de tal hecho a una persona determinada (propiedad o transmisión de un bien, disponibilidad de una renta, uso de un servicio público individualizable); d) los criterios de vinculación del sujeto pasivo al sujeto activo de la relación tributaria (nacionalidad, domicilio, residencia, ejercicio de actividad lucrativa, situación de un bien, disponibilidad de una renta según la situación de su fuente o el lugar en que se disfrute); e) el modo cierto de valuación de la materia imponible; f) la magnitud del tributo apli-

cable a la materia imponible; g) los modos de extinguirse la obligación y la oportunidad de exigir el pago del tributo; y h) la atribución del producto del tributo a un patrimonio administrativo determinado.

Aparte de la ley dictada por el Poder Legislativo, la potestad fiscal del Estado se puede ejercer mediante: a) decretos legislativos emanados del Gobierno con arreglo a delegación del poder de legislar conferida por el Congreso, ya sea en forma general, como lo hizo el Congreso Constituyente por ley N° 8463, de 14 de noviembre de 1936, ya sea en una materia u ocasión determinadas; o b) decretos-leyes dictados por gobiernos de hecho.

Los Decretos-Leyes; dictados por gobiernos de hecho deben ser ratificados por el Congreso una vez restablecida la normalidad institucional.

La ley que delegue el poder de crear, modificar o suprimir impuestos debe establecer, claramente, en términos generales todos los elementos ya enumerados, que constituyen el contenido necesario de la ley tributaria, si no se quiere tropezar con el principio constitucional de la reserva de ley.

También existe el peligro de que se tome por delegación del poder de modificar leyes impositivas, lo que no es sino mera autorización para hacer más eficaces los procedimientos administrativos existentes, sin variar las reglas sustantivas establecidas por las leyes en vigor, como ha sucedido con el artículo 46° de la ley N° 14729, sobre impuestos de timbre, que solo facultó al Poder Ejecutivo “para dictar, por actos administrativos, las medidas que juzguen necesarias para la mejor acotación y recaudación de los impuestos”, y que ha sido invocada por la Administración para variar sustancialmente la ley N°

2227, sobre impuesto a las sucesiones (D. S. N° 103-H, de 19 de abril de 1966), y para exigir en el segundo semestre del presente año, el pago del doble del impuesto complementario de tarifa progresiva que la ley establece, y sobre materia imponible que no es la expresamente señalada por la ley (D. S. N° 131-H, de 13 de mayo de 1966).

Igualmente contraría el principio de reserva de la ley, el uso de la facultad reglamentaria, general o referida a un caso determinado, en forma que signifique trasgresión o desnaturalización de la ley que se reglamenta (artículo 154°, inciso 8°, de la Constitución). Este es el caso del decreto-supremo N° 54-H, de 28 de febrero de 1966, que, invocando como sustentación legal la ley N° 15772, atribuye al Presupuesto del Gobierno Central entradas de entidades autónomas (llamadas el Sub-Sector Público Independiente) provenientes, no de subvención del Gobierno Central, sino de ingresos específicamente afectados por la ley a los presupuestos de dichas entidades, no obstante requerirse una ley para variar la afectación que otra ley da a un ingreso con arreglo al artículo 46° de la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional, y no existir tal disposición legal ni en la ley N° 15772, que se limita a ordenar una rebaja en la ejecución de los gastos públicos, ni en el artículo 22° de la ley N° 15850, que sólo autorizó al Ministerio de Hacienda a reajustar la economía a que se refiere la ley N° 15772, es decir, la que, conforme a esta ley, debe obtenerse en la ejecución de dichos gastos.

Desde luego, la estricta observancia del principio de la reserva de la ley no significa que la Administración Tributaria no pueda, dentro de los límites de lo que es esencial a la relación tributaria sustantiva, establecer reglas accesorias y de procedimiento que aseguren la aplicación de la ley; pero debe cuidar de

que al hacerlo, por error de interpretación derivado de deficiencia de conocimiento del Derecho, no contraría el principio en referencia.

Como la reserva de la ley en materia tributaria es un precepto constitucional, la nulidad es la sanción correspondiente al acto administrativo que la contraría, y el control destinado a asegurar la comprobación de ella, puede ser o político o jurisdiccional, según sea ejercido al amparo del artículo 26° de la Constitución del Estado, que establece que "pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución", o al del artículo 133°, que concede "acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes", siguiendo, en este caso, el procedimiento ordinario de puro derecho, señalado en el artículo 7° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFIA: Berliri, A. Principios de Derecho Tributario, traducción F. Vicente-Areche, Madrid, 1964; Cocivera, B. Principi di Diritto Tributario, Milano, 1961; Duverger, M., constitutions et documents politiques, París, 1964; Duverger M., Institutions politiques et Droit Constitutionnel, París, 1965; Fleiner, F., Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de S. A. Gendin, Barcelona, 1933; García Oviero, C., Derecho Administrativo, Madrid 1959; Garrido Falla, F., Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Madrid, 1964; Giannini, A. D., Instituciones de Derecho Tributario, Traducción F. Sainz de Bujanda, Madrid, 1957; Jarach, D., Curso Superior de Derecho Tributario, t. I, Buenos Aires, 1957; Laubadere, A. de, Manuel de Droit Administratif, París, 1963; Sainz de Bujanda, F., Hacienda y Derecho, t. I., Madrid, 1962; Rivero, J., Droit Administratif, París, 1962; Vedel, G., Droit Administratif, París, 1964; Vivancos E., Comentarios a la ley de procedimiento administrativo, Barcelona, 1959; Waline, M., Droit Administratif, París, 1963.

El Reconocimiento de los Gobiernos en América Latina

por Enrique Gómez Ossio

Es nuestro propósito, en este artículo, tratar de sugerir la creación de un organismo supranacional, que nosotros llamamos regional por estar referido a las repúblicas latinoamericanas en contraposición con la OEA que incluye a realidades distintas a las nuestras. Este organismo tendría, entre otras, la finalidad de controlar y supervigilar la constitución democrática de los hasta ahora separados Estados de América Latina.

Nuestra concepción de la América Latina integrada, está sustentada fundamentalmente sobre principios democráticos. Creemos por lo tanto, que se habrá dado un gran paso hacia la unificación cuando todos los Estados pertenecientes a la comunidad Latinoamericana adopten internamente una estructura democrática.

El organismo regional que nosotros propugnamos, el cual implica una renuncia por parte de los Estados miembros a su facultad particular de reconocer a otro Estado, tiene como misión, en este caso, la de coadyuvar a la preservación del origen democrático de los gobiernos que representan a los Estados mediante el reconocimiento de los mismos.

Los gobiernos son los representantes de los Estados. Aquellos pueden ser de derecho o de hecho, según hayan si-

do democráticamente elegidos y constituidos conforme a las leyes vigentes o no. En este artículo nos ocuparemos casi totalmente de la forma de gobierno más común en esta parte del Continente, es decir, de los gobiernos llamados de facto.

Citando a Osorio, diremos "Todos los días vemos que una agrupación de gentes turbulentas o un jerarca que abusa de su fuerza se adueña del poder y gobiernan en nombre del país, con lo que no se sabe cuál es la voluntad de éste sino hasta dónde llega la tiranía del mandarín". Esta apreciación la hizo el gran maestro español en 1942. Hoy en 1966 tiene tanta o más vigencia.

En doctrina de Derecho Internacional son dos las teorías más notables sobre el reconocimiento. La primera de ellas se denomina "Constitutiva" y supone que un gobierno recién adquiere capacidad legal internacional cuando es reconocido por la generalidad de los demás gobiernos. Esta teoría nos lleva a formularnos una interrogante en lo relacionado al término generalidad, ¿Qué han querido expresar con esto los tratadistas? De momento puede aparecer cinco interpretaciones, sin descartar la posibilidad de algunas más. Que por generalidad se entienda el reconocimiento de la casi totalidad de los Es-

tados con los que anteriormente sostenía relaciones diplomáticas o meramente comerciales; que se refiera a reconocimiento de los gobiernos que están representados en el máximo organismo internacional; que sea el llevado a cabo por un número apreciable de naciones aunque dentro de éstas estén comprendidas naciones que no sostenían relaciones con el gobierno anterior; a la aceptación que de el nuevo gobierno hagan los organismos internacionales de carácter menos universal, como por ejemplo, en América, la OEA; y por último, al reconocimiento hecho por los gobiernos de los países que pertenecieron a la misma región o pueblo - continente y que estuviesen regidos por un organismo regional común, lo que implicaría necesariamente que el nuevo gobierno se ajustara a ciertos cánones previstos por este organismo.

La segunda teoría importante es la "Declarativa". Para enunciarla es conveniente citar al publicista norteamericano Katzenbach: "La categoría de Estado o gobierno existe independientemente del reconocimiento que de él hagan otros estados, puesto que (dicho Estado o gobierno) consiste en determinados hechos. El reconocimiento no es sino la declaración formal de que existe esa condición de hecho".

De estas dos teorías aceptamos la primera, con sus dos últimas interpretaciones. La penúltima, mientras se forme un organismo regional, y fundamentalmente la última por ser dicho organismo regional el que más se adapta al proceso de integración de nuestros pueblos, constituyendo inclusive un paso hacia ese fin. Además porque el reconocimiento dejaría de ser un ac-

to privativo de políticos para ser compartido por juristas, ya que estos organismos deben adoptar necesariamente un conjunto de reglas a las que debe ajustarse el nuevo gobierno para ser reconocido como tal.

En cuanto a la teoría declarativa nos parece que acarrea en nuestro medio demasiadas contradicciones, las mismas que hacen peligrar el fin democrático perseguido. Dicen los sostenedores de esta teoría que ella implica el derecho a la libre determinación de los pueblos, principio que en nuestra región ha devenido obsoleto debido a la liberalidad y arbitrariedad con la que es aplicado por nuestros dictadores criollos que con la modalidad de la defensa de la soberanía popular perpetran sus golpes de Estado a nombre del pueblo y también a espaldas del mismo.

Cabe también en esta parte hacer referencia a las doctrinas Estrada y Adams. En realidad ambas teorías se pueden enunciar con una misma fórmula: "Cabe el reconocimiento de un gobierno de facto cuando éste controla el orden interno y respeta los tratados internacionales". Estas doctrinas que quizá significaron un adelanto en la época en que fueron anunciadas, actualmente han perdido su vigencia, resultando además inaplicables dentro de nuestra concepción, ya que el control del orden interno y el respeto de los tratados internacionales no significan en absoluto que este gobierno sea el legítimo representante de su pueblo.

Otra doctrina, cuyo enunciado abona en favor nuestro, es la sentada por Venezuela durante la presidencia del señor Betancourt mediante la cual este país se abstiene de otorgar su recono-

cimiento a los gobiernos surgidos de golpes de estado.

Presentada la parte doctrinaria nos resta hablar sobre el procedimiento a seguir frente a un gobierno de facto recién instalado. Debe entenderse aquí que nos estamos refiriendo al proceso de reconocimiento dentro de la nueva teoría sostenida por nosotros. Para ello hemos de dividir al movimiento en dos fases: la primera sucede cuando el gobierno revolucionario dicta normas provisionales conducentes a crear las condiciones necesarias para convocar a elecciones. Este período no debe exceder de un año, plazo más que suficiente para llevar a cabo lo antes propuesto. En esta situación el organismo debe seguir una política de observación de los acontecimientos, pero sin tomar todavía una decisión final. La segunda fase se produce cuando el pueblo elige libremente a sus gobernantes. Con respecto a la elección, la organización regional deberá designar delegados quienes actuarán de observadores emitiendo finalmente un informe que será contemplado por el organismo referido, a fin de que después de hacer la evaluación respectiva se pronuncie a fa-

vor del reconocimiento o no de este nuevo gobierno. Demás está decir que si un gobierno de hecho se negara a realizar elecciones no será reconocido como existente por el organismo regional y por ende por ningún estado de la comunidad.

OBRAS CONSULTADAS:

- * *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* por Maurice Duverger.
- * *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional* por Morton A. Kaplan y Nicholas de B. Katzenbach.
- * *Nociones del Derecho Internacional Público* por Angel Ossorio
- * Aspectos de la Institución de Reconocimiento de Gobiernos
Tesis de Bachiller de Hugo Ernesto Palma Valderrama
- * *Derecho Internacional* por Charles Fenwick

Algunas Observaciones Sobre el Habeas Corpus

Por: *Juan Armando Lengua Balbi*

En el mundo del Derecho hay instituciones cuyo conocimiento —por su trascendente significación— debe preocupar no sólo a juristas y abogados, que tienen por quehacer cotidiano el estudio y manejo de las leyes, sino también a todo ciudadano interesado en la vigencia del orden que el Estado de Derecho supone realizar dentro de su comunidad. De aquella gama de concreciones jurídicas, destacan las estatuidas con el valor de verdaderas conquistas del hombre en la lucha permanente de ayer contra la omnipotencia del Estado y no poco frecuente de hoy contra los excesos de la autoridad. Pues bien, en esta reducida esfera tutelar, ubicamos al Habeas Corpus, y a su estudio debe dispensarse especial atención, por ser una de las pocas instituciones jurídicas que, en puridad de expresión, merece el título de garantía constitucional.

La importancia del Habeas corpus se relleva, cuando se advierte que es uno de los contados instrumentos legales creados como vías de inmediata y eficaz solución para hacer frente a los casos de abuso del Poder Público, cuyas arbitrariedades llegan a desconocer y violar ciertos derechos, básicos en un Estado que se proclame constitucional, porque aparecen ligados en su vigencia, con inevitable necesidad, al fin propio del hombre.

La organización del Estado moderno, caracterizado por la diversifica-

ción del Poder, como fórmula de feliz equilibrio, persigue cautelar un reducido de libertad, separando las funciones de gobierno a través de tres órganos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con el objeto de que, ciñéndose éstos en su actividad al específico campo de acción que la ley les señala, resulten protegidos aquellos fundamentales derechos, que conducen en su desenvolvimiento a la perfección de la persona humana, y cuyo ejercicio, de hallarse concentrada en una sola mano la formulación del orden jurídico, su cumplimiento y la declaración de sus normas en los casos concretos que así lo exigen, habría de correr grave riesgo de total escarnio, tal y conforme ha sucedido, cuando la voluntad del Estado no suponía inhibición alguna en los siglos pasados, y sucede, actualmente, en períodos de verdaderas y lastimosas crisis en la vida de nuestras incipientes democracias la necesidad de que un estatuto de derechos o de libertades de suyo esencial, tenga definida y eficaz tutela, que no solo dependa de la normal y armónica actuación de los órganos del Estado, obliga con urgencia a instituir un amparo que posibilite el pronto restablecimiento del derecho o libertad violada o la cesación inmediata de la amenaza que inminentemente pueda afectar su subsistencia. Esta y no otra es la razón de ser del Habeas Corpus, creado como una verdadera garantía; en un comienzo solamente de la sim-

ple libertad física de locomoción, por que la autoridad no reconocía otro derecho, operando hoy por una necesidad histórica como protector de la libertad individual en su plena y cabal acepción, esto es, entendida como "un derecho natural que corresponde a la persona y que consiste en la facultad inviolable, de realizar los actos propios de su condición racional" (1). Exacto concepto el glosado, que justifica como correlato, la generosa extensión de su manto a ciertos derechos individuales y sociales, mal llamados garantías, que enuncian libertades como las de conciencia, de opinión, de culto, de asociación, de trabajo, etc., pero que no proporcionan, en buena cuenta, remedio alguno cuando ellas son objeto de transgresión por obra de la autoridad, toda vez que la única y verdadera garantía resulta ser el Habeas Corpus y no los derechos o proclamas cuyo respeto y vigencia él ampara.

Debe destacarse de lo sucintamente dicho, que el Habeas Corpus es una acción y no un recurso, y no es una simple acción civil, penal o administrativa, sino una acción de índole constitucional. Para nosotros tiene especial importancia determinar su naturaleza jurídica toda vez que aun cuando el artículo 69 de la Constitución vigente del año 1933 superó el bizantino debate sobre el particular, calificando al mismo como una acción, el Código de Procedimiento Penales del año 1940 lo reguló limitativa y deficientemente, denominándolo recurso, a lo que hay que agregar el rótulo que asimismo le asignan otras leyes posteriores, y el sensible e inexplicable desacuerdo de la Jurisprudencia, al seguir llamando recurso a una vía procesal que inequívocamente constituye una acción. El recurso

es un medio de impugnación que pueden hacer valer las partes dentro de una litis contra las resoluciones que consideren lesivas a sus intereses, de modo que su uso, supone la existencia de una litis y de una decisión formal de la que se recurre. La acción, por el contrario, no requiere como presupuestos, ni de una litis abierta, ni de una decisión que tenga forma de resolución, e importa el ejercicio de un derecho autónomo que permite reclamar la actuación del órgano jurisdiccional en amparo de una pretensión. Hemos señalado que el Habeas Corpus procede como remedio legal frente a los actos arbitrarios del Poder Público que infringen ciertos derechos individuales y sociales, y como quiera que la arbitrariedad precisamente "consiste en un mero acto de fuerza, con el que la autoridad salta por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla o principio de carácter general", (2) es decir, que puede no tener forma de resolución y no necesita producirse a raíz de un juicio, forzoso es descartar su calificación como recurso. Más bien, al presentarse el Habeas Corpus como el ejercicio de un derecho subjetivo, que no se halla condicionado a la existencia de aquellos presupuestos y que procede siempre que la afectación de la libertad no provenga de autoridad competente o no consiste en orden escrita; que esa orden no esté fundada satisfactoriamente en ley, o que, estándola, sea ésta inconstitucional, es manifiesta su naturaleza de acción. Y si es una acción el Habeas Corpus, debe en definitiva estimarse que, strictu sensu, la garantía resulta ser esta institución y no los meros derechos que ella tutela. Por eso, con singular acierto dice el publicista

argentino Sánchez Viamonte “que la técnica obliga a dar nombres distintos a cosas distintas; que no se puede hablar de amparo de garantía, porque lo que necesita amparo jurídico no es garantía propiamente dicha; de ahí que sólo constituyen protección teórica de la libertad todas aquellas disposiciones constitucionales que, a su vez, necesitan el amparo efectivo, protección práctica de una garantía propiamente dicha” (3), tal y conforme ocurre con el Habeas Corpus. No puede ser garantía la declaración necesaria de un atributo o prerrogativa, aun cuando lo sea por una ley fundamental, siempre requiera de protección cuando es conculcada; es menester que se entienda por tal denominación al instrumento práctico llevado a su máxima eficacia en orden a cuidar la indebida privación de ciertos derechos; y si esto es así, evidente es también, que el Habeas Corpus y no los derechos que él tutela, merece el rótulo de verdadera garantía constitucional.

De otro lado, procede el ejercicio de este instituto, no sólo cuando el derecho que protege resulta violado, sino también debe y ha de funcionar, cuando el bien objeto de sus cuidados, se vea amenazado de inminente daño por un acto arbitrario que sobre él pueda cernirse. Es obvio, que de circunscribir su esfera tuitiva, exclusivamente a los casos de hechos consumados, se estaría dejando en inexplicable desamparo a la persona que podría ser víctima también de un daño mayor por la proximidad de un abuso, que si bien no ha llegado a producir todavía sus consecuencias finales, los efectos que dejan ya sentirse, son de innegable gravedad. Como se quiere -a no dudarlo- con su institución, proteger un esencial status personal, y como no se

compadece con el propósito de un oportuno y eficaz amparo, el condicionar la defensa al hecho mismo de la violación, momento en que quizás resulte inútil ya todo remedio, debemos atender entonces, que su uso es factible también para los casos de inminente transgresión que, como se tiene apuntado, llegan a producir siempre un daño, a veces tan grave como la misma violación, y que reclama, por tanto, un pronto resguardo.

Finalmente, no es oportuno, ni tampoco acertado limitar su manto de protección a sólo las transgresiones de la libertad física, toda vez que, el Habeas Corpus, es un medio procesal que garantiza el respeto que a la libertad individual debe toda autoridad, y la libertad individual no solamente resume aquella facultad de movimiento o el atributo de un domicilio inviolable, sino también alude a un status que comprende a todo ese conjunto de derechos que constituyen la libertad civil y política, y que con el agregado de ciertas concesiones sociales, necesarias como correlato, forma un estatuto de la persona, cuyo desarrollo conduce a la realización de su fin, exigiendo, por tanto, del Estado que constituye un organismo jurídico y político a su servicio, la creación de una inmediata y eficaz tutela, que no puede ser otra que el Habeas Corpus.

Se arguye en vía de crítica a la extensión que hoy caracteriza a la actividad de esta institución, el hecho que se desvirtúa su sentido y objeto, al acogerse bajo su esfera la protección de derechos que escapan a la razón de su existencia, que como su nombre lo indica, hace exclusiva referencia a la libertad física. Sin embargo aquella limitación “es explicable, porque, cuando este remedio nació en la vida jurídica

la humanidad sólo consideraba indispensable garantizar la libertad individual, en su noción reducida”(4), la cual ha ido enriqueciéndose a través de un lento proceso de evolución, que llegó a delinearse por primera vez en declaración y enunciación de derechos en el Estado de Virginia de Norteamérica. Hemos de considerar, parafraseando a Sebastián Soler, que lo determinante en orden a la extensión gramatical con que se le designa, ni siquiera la razón que pudo alentar y fijar su primitivo establecimiento, si no la situación histórica de cada época; y la estimación de esta circunstancia exige hoy, ampliar el contenido del Habeas Corpus más allá de los límites que le señalaron esas primeras exigencias. Anotamos que la libertad personal paulatinamente fue enriqueciéndose con la suma de un conjunto de derechos individuales, pues bien, estos atributos en el decurso del tiempo tuvieron por fuerza que buscar defensa en aquella institución, toda vez que no había otra que pudiese amparar su subsistencia y es, de ese trance, que el instrumento protector salió con mayor contenido. Es esta la explicación a su actual alcance y es con tal proyección que lo sanciona el artículo 69 de nuestra Constitución, abriéndola como amparo de todos los derechos individuales y sociales consagrados en los Capítulos I y II de su Título II.

Ahora bien, conviene tener presente, que en las décadas que viene funcionando la institución entre nosotros con esa generosa amplitud, arroja un balance de positivo beneficio, que pudiese mejorar en mucho, si se consiguiese la dación de una ley de procedimiento, que lejos de anidarse en un Código adjetivo, sacase de él su regulación y la pusiese a tono con las dife-

rentes situaciones que dan lugar a su ejercicio. Nos referimos a la urgencia de establecer un trámite idóneo, según se trate de recurrir de una arbitrariedad que afecte un derecho de naturaleza civil o de índole laboral, en vía de ejemplo, porque si bien podría justificarse la sustanciación que el Código de Procedimientos Penales señala en el Título VIII de su Libro Cuarto, para los casos penales que lo motivan, es inconcebible, por decir lo menos, que siga persistiendo ese mismo trámite cuando se recurre de vejaciones de otro orden, en el que algunas veces asistimos, con gran desconcierto, a clamorosas privaciones del ejercicio del derecho de defensa a quienes tienen un interés personal y directo, a causa de que siendo solamente partes en el procedimiento de Habeas Corpus el Estado y la persona cuya mal llamada garantía resulta transgredida, se niega toda intervención a quienes también han participado y, como gananciosos, en la situación de la que precisamente ese recurre. Hay urgencia en la dación de una ley adjetiva que canalice debidamente el ejercicio del Habeas Corpus, toda vez que si bien se justifica la competencia de los Tribunales Correccionales tratándose de la privación de la libertad física o del allanamiento de un domicilio, es inexplicable que se mantenga, si no lo fuera por la ausencia de una adecuada regulación, que aquellos Tribunales sigan conociendo de la acción aun cuando ella contenga un asunto de carácter civil o laboral, que por razones ociosas de explicar deben ser objeto de decisión por las Salas técnicas en la materia. Por último, hay urgencia de una ley adjetiva que corresponda a las exigencias del Habeas Corpus, porque si bien es conveniente que la decisión

Pasa a la Pág. 90

Estatuto de la Abogacía

DISPOSICIONES GENERALES

Artº 1º— La función que desempeña el abogado dentro de la administración de justicia tiene el carácter de servicio público. Igual carácter reviste el asesoramiento que presta el abogado ante los demás organismos del Estado.

Artº 2º— Entre los miembros del Poder Judicial de cualquier jerarquía y los abogados no existe subordinación, debiendo considerarse con respecto recíproco.

Artº 3º— El ejercicio de la abogacía no está gravada con patentes ni impuestos comerciales ni industriales.

Artº 4º— Los abogados tienen derecho de intervenir y prestar asesoramiento a sus patrocinados, ante toda clase de autoridades sean estas judiciales, políticas, administrativas o policiales, y ante las diversas entidades públicas. Nadie podrá impedir este ejercicio bajo responsabilidad.

Artº 5º— Es obligatoria la intervención de abogado en los lugares en que haya tres o más, en los casos señalados por la ley.

TÍTULO I

DEL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO

CAPITULO I DE LOS REGISTROS

Artº 6º— Para ejercer la abogacía se requiere:

a) Ser ciudadano en ejercicio;

b) Título de abogado otorgado o revalidado en el Perú conforme a ley;

c) Inscribirse en el Colegio de Abogados de un Distrito Judicial de la República y ser miembro activo de éste;

d) Inscribirse en la Corte Superior del Distrito Judicial donde va a ejercer su profesión;

e) No estar legalmente impedido.

Artº 7º— Los extranjeros podrán ejercer la abogacía en el Perú siempre que se hallen en ejercicio de sus derechos civiles y reúnan los requisitos de los incisos b), c), d) y e) del artículo anterior.

Artº 8º— Para la inscripción en un Colegio de Abogados de quienes hayan obtenido título profesional en el extranjero, se exigirá además del título debidamente revalidado:

a) Prueba auténtica de ser mayor de edad y capaz civilmente según su ley nacional respectiva si el solicitante fuera extranjero;

b) Certificado que acredite que el peticionario carece de antecedentes penales; y

c) Certificado que compruebe que el solicitante reúne todos los requisitos exigidos para ejercer la abogacía en el país en que obtuvo el título.

Artº 9º— El 18 de marzo de cada año, los Colegios de Abogados publicarán en el Diario Oficial "El Peruano" y en el Diario Judicial del respec-

tivo distrito judicial, sin costo alguno, la relación de los abogados inscritos durante el año judicial anterior.

CAPITULO II

DE LAS PROHIBICIONES PARA EJERCER LA ABOGACIA

Artº 10º— Están impedidos de ejercer la abogacía:

- a) Los que adolezcan de incapacidad física o mental; y
- b) Los procesados por delito culposo, excepto los de difamación, injuria o calumnia, contra quienes se hayan declarado haber mérito para juicio oral; los suspendidos por resoluciones judiciales y los condenados a la pena de inhabilitación en los términos de la correspondiente sentencia; y los suspendidos y los inhabilitados definitivamente por medida disciplinaria dictada por un Colegio de Abogados.

Quienes se hallen en los casos del inciso b) del presente artículo podrán defenderse en causa propia.

Artº 11º— El ejercicio de la abogacía es incompatible.

- a) Con los cargos de juez y miembro del Ministerio Fiscal, notario, secretario judicial, relator, empleado del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, Director de Ministerio, y registrador público titular;
- b) Con los cargos de autoridad política y miembros de la Policía y del Cuerpo de Investigaciones;
- c) Con los cargos de miembros de las mesas directivas de las Cámaras. Los representantes parlamentarios no podrán intervenir en los procesos en que sean parte el Estado, entidades o corporaciones públicas y entidades privadas que tengan con-

tratos con aquellas o realicen servicios públicos.

- d) Con los cargos y empleos públicos que demanden dedicación exclusiva o con aquellos en que se hubiera prohibido actividades distintas a las del respectivo cargo;
- e) con la calidad de clérigo regular o miembro de alguna orden religiosa.

Los abogados comprendidos en los incisos a), b), c) primera parte y d) no están impedidos de defender en causa propia, de su cónyuge, ascendientes y descendientes.

Los jueces de paz no letrados no se hallan comprendidos en la prohibición del inc. a) del presente artículo. Tampoco están comprendidos en dicha prohibición los abogados que ejercen cargos judiciales como suplentes, en los procesos en que no intervengan como tales.

CAPITULO III

DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA

Artº 12º— Ejercen ilegalmente la profesión de abogado:

- a) Quienes sin poseer título de tal, expedido ó revalidado en el Perú se anuncien como abogados o realicen los actos o gestiones reservadas a los abogados;
- b) Quienes poseyendo título de abogado expedido o revalidado en la República practiquen actos o gestiones reservadas a los abogados sin haber cumplido los requisitos que para ejercer la profesión exige la ley;
- c) Los abogados que infrinjan las prohibiciones contenidas en los arts. 11º y 12º; y
- d) Los abogados que presten habitual-

mente su nombre, firma u oficina desligándose de toda responsabilidad, a otro que careciendo de título ejerza actividades inherentes a la profesión.

Artº 13º.— Los que infrinjan las disposiciones de los tres primeros incisos del artículo anterior sufrirán pena de prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años. Los abogados comprendidos en el inc. d) sufrirán pena de suspensión hasta por un año y en caso de reincidencia serán inhabilitados en forma definitiva.

Artº 14º.— La denuncia de los delitos a que se refiere el presente capítulo corresponde a los agraviados, al Ministerio Fiscal y al Colegio de Abogados del respectivo Distrito Judicial, que se apersonará como parte civil a fin de exigir la reparación del daño ocasionado a la moral profesional.

CAPITULO IV

DE LAS SOCIEDADES DE ABOGADOS

Art. 15.— Los abogados que no estuvieren legalmente impedidos para ejercer la profesión, podrán constituir sociedades, con el fin de auxiliarse en la defensa, sustituirse en ésta y participar en común de los beneficios económicos de su actividad.

Artº. 16º.— Las sociedades de abogados no desligan a los abogados que las constituyen de los deberes y responsabilidades profesionales derivadas de sus intervenciones personales en el patrocinio y en la defensa.

Artº. 17º.— Los abogados miembros de una sociedad no podrán patrocinar clientes de intereses opuestos o incompatibles.

Artº. 18.— Los estatutos de las sociedades de abogados deberán ser aprobados por el Colegio de Abogados del Distrito Judicial en que tengan su sede.

TITULO II

DE LOS DEBERES Y DE LOS DERECHOS DE LOS ABOGADOS

CAPITULO I

DE LOS DEBERES Y DE LOS DERECHOS

Artº. 19º.— Son deberes de los abogados:

- a) Defender el orden jurídico y la Constitución de la República, propugnar la buena aplicación de las leyes, colaborar para que se logre una eficiente y rápida administración de justicia y contribuir al mejoramiento de las instituciones jurídicas.
- b) Velar por el prestigio de la profesión;
- c) Participar en las actividades institucionales del Colegio de Abogados al que pertenezca y cumplir las comisiones y encargos que le confiera;
- d) Defender y asesorar a sus clientes con sujeción a la ley y a la verdad de los hechos;
- e) Observar los preceptos del Código de Etica Profesional;
- f) Mantener el secreto a que está obligado;
- g) Prestar sin remuneración alguna servicios profesionales a las personas que gocen del beneficio de defensa gratuita; y
- h) Servir los cargos judiciales como suplente.

Artº 20º— Son derechos del abogado:

- a) Ejercer libremente su profesión en todo el territorio nacional;
- b) Hacer respetar en nombre de la libertad profesional, la inviolabilidad de su oficina de trabajo y de sus documentos y archivos profesionales;
- c) Comunicarse con sus clientes aun cuando se hallen presos o detenidos, en los casos que no estuviera prohibido expresamente por la ley;
- d) Ingresar libremente a las oficinas judiciales, dependencias públicas y lugares de prisión o detención;
- e) Dirigirse a los jueces independientemente de las audiencias o diligencias judiciales;
- f) Examinar los expedientes judiciales y administrativos en el ejercicio de su profesión;
- g) Recabar los expedientes judiciales del respectivo procurador y, a falta de éste, del secretario judicial, en los casos señalados por la ley;
- h) Contratar de palabra o por escrito sus honorarios profesionales.

Artº 21º— En los procesos judiciales en el caso del artº 5º de la presente ley los abogados realizarán las siguientes funciones:

- a) Autorizarán con su firma los escritos que presenten sus patrocinados en los casos en que dicha autorización sea exigible;
- b) Informarán verbalmente y de palabra ante los jueces y tribunales; y
- c) Intervendrán en las diligencias judiciales de acuerdo con las disposiciones de la ley procesal.

Artº 22º— En los actos notariales en los mismos casos del art. 5º, los abogados autorizarán con su firma:

- a) Las minutas de las escrituras públicas;
- b) Los contratos privados que se legalicen ante notario que se refieran a inmuebles o a transacciones por un monto de S/. 10,000.00.

Artº 23º— Los abogados intervendrán, asimismo en los casos del artº 5º de la presente ley, en la tramitación de reclamaciones y expedientes ante la administración pública, departamental o municipal autorizando los respectivos escritos y solicitudes, salvo que se trate de solicitudes o peticiones de empleados o funcionarios públicos.

Artº 24º— La autorización de los abogados se realizará mediante su firma y sello con su nombre y número de matrícula en el Colegio de Abogados.

Artº 25º— Los jueces y demás funcionarios públicos no admitirán ni tramitarán bajo responsabilidad escritos y solicitudes que carezcan de autorización de abogado, en los casos en que sea legalmente exigible dicho requisito.

Artº 26º— Los abogados tienen derecho de ser nombrados para los cargos y empleos públicos que la ley exija que sean desempeñados por dichos profesionales al producirse la vacante respectiva. Dichos nombramientos se realizarán por concurso u oposición.

Artº 27º— Los abogados al servicio del Estado gozan de los siguientes derechos.

- a) Haber mínimo;
- b) Escalafón por antigüedad y por función; y
- c) Bonificación por especialización.

Artº 28º— Los abogados que prestan servicios a personas jurídicas de derecho privado gozarán de todos los

derechos que confiere a los profesionales la ley 13937 y su reglamento, así como todos los beneficios que, en tales casos, acuerden a los empleados las otras leyes sobre la materia y los pactos.

CAPITULO II

DE LOS HONORARIOS

Artº 29º— Los abogados concertarán libremente sus honorarios pero estos no podrán ser menores que los señalados por la tabla de honorarios mínimos aprobada por el Colegio al que corresponde el lugar donde presen sus servicios profesionales.

Artº 30º— A falta de contrato de honorarios, estos se fijarán teniendo en cuenta:

- t) La labor realizada y la duración del proceso o reclamo;
- b) El haber estado impedido el abogado de intervenir en otros casos;
- c) La cuantía del asunto, la condición económica del cliente y el provecho obtenido por éste.
- d) El carácter de la intervención ya sea que se trate de cliente permanente o de ocasión;
- e) La competencia y la fama del profesional; y
- f) Lo acostumbrado entre profesionales del foro sobre asuntos de la misma clase.

Artº 31º— Los honorarios serán fijados por el juez. También podrá ser fijados por el Colegio de Abogados, cuya Junta Directiva se pronunciará mediante decisión inapelable, si lo solicitan el abogado y la persona que hubiera patrocinado.

Artº 32º— Los procesos sobre pago de honorarios se tramitarán por la vía sumaria cualquiera que sea su cuantía.

La acción de cobro de honorarios prescribe a los cuatro años contados a partir de la última intervención del abogado en el patrocinio que se le hubiera encontrado.

Artº 33º— A falta de estipulación escrita la tercera parte de los honorarios se pagará al iniciarse el servicio; otra tercera parte al término de la primera instancia y el resto al final.

Artº 34º— Al fijar las costas personales los jueces no podrán asignar a los servicios profesionales una retribución menor que la fijada en la tabla de honorarios mínimos del Colegio de Abogados respectivo.

Artº 35º— Se prohíbe a los abogados designados por los jueces defensores o peritos, concertar honorarios directamente con los interesados.

Artº 36º— Celebrado un contrato de honorarios, el cliente podrá prescindir de los servicios del abogado:

- a) Por mutuo acuerdo;
- b) Abonando el íntegro de sus honorarios; y
- c) En caso de negligencia comprobada.

Artº 37º— En caso de falta de pago de honorarios, el abogado tiene acción contra la otra parte si esta hubiera sido condenada en favor de su patrocinado.

TITULO III

DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS Y DE LAS SANCIONES

CAPITULO I

DE LAS INFRACCIONES

Artº 38º— Los abogados cometen infracción en el ejercicio profesional

y serán sancionados disciplinariamente por los jueces en los siguientes casos:

- a) Cuando abogan maliciosamente contra disposición literal de la ley o sustentan su defensa a sabiendas en hechos falsos;
- b) Si se coluden con la parte contraria, si sirven con sus consejos o asistencia a litigantes que tienen intereses opuestos o perjudiquen de cualquier otra manera los intereses de sus patrocinados;
- c) Si violan el secreto profesional;
- d) Si aceptan honorarios directamente de los interesados, en los casos en que intervienen por nominación del juez;
- e) Si prestan su concurso a sus clientes o a terceros para realizar actos contrarios a la ley;
- f) Cuando maliciosamente y por acto propio originan la nulidad de lo actuado en un proceso judicial o lo dilatan o prolongan indebidamente;
- g) Cuando se niegan sin justa causa a realizar actos de patrocinio gratuito a quienes gozan de este beneficio en los casos que señala la ley;
- h) Cuando en los escritos e informes empleen términos ofensivos e inconvenientes; y
- i) Falta en general a los deberes profesionales señalados por esta ley;

Artº 39º— Las infracciones del Código de Ética Profesional serán sancionados por el respectivo Colegio de Abogados.

CAPITULO II

DE LAS SANCIONES

Artº 40º— En los casos del Art. 38º los jueces sancionarán disciplinaria-

mente a los abogados, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar.

Artº 41º— Las sanciones disciplinarias serán:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa de S/. 200.00 a S/. 2,000.00; y
- c) Suspensión del ejercicio profesional; hasta por seis meses.

Artº 42º— Contra la resolución judicial que impone una medida disciplinaria procede el recurso de apelación, la que será concedida en ambos efectos. Contra la suspensión procede el recurso de nulidad.

Artº 43º— Las sanciones que sufran los abogados, se anotarán en un Libro especial que llevará cada Colegio de Abogados y la inscripción se realizará en el del lugar en que se haya cometido los actos sancionados.

TITULO IV

DE LOS ORGANISMOS PROFESIONALES

CAPITULO I

DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Artº 44º— Los Colegios de Abogados son personas jurídicas de derecho público interno.

Los Colegios de Abogados tienen como fines defender los derechos de la profesión de abogado, velar por su prestigio y porque el ejercicio de la misma se realice de conformidad con las disposiciones de la ley y las normas del Código de Ética Profesional, propiciar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, contribuir a la buena administración de la justicia, al per-

feccionamiento del derecho, así como a la práctica de los deberes de solidaridad entre sus miembros.

Artº 45º— Habrá Colegio de Abogados en los lugares sede de Corte Superior siempre que los abogados que residan en ellas y ejerzan la profesión sean más de diez.

Artº 46º— Para ejercer la abogacía se requiere estar inscrito y ser miembro activo del Colegio de Abogados de la jurisdicción correspondiente, y si no hubiere del Colegio de la jurisdicción más próxima.

Artº 47º— La inscripción en el Colegio de Abogados se acreditará mediante un carnet suscrito por el Decano y el Secretario.

Artº 48º— Los Colegios de Abogados enviarán el 18 de marzo de cada año a la Corte Suprema y a las Cortes Superiores de la República la nómina de sus miembros activos.

Artº 49º— Los abogados que se trasladen a un lugar que se halle fuera de la jurisdicción del Colegio en que estuvieran inscritos, podrán ejercer la profesión con la sola presentación de su carnet y la constancia de figurar en la nómina a que se refiere el artículo anterior u otra adicional en su caso.

Artº 50º— La Junta Directiva de los Colegios de Abogados deberá constituirse por el Decano que la presidirá, dos diputados, un tesorero y el secretario. Los estatutos de cada Colegio podrán integrar dicha Junta con otros miembros de acuerdo con el número de asociados.

Artº 51º— En los lugares que no sean sede de un Colegio de Abogados y ejerzan la profesión más de 10 abogados, podrán constituirse asociaciones de abogados dependientes del respectivo Colegio cuya Junta Directiva

podrá delegar en ellas las funciones que no le sean privativas.

Artº 52º— Son atribuciones de los Colegios de Abogados:

- a) Conocer todo lo relativo a la inscripción de sus miembros;
- b) Defender la libertad y los demás derechos del abogado en el ejercicio de la profesión;
- c) Vigilar el ejercicio de la profesión y dictar y hacer cumplir el Código de Etica Profesional;
- d) Crear y mantener sistemas de Previsión Social en favor de sus miembros;
- e) Dictar y hacer cumplir las normas relativas a la fijación de honorarios profesionales mínimos;
- f) Fomentar el Estudio del Derecho y demás ciencias afines con el objeto de lograr el perfeccionamiento de la legislación y de la jurisprudencia de los tribunales;
- g) Absolver consultas y emitir los informes que se le soliciten sobre materias de legislación y jurisprudencia;
- h) Asesorar a los organismos del Estado en cuestiones jurídicas;
- i) Ejercer la jurisdicción arbitral en los asuntos que se les encomiende;
- j) Recibir exámenes de notarios, secretarios de juzgado y procuradores;
- k) Enviar a los organismos del Estado, a título de información las observaciones que consideren procedentes para lograr el mejoramiento de la legislación y de los proyectos de ley.
- l) Incorporar a los estudiantes de derecho al ejercicio de la profesión y a la vida de la Orden mediante la Academia de Práctica Forense;
- ll) Las demás que le señala la ley.

Art.º 53º— Los Colegios de Abogados, aprobarán y modificarán sus propios Estatutos en sesión de Junta General convocada con ese objeto.

Hay acción judicial que podrá ser promovida por cualquier miembro del Colegio contra las disposiciones estatutarias contrarias a la ley.

Art.º 54º— Constituyen rentas de los Colegios de Abogados:

- a) Los derechos de incorporación que abonen sus miembros y las cuotas que estos sufraguen;
- b) Los derechos que se abonen por exámenes y certificaciones;
- c) El 50% de los honorarios por consultas y arbitrajes correspondiendo el otro 50% a los abogados que hubieran realizado la labor respectiva;
- d) Las que provengan de sus bienes y las que adquieran por cualquier título;
- e) Las demás que les otorga la ley.

CAPITULO II DE LA FEDERACION DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Art.º 55º— La Federación de Colegios de Abogados tiene como fines:

- a) Tratar de los problemas que atañen en común a todos los Colegios de Abogados de la República;
- b) Realizar certámenes nacionales con la participación de dichos Colegios de Abogados; y
- c) Ejercitar la representación de los Colegios de Abogados del Perú en certámenes internacionales, sin perjuicio de la que corresponda a cada Colegio en particular.

Art.º 56º— La Federación de Colegios de Abogados se registrá por sus propios estatutos.

Art.º 57º— En la elección de los miembros de los organismos directivos de la Federación de Colegios de Abogados cada Colegio tendrá voto como institución y en proporción al número de sus miembros.

Lima, Abril de 1966.

LEY DE BASES DE EJECUCION PENAL

La primera parte de esta Exposición de Motivos se publicó en el número anterior (Oct. - Dic. 1965, N° 1)

Capítulo IV

DEL TRABAJO

El trabajo es un derecho natural del hombre del que no puede privarle la pena. Por eso, se ha prestado particular atención al trabajo como elemento constitutivo del tratamiento, o sea que el trabajo no es pena ni parte integrante de la pena privativa de la libertad, sino instrumento preciado de reeducación social del penado.

En todo el capítulo se ha procurado traducir ese carácter, desde el art. 34° que lo define como medio de tratamiento y descarta toda posible reminiscencia de castigo, hasta las normas referentes a la indemnización por accidentes y enfermedades profesionales.

A la obligatoriedad del trabajo, consecuencia de la nota constitutiva del tratamiento que integra se vincula el deber de la administración de proporcionarlo y de remunerarlo. Se descarta la coacción como medio para concretarla, recurriéndose a las sanciones disciplinarias, por considerarse que éstas constituyen el resorte jurídico ade-

cuado frente a la negativa de trabajar.

El trabajo del recluso, en cuanto energía humana al servicio de la producción, no difiere del trabajo libre. Por consiguiente, se impone que las normas jurídicas que regulan y amparan el trabajo libre, se extiendan al trabajo del recluso, en cuanto sean compatibles con su calidad de persona privada de la libertad; exigencias de higiene y seguridad (aseo, iluminación, aireación); prescripciones preventivas (evacuación de gases, protección contra esquirolas); técnicas, horarios, etc.; obligatoriedad de la remuneración; y orientación acorde con el desarrollo económico del país.

En cuanto al problema de su organización, el trabajo debe ejecutarse bajo la dirección y supervisión exclusiva de la autoridad penitenciaria. Es éste el único sistema que permitirá una organización eficaz para su desarrollo noral, a cuabierto de contradicciones que dificultan el cumplimiento de fines educativos y la formación profesional de los reclusos.

La última cuestión considerada en este capítulo, se refiere a la indem-

nización de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Si se tiene presente que la finalidad recuperadora y reintegradora del individuo, preside el ordenamiento legal proyectado, la lógica y la más elemental razón asistencial exigen que las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, deben compensar adecuadamente al eventual déficit de la capacidad de trabajo del condenado, provocada por el accidente o enfermedad, con miras a acrecentar sus reservas económicas, en la alternativa de su reintegro a la sociedad.

Finalmente, el Proyecto contiene implícitamente una exigencia básica para la administración penitenciaria: la disponibilidad de los medios adecuados para que el trabajo de los reclusos sea una realidad. Cuando se trata de readaptar hombres, los medios que la readaptación exige son muy diversos que cuando se trataba, en época que debemos superar, sólo de castigar hombres. Llevar adelante un régimen penitenciario eficaz demanda mucho dinero, pero ese dinero no es nada frente al propósito de hacer de delinquentes u hombres ineptos para la vida social, ciudadanos útiles para la colectividad.

Capítulo V

DE LA EDUCACION

El Proyecto estima que la acción reeducadora integra nuestro sistema penitenciario. La Criminología actual ha puesto de manifiesto la influencia que el analfabetismo y la

falta de educación tiene en las curvas delictivas. La gran mayoría de los delinquentes juzgados por nuestros Tribunales corresponden a hombres de escasa o de ninguna instrucción. Como uno de los fines principales de la pena es la reforma del delincuente, conceptuamos que esa reforma debe iniciarse por la reeducación o la educación del condenado. En sujetos en quienes el ambiente familiar y social, no ha cumplido función formativa, corresponde a la escuela penitenciaria realizarla en la mejor forma que fuere posible, procurando el desarrollo pleno de la personalidad del educando, preparándolo para la vida de relación, es decir, para una sana convivencia social, ya que al delinquir demostró inmadurez en la vida de relación.

Estimamos que a los procesos de alfabetización y de educación técnica, se les debe dar preferente atención. Ponemos especial énfasis en la formación cultural del recluso, porque estimamos que la realización de los propósitos readaptativos (trabajo, redención de penas, disciplina, vida espiritual) dependen casi exclusivamente de la cultura básica que posea el penado, la que le permitirá valorar determinados principios y utilizar los conocimientos en la capacitación de un arte u oficio.

Como el país presenta realidades completamente distintas en sus diferentes latitudes, el proyecto considera que los procesos de alfabetización y educación primaria, se adapten en lo posible a los programas oficiales vigentes, que los ciclos de estudios no tengan la rigidez que corresponde a la enseñanza común y que los métodos y programas a

utilizarse, estén de acuerdo con las finalidades de la presente ley.

Conviene relieves que la confección de los programas, correrá a cargo de una comisión de pedagogos y deberán ser aprobados por la Dirección General de Establecimientos Penales. El personal docente de las escuelas e instructores de los talleres, tendrán que aprobar en el Centro de Capacitación Penitenciaria los cursos que el Reglamento exija.

Debemos destacar, que el Proyecto no sólo se contrae a la simple instrucción escolar del recluso, sino que concede especial importancia al aprendizaje teórico y práctico de oficios. Para el efecto dispone que en los talleres penitenciarios funcionen escuelas de formación profesional. Los estudios realizados en las escuelas, dan lugar a la obtención de certificados y títulos en los que no aparecerá indicación expresiva del establecimiento penitenciario y circunstancias en que se obtuvieron.

Para alcanzar una completa readaptación del recluso, se reconoce que la educación moral y religiosa es medio indispensable para lograr éxito en el tratamiento reeducativo. No se discute el principal papel que desempeñan estos principios espirituales en el desarrollo individual.

Finalmente, en este capítulo se autoriza a los directores de establecimientos a organizar actividades culturales y recreativas que acrecienten los conocimientos y sentimientos de solidaridad y convivencia social, procurando desterrar todo aquello que signifique exaltación de un individualismo pernicioso.

Capítulo VI

DE LA DISCIPLINA

En toda agrupación humana es necesario el orden y la disciplina. Con mucha mayor razón lo será en los establecimientos penitenciarios, donde están reclusos los elementos más peligrosos de la sociedad. Las disposiciones del Proyecto se encaminan a que no se conciba esta importante función sólo como el ejercicio de simple autoridad. La disciplina penitenciaria es algo más que la disciplina que comunmente se observa en las instituciones de la vida libre, ya que tiene por objeto permitir el cumplimiento de las finalidades asignadas a la pena, al mantenimiento firme del orden, la seguridad de los reclusos y el desarrollo de la vida normal de los establecimientos.

Con el objeto de desterrar viejos procedimientos, se establece en el Proyecto, que las funciones inherentes a la disciplina, constituyen atribución exclusiva del personal penitenciario y que ningún recluso podrá ejercer función disciplinaria alguna. Se señala el procedimiento a seguir, en los casos de grave indisciplina, indicándose las sanciones pertinentes. El principio de legalidad rigurosamente aplicado en materia disciplinaria, constituye una garantía básica de los derechos del recluso. El reglamento correspondiente, indicará a qué falta corresponden los castigos a que se refiere el art. 66°

El funcionamiento de los Tribunales de Conducta, con el fin de que estos impongan las medidas disciplinarias y otorguen las recompen-

sas a los reclusos que demuestre laboriosidad, propósito de enmienda, etc., está llamado a constituir un organismo rector dentro del sistema penal. La composición de estos Tribunales, que estarán integrados por el Director o Sub-Director del Establecimiento, Capellán, un Maestro y el Médico del Penal, constituye una garantía para el régimen penitenciario y también para el penado. Las resoluciones que adopten, debidamente motivadas, darán una idea precisa del régimen interior.

Con sumo cuidado, se prevé la utilización de medios compulsivos, de los que sólo se podrá hacer uso, después de haberse agotado las medidas de prudencia necesarias para someter a los reclusos en actitud de rebeldía.

Capítulo VII

DEL PERSONAL PENITENCIARIO

En este capítulo se incluyen normas que establecen la especialización, selección, estructuración orgánica y formación del personal penitenciario.

No podría ser de otra manera si se tiene en cuenta el carácter jurídico-social de la delicada función que debe cumplir y los valores cuya realización concreta se le confía. De lo que se trata es de lograr una preparación técnica en el personal penitenciario, que haga factible la eficiencia de la función encomendada, para asegurar a los reclusos un tratamiento dirigido a su readaptación, con el fin de garantizar su más pronta reintegración al medio social del

que fueron segregados en virtud de la pena o medida de seguridad impuesta.

Por estas razones, el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, consideró que "la administración penitenciaria deberá dedicar atención particular a la selección del personal y retener únicamente a los candidatos que reúnan las condiciones necesarias de probidad, sentido humanitario, competencia y aptitud física" y que "deberán existir disposiciones que eliminen la influencia política en los nombramientos para puestos en la administración penitenciaria" (Resolución B. c. IV, 3; X. 1, Ginebra, Setiembre 1955).

El Proyecto recoge las recomendaciones referidas y declara que la función penitenciaria constituye carrera pública con los derechos a los goces que fija la ley, y que es requisito indispensable para extender nombramiento al personal, haberse preparado en el Centro de Capacitación Penitenciaria.

Capítulo VIII

DEL SERVICIO SOCIAL CRIMINOLOGICO

La técnica moderna del Servicio Social debe ser aprovechada en la tarea de la rehabilitación del recluso. Graves y numerosos problemas se derivan del estado de detención; el medio más adecuado para resolverlos es mediante el Servicio Social.

Mantener la vinculación entre el

recluso y su familia es la gran tarea que debe realizar. Si el condenado, por el aislamiento que crea la prisión, se desvincula de los suyos, existen pocas posibilidades de lograrse su cabal readaptación. Las autoridades administrativas no pueden encargarse de esta labor de vinculación entre los reclusos y sus familiares. Solamente puede ser llevada a cabo por el trabajador social.

El Servicio Social no va a interferir en los reglamentos penitenciarios sino ayudar a su cumplimiento; no será mero receptor de quejas sino transmitirá aquello que constituya deficiencia para que sea subsanado y, a su vez, convencerá al detenido de la necesidad de las medidas dictadas por la administración.

El mantenimiento de las relaciones del recluso con sus familiares es de primerísima necesidad, requerida para elevar su personalidad moral y material y asegurar el buen comportamiento; en realidad es un modo de cooperar con la disciplina. Los complejos derivados de la personalidad del recluso, del delito del cual se siente responsable y del estado de detención, obstaculizan esta labor reeducadora. Solamente el trabajador social sirviendo a la vez de intermediario y de instrumento, puede vencerlos y lograr éxito en esta tarea.

La personalidad del delincuente sólo puede conocerse a través de los informes del Servicio Social. No es posible la exacta clasificación y el adecuado tratamiento penitenciario de los reclusos si se desconocen los rasgos principales de su carácter, el medio ambiente en que ha vivido, el hogar del cual ha sido sepa-

rado, los móviles que lo llevaron a delinquir, etc. Para conceder los beneficios de la libertad —bien sea mediante la condena condicional o los permisos de salida que autoriza esta ley— será indispensable contar con la colaboración del trabajador social. También los jueces instructores para otorgar la libertad provisional y los Tribunales, tanto para autorizar la vigilada en las audiencias extraordinarias, como en los caso de declaración de especial peligrosidad, necesitarán los datos que suministra el Servicio Social.

La labor de este Servicio se vuelve imprescindible para mantener la vinculación con la familia que permitirá, más tarde, una efectiva rehabilitación, cuando el recluso por razón del cumplimiento de la sentencia, es trasladado a otra ciudad y por esa causa se le priva de las visitas de sus parientes.

Se establece que es misión del Servicio Social Criminológico colaborar con la administración carcelaria en la clasificación y tratamiento de los reclusos, empleando la técnica consistente en la entrevista, la encuesta, el diagnóstico y el tratamiento social. No es exagerado afirmar que sin servicio Social se torna muy difícil realizar el tratamiento penitenciario y casi ilusorio lograr la readaptación del recluso.

Se señalan dos finalidades específicas: la colaboración con el tratamiento, mientras dure la detención; y la ayuda en la readaptación cuando el recluso sale en libertad. En ambos casos la labor del Servicio es inapreciable.

Los datos que reúna el trabajador social se anotarán en el cuader-

no de cada recluso. Dada la importancia de este elemento de trabajo, se autoriza que puede ser utilizado por la autoridad judicial, si lo solicitare. Para otorgar libertad provisional durante el período de instrucción, dictar sentencia con ejecución suspendida o conceder liberación condicional, los datos que aporte el Servicio Social son valiosos y su empleo por Jueces y Tribunales redundará en provecho de una más acertada decisión judicial. Demás está decir que tales datos recogidos por el trabajador social son reservados, su uso es privado y por ningún motivo podrá ser dados a la publicidad.

La acción del Servicio Social no se limita a la vigilancia del procesado en libertad, sino principalmente a proporcionarle elementos que le permitan trabajar honestamente, haciendo desaparecer todos aquellos factores que anteriormente lo llevaron al campo delictivo, procurando que en esta nueva etapa de su vida, goce de un hogar y de trabajo con remuneración que sea suficiente para sostenerlo.

La Comisión ha considerado que el recluso como persona humana puede gozar de todo aquello que no atente contra la finalidad perseguida con el tratamiento penitenciario. Tal situación se presenta cuando el recluso o alguno de sus familiares próximos enfermarse gravemente, sufre accidente de análoga seriedad o se produjere la muerte. El Proyecto encarga al Servicio Social el aviso a los familiares para facilitarles la visita que se autoriza en estos casos extremos. Se entiende que la enfermedad, aún sin presentar peligro próximo de muerte, debe revestir seriedad a juicio del médico tratante. La Comisión

considera que estas medidas, profundamente humanas, constituirán valioso elemento en el proceso de readaptación del delincuente, puesto que ellas solamente se concederán cuando su otorgamiento no ponga en peligro la ejecución de la pena.

DE LAS DISPOSICIONES

FINALES

Las Disposiciones Finales facultan a la autoridad a dictar los Reglamentos que completarán el ordenamiento establecido en esta Ley de Bases. Dentro del proceso de readaptación del recluso, el Reglamento tiene enorme significación, pues contendrá las normas a que debe sujetarse en el establecimiento que se encuentra recluido. Dada la diversa configuración de nuestro territorio y la variedad etnológica de nuestra población, así como los contrastes que presenta, es indispensable que la reglamentación que se expida, observando los lineamientos generales de la Ley de Bases, presente diferencias que respondan a las notas propias de cada región y de cada grupo humano.

La Comisión deja constancia que su orientación principal ha sido tomada de los estudios practicados por las Naciones Unidas, completándola con la legislación penitenciaria de los países más avanzados en esta materia. En algunos casos se ha apartado de ellos cuando la realidad nacional lo ha determinado, pues ha considerado que el cri-

terio de aplicabilidad de la ley es el que debe primar.

Lima, 11 de Agosto de 1965.

DOMINGO GARCIA RADA
Presidente de la Comisión
Delegado de la Corte Suprema
de la República

LUIS A. BRAMONT ARIAS
Delegado de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos

JUAN ARCE MURUA
Delegado de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica
del Perú

**EDUARDO MIMBELA
DE LOS SANTOS**
Delegado del Ministerio de
Justicia y Culto

EL DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS OPINA

A raíz de la elección del Doctor Mario Alzamora Valdéz, como Decano del Colegio de Abogados de Lima, THEMIS consideró oportuno entrevistarse con tan distinguido maestro universitario, para brindar a nuestros lectores la oportunidad de conocer el programa que se propone desarrollar la actual Junta Directiva del Colegio. Las preguntas que hicimos al Dr. Alzamora Valdéz y las respuestas que entonces dió, son las que transcribimos a continuación.

1.— *¿Cuál es su programa de acción como actual Decano del Colegio de Abogados de Lima?*

En el Colegio de Abogados, la actual Junta Directiva se propone entre otras realizaciones —promover la cultura jurídica mediante forums, conferencias, mesas redondas (como ya lo estamos haciendo); intensificar la vida institucional del Colegio— para que no se limite a la actividad de la Junta Directiva —a cuyo efecto estamos formando “capítulos” o “grupos” por especializaciones (abogados especialistas en derecho civil, penalistas, laboralistas, tributaristas) o por sectores de trabajo (abogados dedicados a la de-

fensa, al servicio de la empresa privada, del Estado, de las Municipalidades, etc.); y sobre todo, la ampliación del ámbito profesional de la abogacía, la misma que no debe limitarse a la noble función de la defensa, sino que debe extender a la promoción integral del orden jurídico. En este último sentido, hemos proclamado y buscamos que el abogado sea el promotor de la planificación social y económica en cuanto ésta exige un previo orden jurídico, que tiene que ser obra de juristas.

Hemos propiciado la creación de la Federación Latinoamericana de Abogados, para lograr no sólo la unificación del derecho de estos países, sino para alcanzar por ese medio en forma más fácil, la necesaria integración de nuestros pueblos.

2.— *¿Qué posibles innovaciones se podrían hacer en la actual legislación peruana para lograr una mayor celeridad en los procesos judiciales y administrativos?*

Sobre la “celeridad” procesal realizaremos un fórum en los últimos días de este mes. He repetido muchas veces la frase de Couture: “En el proceso el tiempo no es oro, sino algo más que oro: justicia”. En la actual ley or-

gánica del Poder Judicial N° 14605, introduje muchas normas que tienden a buscar la celeridad; desde el Colegio propiciaré —y en esto, como en todo, me secunda la Junta Directiva— medios legales para alcanzar esa celeridad.

3.— *¿Existe alguna posibilidad de una mayor vinculación entre los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho en la República?*

Si existe. Debemos coordinar la “Academia de Práctica” que funciona en el Colegio de Abogados con la enseñanza práctica que imparten las universidades.

No se justifica la existencia de “cátedras de práctica” independientes de las asignaturas teóricas, porque la práctica es un método. En este campo, los Colegios de Abogados deben vincular a los Estudiantes con la profesión, mostrarles la parte “viva” de ésta, familiarizarlos con las actividades de la Orden, inculcarles los principios de Ética Profesional. Toca a las Universidades la capacitación teórica del alumno y la enseñanza (dentro de las materias teóricas o en coordinación con éstas) de los procedimientos prácticos.

La falta de coordinación llevaría al absurdo de sostener que las Academias de Práctica de los Colegios de Abogados, carecen de todo sentido, puesto que en las Universidades existen ya “cursos de práctica” constituyendo aquellas (las Academias) una duplicación inútil. El ejemplo de los países más adelantados es diferente. Después de los estudios universitarios, el candidato al ejercicio de la abogacía debe efectuar un “stage” en un Colegio de Abogados, requisito indispensable para recibir el título.

4.— *¿Cuál es el papel del Abogado en los países en vías de desarrollo, como el nuestro?*

En los países “en vías de desarrollo”, el papel del abogado es de suma importancia. Toda planificación económica y social exige como previo un esquema (un orden) jurídico. Yo no creo —porque no soy marxista— que la economía determina las formas jurídicas; estas últimas deben ser previas a cualquier planificación económica. Toda la transformación de nuestra legislación debe ser obra de los juristas, para que el país salga de su subdesarrollo.

Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos en América Latina

Por: *José Luis Gálvez S.*

El tema de los Derechos Humanos ha sido constante preocupación de los diversos organismos jurídicos de la OEA., el punto ha sido estudiado desde 1945, en que la Conferencia Interamericana sobre la Guerra y la Paz, en su resolución IX encargó al Consejo Directivo de la Unión Panamericana, preparar un Pacto Constitutivo para mejorar el sistema Interamericano, anexo al cual debía incluirse una declaración de Deberes y Derechos del Hombre.

La IX Conferencia Americana que se realizó en Bogotá, en 1948, mediante un Pacto Constitutivo, crea la Organización de Estados Americanos, y dando cumplimiento a la segunda parte de la Resolución IX de la Conferencia sobre la Guerra y la Paz, aprobó una declaración Americana de los Derechos del Hombre y además una recomendación en el sentido de crear una Corte Interamericana para protegerlos, encargando al Comité Jurídico la redacción de un proyecto que sería puesto en conocimiento de la X Conferencia Americana. El Comité, decidió que el trabajo encomendado era prematuro puesto que no existían derechos sustantivos sobre el particular, y sometió este dictamen al Consejo Interamericano de Jurisconsultos que se reunió en Río en 1950. El Consejo aprobó el dictamen del Comité y en su resolución X resolvió remitirlo a la Se-

cretaría General del Consejo de la Organización de los Estados Americanos.

El Consejo de la Organización incluyó en la agenda de la X Conferencia en el tema "Derechos Humanos", medidas tendientes a protegerlos, sin menoscabo de la Soberanía Nacional y del principio de no Intervención. En base a este tema se llegó a la resolución XXIX que recomienda al Consejo de la Organización, continuar con el estudio sobre el particular, para que la XI Conferencia se pronuncie sobre el asunto de la creación de una Corte. El Consejo encomendó el estudio a su Comisión de Asuntos Jurídicos.

Con estos antecedentes, llegamos a la Quinta Reunión de Consulta de Cancilleres de América, en Santiago de Chile, en 1959, en la cual se aprobó la creación de una Comisión de Derechos Humanos, encargada de vigilar el respeto de los derechos declarados en Bogotá. También se aprobaron declaraciones en el sentido de que los Gobiernos de América deberían ser el resultado de elecciones libres; que la perpetuación en el poder es incompatible con el ejercicio efectivo de la democracia representativa; que igualmente, la libertad de prensa en todas sus manifestaciones es esencial para la existencia de la misma etc.

Este último es de suma importancia, por cuanto, la Carta de Bogotá, en su Art. 5º, inciso "d" declara que:

“La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persigue requiere la organización política de los mismos, sobre las bases del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

Pues bien, en Santiago, se señalan los rasgos característicos de lo que se debe entender por “democracia representativa”, la cual, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta, es base fundamental de la comunidad americana. De otro lado, en la Declaración de los Derechos Humanos, se había consagrado el derecho a elegir y ser elegidos.

El problema se presenta respecto a la manera de hacer valer estos derechos. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico internacional, corresponde a cada Estado individualmente, consagrar y proteger los mismos.

Consagrarlos por cuanto a que la Declaración de los Derechos Humanos, no es un tratado que obligue a los Estados, es una simple y llana declaración, sin calidad de norma positiva, en consecuencia, queda librado a cada Estado, el legislar al respecto. I le corresponde la protección Jurisdiccional de los mismos, por cuanto que el Art. 12 de la Carta de la OEA, dice:

“La Jurisdicción de los Estados en los límites de su territorio, se ejerce sobre todos los habitantes”

La Conferencia de Santiago, puso especial esmero en reiterar el respeto a la soberanía estatal y al principio de no Intervención, por cuanto en el Art. XVII se dice:

“Toda persona tiene el derecho de recurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos y disponer de un

procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra los actos de la autoridad que violen algunos de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”

Se refiere evidentemente a los Tribunales nacionales, por cuanto no existen los Internacionales, y a los derechos reconocidos por la legislación nacional “consagrados constitucionalmente”.

La Conferencia de Santiago, fue de esta manera, la máxima consagración de la soberanía nacional y de la Jurisdicción interna.

Consecuentemente a estos puntos de vista, la Comisión de Derechos Humanos creada en 1959, que es una copia de la Europea, carece de Jurisdicción, no es un Tribunal Jurisdiccional ni mucho menos. La única atribución que posee es la de investigar los actos violatorios que se ponen en su conocimiento, y las conclusiones a las que arriben, tienen el carácter de mero informe e ilustración, que se pone en conocimiento de los interesados, de la Secretaría de la Organización y del Tribunal de Arbitraje o de Conciliación, en su caso.

De lo expuesto se deduce, que la legislación y protección de los Derechos Humanos está librada el régimen interno de cada Estado miembro; que se han consagrado los conceptos de Soberanía Nacional y de Jurisdicción Interna. De otro lado, el concepto de no intervención ha hecho imposible pensar en la factibilidad de un conjunto orgánico de sanciones y de un Organismo capaz de aplicarlas. Así mismo, debemos deducir que la vigencia de estos derechos es condición sine qua non para que un estado permanezca dentro de la Organización, por cuanto, como

hemos visto, la vigencia de los mismos, es condición indispensable para la estabilidad del sistema; consecuentemente, si el imperio de los Derechos Humanos es tipificante del interamericanismo, quien los viole, se coloca automáticamente fuera de él.

Pero la no existencia de medios coercitivos por una parte, y de un organismo capaz de decidir indubitadamente y con autoridad jurisdiccional sobre las violaciones de los mismos, de otra; hace ilusoria la efectividad de cualquier declaración lírica sobre los mismos, por cuanto un derecho sin protección no es derecho.

Es pues imprescindible encontrar un medio efectivo de protección y este no puede ser otro que un Tribunal Jurisdiccional, competente para juzgar los casos de violación de estos derechos, dictar sentencia y ordenar sanciones; lo cual supone la existencia de otro Organismo capaz de hacerlas cumplir.

Pero a nadie escapa que lo propuesto no será posible mientras no exista un conjunto de normas sustantivas reconocidas por todos los estados miembros, que puedan ser aplicadas. Esto sólo se puede lograr mediante un Tratado Internacional que cree esta Legislación Positiva, y para que éste se firme es preciso superar el concepto de Soberanía Nacional.

Recién después de este Tratado, se podría pensar en un organismo internacional jurisdiccional que protega los derechos sustantivos materia de la Convención, y en el Organismo que haga cumplir sus decisiones, lo cual supone superar el concepto de no intervención.

Establecidos los Derechos Humanos en una convención internacional, se

presenta el problema de si mantienen su validez aquellos que las Constituciones y legislaciones nacionales reconocen.

Y la creación de un Tribunal Internacional trae como consecuencia el problema de la interferencia de competencias, por cuanto, la función de proteger los Derechos Humanos sería compartida por un tribunal nacional y otro internacional. Sería preciso pues, determinar la Jurisdicción y la Competencia de cada uno de ellos.

Una Corte Internacional supone, como vemos, una transformación radical en los sistemas Constitucionales para adaptar la Jurisdicción interna a la internacional, lo cual implica el estudio de las legislaciones nacionales y las posibilidades de una uniformidad legislativa, problema éste, que se complica en el caso de los Estados Federales.

Hay otro punto que es preciso encarar decididamente, y es el hecho de que el tema ha venido siendo tratado dentro del concepto del Interamericanismo. En mi opinión, el problema debe ser replanteado en los términos de la Integración Latinoamericana, como parte del proceso y dentro de los marcos de Corte Latinoamericana de Justicia, órgano Jurisdiccional de una comunidad de naciones, pero este tema es digno de un estudio más detenido, que escapa a los limitadísimos alcances de este artículo.

En consecuencia, la actual protección de los Derechos Humanos, a través de una Comisión, es absolutamente ineficaz y es preciso sustituirla por otra a cargo de un Tribunal con capacidad Jurisdiccional, para lo cual, proponemos la siguiente metodología:

- 1.—Reconocimiento internacional de tales derechos a través de un tratado que cree normas sustantivas, obligatorias para todos los Estados, y que extraiga en esta forma la consagración de los mismos, del ámbito interno en el que se mueven, para llevarlos al internacional.
- 2.—Creación del organismo encargado de garantizar internacionalmente los derechos reconocidos en esa Convención, con facultades Jurisdiccionales y sentencias obligatorias.
- 3.—Establecimiento de sanciones.
- 4.—Creación de un organismo ejecutivo que haga cumplir las sentencias y sanciones de Tribunal.
- 5.—Replantear el problema en los términos de la Integración Latinoamericana, lo cual supone enmarcar el tema dentro de la perspectiva de una comunidad de naciones y las de una Corte Latinoamericana de Justicia, única forma de concebir racionalmente los puntos anteriores.
- 6.—Todo lo anterior reposa en el supuesto previo de que en el terreno del Derecho Político, se pro-

duzca una renuncia a parte de la Soberanía Nacional y fundamentalmente, a que se supere el concepto de la no intervención.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Conferencias Internacionales Americanas, 1945 - 54.— Depto. Jurídico de la Unión Panamericana, Washington D. C. 1956.
- 2.—Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Unión Panamericana Washington D.C. 1960, 2 T.
- 3.—Consejo de Organización de la OEA., Comisión de Asuntos Jurídico-Políticos: Corte Interamericana para proteger los Derechos del Hombre.—Unión Panamericana, Washinton D. C. 1960
- 4.—Comité Jurídico Interamericano: Estudio sobre la Relación Jurídica entre los derechos Humanos y el Ejercicio de la Democracia. Unión Panamericana, Washington D. C. 1960
- 5.—Acta Final de la Quinta Reunión de Consulta de Cancilleres de América.—Unión Panamericana, Washinton D. C. 1960

"DERECHO PROCESAL CIVIL" (teoría del Proceso Ordinario). Mario Alzamora Valdez. Ediciones Peruanas. Lima, 1966. 291 pp.

A la infatigable pluma del doctor Mario Alzamora Valdez, debemos esta apretada pero no menos valiosa exposición de lo que es el Juicio Ordinario. Agotados con exceso los gruesos volúmenes de Julián Guillermo Romero; claro pero elemental el comentario de Toribio Alayza, y sin mayor utilidad, los ensayos publicados en revistas, que por limitaciones de espacio, no han abordado el planteamiento integral del problema, sólo quedaban los volúmenes del Dr. Remigio Pino, que por su considerable extensión (por no detenernos más que en su aspecto formal) no podían ser guía útil para quienes daban los pasos iniciales en el estudio del proceso por excelencia. Así considerada, esta obra del Dr. Alzamora Valdez, viene a llenar un vacío largamente sentido por los estudiantes de Derecho. Igual labor le cupo a su "Introducción a la Ciencia del Derecho" (1963), en la que nuestro autor hacía gala de enorme acervo filosófico y jurídico, producto de sus meditadas lecturas.

Alzamora Valdez es, no sólo de los que piensan, sino también de los que actúan. Dedicado al cultivo de las ciencias jurídicas, no sólo se da cuenta de sus miserias, sino también de sus grandezas. Combina en admirable síntesis la rutina entorpecedora de la actividad forense, con el estudio intenso y meditado de los grandes maestros del Derecho; que lo colocan lejos de los gastados clicés, de la salida oportuna o del desenlace infecundo, pero breve. Seguido siempre de cerca por un inmenso cortejo de conceptos universales, en sus informes acredita gran capacidad para el análisis, sin por ello dejar de jugar en forma un tanto deportiva, con las grandes síntesis,

en frases que acuña con rapidez y precisión. Vive intensamente el ambiente del foro (ahora como Decano del Colegio de Abogados) pero su tránsito es seguro y con gran altura. A la luz de los principios generales, desciende a la realidad procesal, en donde actúa y piensa. Fruto de ella, es la obra que tratamos, continuación de su "Teoría General del Proceso" (1953).

Alzamora Valdez sostiene que el proceso no se rige por el azar, sino siguiendo ciertas normas, que por su constancia, su objeto y su campo de acción, pueden denominarse como científicas. Divide su trabajo en tres partes. La primera que denomina "Etapa Postulatoria", se inicia con la Demanda, con la cual ponemos en marcha el proceso; su naturaleza y partes; sus requisitos, que taxativamente señala la ley para estos casos; las excepciones, cuyo fundamento histórico viene de la tradición jurídica romana, sus clases y alcances, las condiciones de su ejercicio (así, en la excepción de cosa juzgada, la triple identidad, que exige la doctrina, y acepta la jurisprudencia). Igualmente, la contestación de la demanda (que fija la competencia del Juez, y coloca a la parte presente en la litis) y los recursos de esta última (en especial, la reconvencción, entendida como la prerrogativa del demandante, para a su vez demandar, por lo que también se le conoce doctrinariamente como la contra-demanda).

La Segunda Parte, "Etapa Probatoria", está dedicada a analizar en extenso los momentos del procedimiento probatorio, las presunciones; la apreciación de la prueba por el Juez (según las reglas de la sana crítica) el juramento decisorio (al que puede considerársele, por su ineficacia, como un verdadero fósil jurídico) la prueba pericial, testimonial, etc. que más que pruebas propiamente dichas, son elementos para una posible prueba.

La Tercera y última parte del libro, es denominada "Etapa Decisoria", y trata sobre las resoluciones judiciales (sus tres clases, y la más importante de ellas, la sentencia, en cuanto que sin ella no existe; pero que en el fondo viene a salvaguardar los efectos producidos por aquella. De considerar a la cosa juzgada únicamente como un "efecto de la sentencia" caeríamos en la paradoja de aceptar "Efectos" que garantizan otros "efectos".

Estos son, sin entrar a analizar en detalle, los lineamientos generales de la obra que comentamos. Libro breve, pero denso, avalado por un caudal de ingentes confrontaciones históricas, de continuas referencias al hontanar latino, a los textos que están en el origen mismo de nuestra historia jurídica, a la legislación comparada, y el auxilio de los grandes procesalistas que se inician con la es-

cuela de Chioventa, Calamandrei, Redenti, Carnelutti, y que en nuestra América continúan brillantemente Sentís Melendo, Hugo Alsina, Eduardo J. Coutur, etc. Por su calidad intrínseca, esta obra hay que abordarla acompañada de la exposición oral. No es para aprender conceptos, sino para fijarlos. No es para iniciarse, sino para los ya iniciados.

Conciente de que el código al ser decantación de la doctrina, no es fin, sino medio, Mario Alzamora Valdez puede hacer suyo lo que en cierta oportunidad escribió Carnelutti: "El estudio del proceso civil se traduce, pues, aunque no se agote, en el estudio de las leyes procesales civiles, y en particular, del Código de Procedimiento Civil, no porque el proceso y el Código sean lo mismo, sino porque es preciso conocer el Código para saber cómo se debe actuar en el Proceso".

D. G. B.

"DERECHO TRIBUTARIO, TEORIA GENERAL DEL IMPUESTO". Raúl Barrios Obregoso. Lima, 1966.

La bibliografía nacional, en cuanto a temas de derecho tributario se refiere, se encuentra limitada a estudios realizados desde un ángulo de vista especialmente positivo y práctico. El aspecto conceptual y doctrinario del estudio de los impuestos, ha sido poco o nada investigado.

El libro "Derecho Tributario, Teoría General del Impuesto", del catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Doctor Raúl Barrios Obregoso, con la colaboración del doctor Humberto Medrano, viene justamente, a llenar este vacío.

No es el caso, aquí, de recurrir a la apocada o lisonjera alabanza, consignando a título personal los méritos del estudio. Se trata, en esta reseña, de valorar

las conveniencias que trae esta relevante publicación en nuestro medio.

Podemos enfocar la utilidad de la obra desde dos puntos de vista: como texto universitario donde los estudiantes podrán encontrar una útil y acertada información del concepto general de la especialidad tributaria; pretende también, en el mismo ámbito universitario, contribuir a la formación jurídica del alumno para una más equilibrada interpretación de las normas tributarias positivas. Y como ágil, sistemático y exacto libro de consulta teórica para el abogado, para el legislador, para el estudioso de Derecho.

Este tema, pues, de la teoría general del impuesto ha sido abordado con honrra y conocimiento. En su contenido se desarrollan los interesantes puntos del tributo, los ingresos del Estado y su formación; el estudio de la relación jurídico tributaria ha merecido especial atención por considerarse indispensable para poder efectuar una más clara y correcta interpretación de la norma legislativa. Sigue un sucinto análisis del impuesto

que abarca su definición, causas, finalidad, clasificación, incidencia, traslación, y su moderna vinculación con la política. Los últimos dos capítulos se refieren a los sistemas tributarios, para concluir especificando el sistema tributario peruano, analizando los antecedentes históricos de los actuales impuestos que rigen en el Perú. Se esbozan, así, los sistemas que imperaron en la época Incaica, Colonial y las constantes modificaciones a lo largo de las Constituciones que han regido la República.

Aunque cuidadosamente impresa, hay algunos errores tipográficos y una inexplicable discontinuidad en los títulos de los dos últimos capítulos.

Para terminar esta breve noticia, que saluda el auspicioso comienzo bibliográfico de los Doctores Barrios y Medrano, queremos dejar evidencia que en un futuro próximo se espera el promedio segundo volumen dedicado a la tributación positiva.

Pablo Berckoltz.

"DEMASIADOS ABOGADOS" Piero Calamandrei. Ediciones Jurídicas E. A. Breviarios de Derecho Traduc. por José Xirau. Buenos Aires 1960-33 pp.

"Al escribir este librito, no olvido que soy abogado e hijo de abogado y modesto maestro de futuros abogados, pero si alguno me advirtiese que, para demostrar mi amor a la abogacía, habría hecho mejor no sacar en público" cose che tacere e bello "(cosa que más vale callar) le respondería que amistad no quiere decir complicidad".

Desde hace cuatro décadas, esta obra se encuentra traducida por José R. Xirau, es una de las muchas obras del eminente procesalista italiano, a quien le tocó vivir en una etapa de crisis general y por lógico consecuencia, la del derecho italiano. La sumisión constante de este derecho a la ciencia jurídica alemana, era el principio de su propia conservación y existencia. Eran tiempos receptivos, en que asimilando métodos extranjeros, fortalecían su cuerpo debilitado. Consecuente es suponer que la depuración técnica y crítica no tenía cabida.

La historia nos demuestra con hechos concretos, que en estas épocas surgen seres no superdotados, pero sí que con esfuerzo y trabajo sincero logran transformar la visión de los problemas, adelantarse a la época y conducir la sociedad hacia los fines propuestos. Cala-

mandrei es uno de los que enmarcó su acción en el derecho. Por eso he encontrado acertada la frase que en líneas precedentes he transcrito, por ser justificación del libro que comentamos.

En esta obra, centra su atención, en aquellos profesionales, llamados a la defensa, cuando surgen conflictos de intereses y a la función consultiva, para que los actos jurídicos no nazcan al margen de la ley, sino dentro de ella.

A lo largo de estas páginas, analiza las causas por las cuales, los profesionales forenses italianos, no responden a las exigencias que el momento planteaba.

Cree y con razón, que lo fundamental de la profesión, tiene su base, más que en la defensa de los intereses privados en controversia, en fines de pública utilidad. Bien es cierto, que históricamente la abogacía, ha pasado por dos etapas claras y precisas; la primera que Calamandrei denomina "concepción deportiva del proceso" en que dos adversarios estaban prestos a vender, como mercadería su astucia y experiencia técnica; idea que aún subsiste en muchos países y en forma alarmante en aquellos que se encuentran en proceso de desarrollo. Pero el Estado de Derecho, en el que gobiernan las leyes y no los hombres, ha borrado esa errónea concepción, considerando que el interés público, no es extraño al proceso.

Es así que Calamandrei, aborda el "carácter público de la abogacía" tomando una posición muy definida, pero que ha encontrado fuerte resistencia en el mundo profano, cuya sabiduría popular, degenerada en sátira, rebaja en grado indecible esta profesión. Así, la locución "burladores de jueces, artífices de los sofismos, sanguijuela de los clientes" y como anota nuestro autor, el abogado se convertiría, en la negación perfecta de aquellas virtudes que deben ser el patrimonio de la profesión, cuales son, honradez, sinceridad y desinterés.

En el Estado Moderno, cuya finalidad esencial, es la protección debida de los derechos de la persona, la presencia de un abogado debe ser garantía de ciencia y probidad, como lo sostiene Calamandrei, en tanto que el profesional forense, es el primer colaborador del Juez, ya que con él, recoge los materiales del proceso, siguiendo las pautas señaladas en la ley; y de probidad por cuanto "debería ser" garantía de seriedad y "buena fe judicial".

El momento histórico, que sirvió de marco al autor, al escribir esta obra, nos explica el por que abordó ciertos problemas, que en otras circunstancias, parecería obsoleto el formularlos.

Ante las duras críticas del Socialismo que consideraba a los abogados "como instrumentos improductivos del capitalismo, destinados a ser abolidos el día que desaparecieran las desigualdades económicas, ya que las leyes serían tan pocas, que los proletarios, se deleitarían aprendiéndolas de memoria", se plantea el problema de la supresión de la abogacía, tomando siempre una postura, sentando el carácter utópico de tal consecuencia, aceptando sí, la necesidad de transformar su estructura. La abolición, para él, no cabría ya que siempre existirán leyes, Tribunales encargados de aplicarlas y personas impúdicas, dispuestas a violarlas.

La cuestión que queremos abordar, es la posición del autor, frente a la libre concurrencia de la abogacía o su restricción por parte del Estado. Considera

Calamandrei, que el problema fundamental de la abogacía, es la conciliación del deber profesional por una parte, con el interés particular del abogado; señalando un argumento de fuerza a favor de la libre concurrencia, cual es, que la mentalidad del hombre de leyes, debe ser predominantemente crítica y combativa, que no sería ágil si dependiera directamente del Estado.

Una de las formas de intervención del Estado Italiano, estaba demostrada, en la disposición legal de 8 de Junio de 1874, que establecía que la profesión estaba abierta, sólo para aquellos que reúnan un mínimo de cultura y de moralidad exigidos por ley. Pero el problema giraba en torno, al criterio de selección, siendo así que esta ley devino inoperante.

La libre concurrencia, a la par de los beneficios que trae, intrínsecamente lleva un doble peligro; por un lado puede degenerar en una lucha desesperada por la existencia y por otro lado, como señala el procesalista "la elefantiasis patológica de los gremios forenses, lleva consigo como es natural la desocupación y el malestar económico, por consiguiente, un rebajamiento moral e intelectual de la profesión. El fatalismo del autor en este aspecto se justifica por las concomitantes históricas en Italia y Europa, allá por las décadas de 1920.

Con la premisa señalada; fácil es suponer la clara división existente, en el gremio forense; los unos que han llegado a ser famosos por su habilidad y doctrina y los otros que luchan desesperadamente por subsistir; es en éstos en donde peligra la calidad moral e intelectual que requiere la profesión.

La causa de esta situación, Calamandrei la encuentra en que los jóvenes estudiantes egresan de la Universidad, desprovistos de una orgánica y sintética orientación institucional, y más aún, convencidos, que el estudio en libros, no vale lo que una "pizca de astucia", armados sólo de una presuntuosa ignorancia y de un gran deseo de ganar dinero". Estos se refieren a los de "siempre", frecuentadores de Bibliotecas, a quienes con

tono despectivo, califican de "teóricos", ignorando que esta formación, es la fundamental, para el éxito en la profesión.

La ubicación del abogado en la vida social, en tiempos en que esta obra fue escrita, se circunscribía al campo de la defensa y a la consulta; siendo incompatible esta profesión, por ejemplo, con la de agente de negocios, ya que la ley citada en su Art. 13, así lo prescribía. Pero los tiempos cambian y así "la vida de hoy impone la presencia del abogado en una serie de otras áreas, en las cuales también tiene el rol de defensor, vigilante del derecho y la justicia".

En líneas generales, esta obra para nosotros, tiene una doble finalidad, por un lado nos ilustra, sobre la situación del abogado en la vida social italiana de la década de 1920, sobre las duras críticas que recibían por parte de los Socialistas y del pueblo en general, las razones por las cuales, no respondían a las exigencias que el momento planteaba.

Por otro lado este libro es un valioso elemento de juicio, para una reflexión cabal, acerca de esta profesión.

Luis Arbulú Alva

AUTORES EN ESTE NUMERO

Francesco Carnelutti; eminente jurista italiano, fallecido recientemente. Autor fecundo, sus últimas investigaciones se orientaron francamente hacia la ciencia procesal. Durante su presencia en Lima, en 1951, con motivo del Congreso de Juristas que organizó la Universidad de San Marcos, para conmemorar su Cuatricentenario, pronunció el discurso que insertamos en la presente edición.

Mario Alzamora Valdez; Abogado, doctor en Derecho y Filosofía. Catedrático Emérito de la Universidad Católica, y Titular en la de San Marcos, en los cursos de Introducción a las Ciencias Jurídicas, y Derecho Procesal Civil, materias sobre las cuales tiene una copiosa bibliografía. Actualmente, es Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Juan Lino Castillo; abogado, catedrático y ex-Decano de la Facultad de Ciencias Económica de San Marcos. Su interés por el Derecho Tributario lo llevó a ejercer durante muchos años el cargo de Superintendente General de Contribuciones. Sobre esta rama del Derecho tiene una abundante bibliografía, que por su solidez y consistencia, lo colocan entre las primeras autoridades tributaristas del país.

Enrique Elías Larozza; abogado, especialista en derecho tributario y derecho comercial. De esta última materia, es Catedrático en la Facultad de Derecho en la Universidad Católica.

Fernando Trazegnies Granda; abogado catedrático de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad Católica. Actualmente estudia Filosofía del Derecho en la Universidad de La Sorbona (París).

Armando Lengua Balbi; abogado, Relator de la 3ra. Sala Civil en la Corte Superior de Lima. Catedrático del Curso Complementario de Derecho Penal (1er. C.). Ayudante en la Cátedra de Derecho Procesal Civil, (1er. y 2do. Curso) en la Universidad de San Marcos.

José Luis Gálvez Sillau; alumno del Quinto Año de Derecho en la P. U. C.

Alfredo García Mesinas; alumno del Quinto Año de Derecho en la P. U. C.

Enrique Gómez Ossio, alumno del Quinto Año de Derecho en la P. U. C.

Pablo Berckholtz Salinas; alumno del Cuarto Año de Derecho de la P. U. C.

Domingo García Belaunde; alumno del Cuarto Año de Derecho en la P. U. C.

Luis Stucchi Díaz; alumno del Cuarto Año de Derecho en la P. U. C.

Luis Arbulú Alva, alumno del Segundo Año de Derecho en la P. U. C.

GUIA DE LIBROS

NOVEDADES Y REPOSICIONES DE DERECHO PERUANO Y EXTRANJERO

LIBROS DE DERECHO EXTRANJERO

- DERECHO ADMINISTRATIVO, A. Serra Rojas.
Editorial Porrya, 1,174 págs. S/. 461.00
- EL DERECHO Y LA OBLIGACION DE EDIFICAR
Editorial Montecorvo, 344 págs. „ 228.00
- LOS DERECHOS LABORALES DE LA MUJER,
Lidia Falcón O'neill, Editorial Montecorvo, 511 págs. . . „ 293.00
- DERECHO PENAL SOVIETICO, Luis Jiménez de
Asúa, Editorial Tea, 355 págs. „ 103.00
- FILOSOFIA DEL DERECHO, B. Mantilla Pineda,
Editorial Universidad de Antioquía, 453 págs. „ 141.00
- MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO
— 2 tomos — Sabino Alvares - Gendin - Editorial Bosh
825 págs. — Precio de 2 tomos „ 148.00
- PRACTICA FORENSE, EXPLICACIONES Y FOR-
MULARIOS, Diego Barros Aldunate, Editorial Aran-
cibia Hnos. 538 págs. „ 874.00
- DICCIONARIO DE DERECHO — Rafael de Pina,
Editorial Porrua — 321 págs. „ 171.00
- LIBERTAD PROVISIONAL O EXCARCELACION.
Reyes Franzani — Mario Blumenfeld Editor. „ 605.00
- LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS - Mario Rojas R.
Librotec Ltda. Editores — 317 págs. „ 571.00

DERECHO PERUANO

— INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL, Domingo García Rada, 486 págs.	S/. 220.00
— CODIGO PENAL, Octavio Torres Malpica, 386 págs.	„ 200.00
— DERECHO PROCESAL CIVIL, TEORIA DEL PROCESO ORDINARIO, Mario Alzamora V. — 291 págs.	„ 150.00
— DERECHO PROCESAL PENAL, Luis del Valle Randich (STUDIUM) 254 págs.	„ 100.00
— LEGISLACION COMPLETA SOBRE INQUILINATO, J. V. Fajardo — 138 págs.	„ 25.00
— DICCIONARIO JURIDICO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Luis Angel Aragón, 208 págs.	„ 100.00
— CODIGO CIVIL, Jorge Eugenio Castañeda (tercera edición) 586 págs.	„ 280.00
— OBLIGACIONES Y CONTRATOS, Rosendo Badani, 218 págs.	„ 80.00
— EL DERECHO DEL TRABAJO EN “EL QUIJOTE” José Montenegro Baca — 132 págs.	„ 70.00
— DERECHO DEL TRABAJO, Raúl Ferrero y Carlos Scudellari (STUDIUM) —Sexta Edición— 108 págs.	„ 80.00
— IMPUESTOS A LA RENTA EN EL PERU, Carlos Capuñay Mimbela y C. P. Víctor Rivas Gómez — 206 págs.	„ 120.00

ESTOS LIBROS ESTAN A LA VENTA EN LIBRERIA
“STUDIUM” S.A.

PRINCIPAL: CAMANA 939 — LIMA

SUCURSALES: CARABAYA 409 — COLMENA 626

Normas para los Colaboradores de "THEMIS"

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

- 1) Todo trabajo, solicitado o libremente enviado, debe remitirse conjuntamente con dos copias. El material recibido no se devuelve.
- 2) Los trabajos, así como toda correspondencia en general, deben enviarse al Secretario de Redacción.
- 3) Los trabajos recibidos se publicarán de acuerdo a su orden de llegada, supeditadas siempre al criterio de la Dirección.
- 4) Todo trabajo, recensión o nota, debe ir escrito a máquina, a doble espacio, y guardando un margen prudente a la izquierda.
- 5) Las palabras en lengua extranjera deben ir siempre subrayadas para que puedan ir en *cursiva*.
- 6) Las notas bibliográficas con que el autor acompañe su trabajo, deberán ir a pié de página o en hoja separada, con numeración consecutiva y progresiva. Si se citan libros o revistas, deberán enunciarse completas la primera vez; después será lícito usar abreviaturas.
- 7) Cuando en las notas bibliográficas se citen libros, deberá acompañarse en todo caso:
 - a) El nombre completo del autor
 - b) El nombre completo de la obra
 - c) Lugar de impresión, casa editora y año que fue publicado
 - d) Número de páginas, y volumen, en caso de ser más de uno.
 - e) Número de edición (sólo en caso de no tratarse de la primera).
- 8) En caso de citarse un artículo o ensayo, aparecido en revista, debe ilustrarse con los siguientes datos:
 - a) Nombre de la revista.
 - b) Lugar de Impresión.
 - c) Número, mes, año y volumen de la revista.

- d) Nombre completo del artículo y autor que es utilizado.
- 9) Las reseñas bibliográficas deberán ordenarse de la siguiente forma:
- a) Nombre del autor.
 - b) Nombre de la obra (indicando volúmenes, casa editora, lugar y año de publicación, colección a que pertenece, número de páginas, y traductor, en caso de ser el original en lengua extranjera).
- 10) Los trabajos, que en su respectivo caso, no llenen los antedichos requisitos, serán devueltos a sus autores para los agregados convenientes.
- 11) Tratándose de profesores, ex-alumnos o abogados, que envíen por vez primera colaboraciones a nuestra revista, se ruega acompañar, en hoja suelta, el *curriculum vitae* de su autor.

Algunas Observaciones sobre el Habeas Corpus

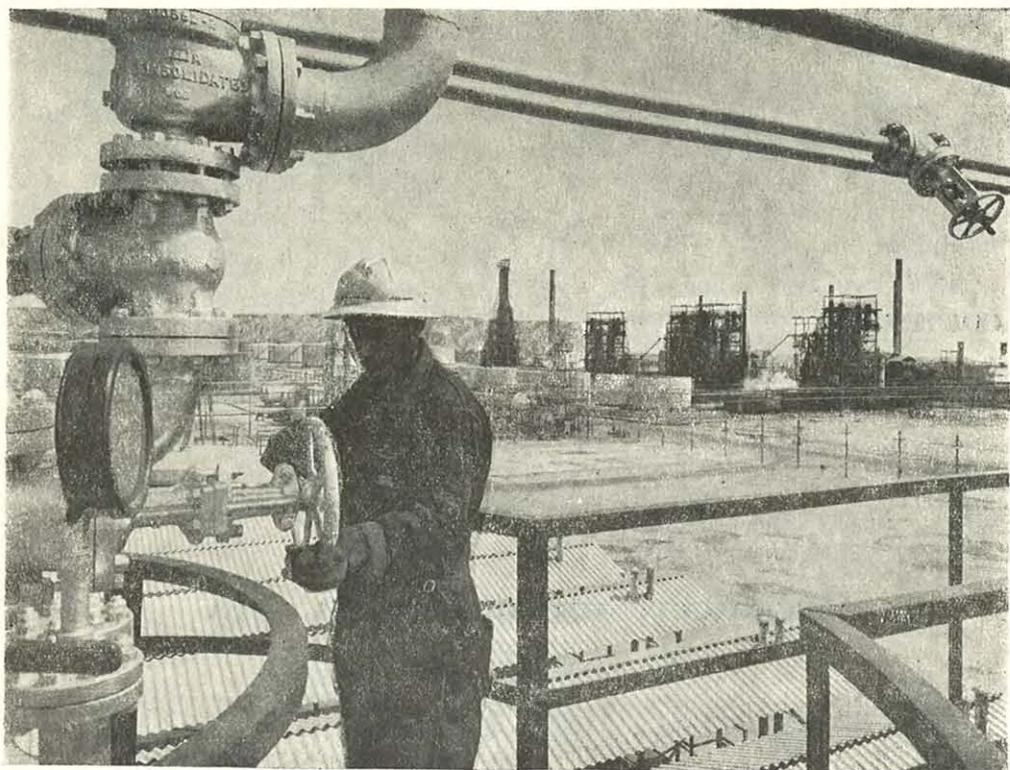
que lo ampare tratándose de un caso con matices penales, no dé lugar a la interposición del recurso de nulidad, con el fin de evitar que pudiese la autoridad, aprovechándose de esta circunstancia, mantener su abuso con menosprecio de lo resuelto, argumento alguno justifica, la improcedencia de la revisión en asuntos de orden civil o laboral, en los que resulta una exigencia acabar con la instancia única, que contraría uno de los principios medulares del derecho procesal.

No es aconsejable, estimamos, reducir la extensión del Habeas Corpus con el propósito de armonizarlo, por una exigencia de menuda y equivocada academia, al contenido de su expresión gramatical y con las razones que en principio lo inspiraron, y pensemos en transplantar alguna institución de la legislación comparada, como el Recurso de Amparo de Méjico o el Mandato de Seguridad del Brasil,

pues, no obstante las deficiencias apuntadas, el Habeas Corpus en nuestro medio ha funcionado positivamente con su formulación generosa; y no es conveniente introducir una nueva figura de protección, porque es posible que ésta no llegue a calar debidamente en nuestra realidad, haciendo estéril todo buen empeño en orden a dotar de plena seguridad el status de libertad, pues si escollos se dan en el curso de esta acción sumaria y no contradictoria, se debe también a su escaso conocimiento y a veces equivocada concepción.

NOTAS

- (1) José Dangond Flores — Habeas Corpus — Bogotá 1960.
- (2) Enciclopedia OMEBA — Tomo VI
- (3) C. Sánchez Viamonte — Manual de Derecho Constitucional — Ed. Kapelarsz
- (4) Angel Fco. Brice — Habeas Corpus o Derecho de Amparo — Revista de Derecho y Legislación de Caracas — Año XLVIII — No. 581-2



Con el concurso de más de 5,000 trabajadores, bajo la supervisión de cientos de técnicos y profesionales peruanos, la International Petroleum Company, Ltda. hace posible que el petróleo nacional sirva a la industria, la agricultura y el transporte del país, contribuyendo a su progreso.

Su vínculo con la organización Esso permite a la IPC en el Perú aplicar las técnicas más avanzadas de la industria petrolera mundial y las invenciones y descubrimientos patentados por los famosos centros Esso de investigación científica de Norteamérica.

INTERNATIONAL PETROLEUM COMPANY, LTD.

CORTESIA:

NEGOCIACION AGRICOLA TACAMA LTDA.

AGRADECIMIENTOS:

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

NOTARIA ABRAHAM VELARDE ALVAREZ

Esta Revista se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de Ecos Editores e Impresores, Pasaje Santa Rosa 191.
LIMA — PERU