

LA CONDICION JURIDICA DEL EXTRANJERO EN EL PERU

Por JORGE BONIFAZ STAGNARO

(Abogado)

Publicamos el siguiente valioso trabajo como un homenaje de la Universidad Católica del Perú a la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados que se reunirá próximamente en Lima. Y lo hacemos con tanto mayor agrado que nuestro Rector, el Señor Doctor Victor Andrés Belaunde, es Vice-Presidente del Primer Comité de dicho certámen, que está encargado de las cuestiones relativas a Inmigración, Nacionalidad y Naturalización.

DE LA NACIONALIDAD

Criterios que existen para la determinación de la nacionalidad de origen. — Quienes son nacionales y quienes extranjeros en el Perú. — Criterios que rigen en el Perú para la determinación de la nacionalidad de origen. — El Jus Soli y el Jus Sanguinis. — Los decretos supremos de 11 de julio de 1942 y de 31 de julio de 1940. — Nacionalidad de la mujer que contrae matrimonio. — Pérdida de la nacionalidad: el artículo constitucional y las resoluciones supremas del 11 de julio de 1942 y de 31 de julio de 1940. — Readquisición de la nacionalidad: decreto supremo del 21 de enero de 1942. — Conclusiones.

La nacionalidad es un vínculo sico-sociológico, bona fide, voluntario, que une a una persona con un país determinado, haciéndole súbdito de él. Intervienen en la formación de tal vínculo elementos sociológicos, como son los factores históricos y económicos, la lengua, la religión y las costumbres; y un elemento sicológico constituido por el sentimiento de afinidad que une a la persona con un determinado país.

El elemento voluntario que caracteriza al vínculo, permite a la persona, cumpliendo ciertos requisitos legales, cambiar de nacionalidad. De aquí la distinción

entre la nacionalidad de origen, que tiene el individuo desde el momento de su nacimiento, y la nacionalidad adquirida. Corresponde ahora el estudio de la primera.

Por ser vínculo voluntario, la adquisición de una nacionalidad implica una declaración de voluntad. Mas como ésta no es posible en el recién nacido, el Estado presume "la voluntad que verosíblemente tendría si estuviese en estado de hacerla conocer" (Weiss). La facultad del Estado para tal presunción está reconocida por los principios generales de Derecho Internacional y expresamente la consagra el Código Bustamante al declarar que "cada Estado aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona".

En general son dos los criterios seguidos para tal determinación: el *jus sanguinis* y el *jus soli*. Pero, como anota Manuel Segundo Núñez Valdivia, "la verdad es que cuando el Estado adopta e impone uno u otro de aquellos sistemas, no interpreta la voluntad del recién nacido; lo que hace es interpretar su propia voluntad, descubrir sus propios intereses".

El *jus sanguinis* considera que el recién nacido reúne en sí, aun cuando en germen, todos los elementos psicológicos y aun sociales de sus antecesores; por tanto, ha de ser continuador de aquella tradición que le unirá al país del que procede su padre. De ahí que las legislaciones que siguen este sistema declaren que es nacional el hijo de padres nacionales.

De acuerdo con el *jus soli*, son nacionales los nacidos en el territorio nacional. Supone este criterio que la influencia que ejerce el suelo sobre la persona determinará la creación del vínculo en que la nacionalidad consiste.

Ambos sistemas, si bien expresan algo de la realidad, no bastan por sí solos para determinar quienes son nacionales y quienes extranjeros.

En efecto, el *jus sanguinis* tiene un fundamento de valor: la vinculación efectiva del hijo con su padre. Se le critica, sin embargo, el desconocimiento de la influencia del medio sobre la persona y el ser origen de la formación de un vínculo nacional artificial, pues en muchos casos los hijos sólo conocen el país de sus padres por referencia y, en consecuencia, no se puede dar en ellos un vínculo que los una a ese país. Además, es fuente de dificultades para determinar la nacionalidad de los hijos si es distinta la de los padres, dificultad que se acentúa cuando concurren otros elementos como la condición legal de los hijos, la situación de la familia; si el hijo es ántumo o póstumo, si fué reconocido en primer lugar por la madre o por el padre.

En cuanto al criterio del *jus soli* es más consistente, pues no se puede negar que la persona que nace en un territorio y permanece en él, se encuentra estrechamente vinculado con el país y es, por tanto, elemento importante para la determinación de la nacionalidad. Sin embargo, la aplicación estricta de la fórmula: "son nacionales los nacidos en el territorio nacional", puede significar un vínculo ficticio. El caso de los nacidos durante un viaje de sus padres, es el ejemplo típico de la objeción al sistema.

Los criterios enunciados, del *jus sanguinis* y del *jus soli*, son irreductibles entre sí. Son adoptados por los Estados en conformidad con las condiciones propias del país. Y así, en los países de emigración impera el primero, mientras

que en los países de escasa población rige el *ius soli*. Esto como norma general pues las legislaciones positivas, en su mayoría, dan cabida a ambos criterios.

Ante las objeciones formuladas a los sistemas anteriores, Núñez Valdivia sugiere un tercer sistema: el del domicilio. Como este principio no ha sido recogido por alguna legislación positiva, no interesa comentarlo en este estudio.

En el Perú, la Constitución designa quienes son peruanos y quienes extranjeros (C. C. T. P. XV). En realidad sólo señala a los primeros y debe entenderse que quienes no reúnen los requisitos que ella señala son extranjeros.

Dejar a la Carta Fundamental la resolución de materia tan importante ha sido objeto de críticas por parte de los profesores de Derecho Internacional del país. Expresan que la determinación de la nacionalidad origina muchas veces problemas cuya resolución se encuentra dificultada en vista de las terminantes disposiciones del texto constitucional, contra el cual no puede prevalecer ninguna ley y de aquí que sugieran remitir todo lo relacionado con la adquisición, pérdida, recuperación de la nacionalidad a una ley especial.

El criterio seguido por la Constitución peruana, es el que siguen los países ibero-americanos, con excepción de la Argentina.

La legislación peruana, al igual que la de los países de América, excepto Haití, admite los sistemas del *ius soli* y del *ius sanguinis* para el otorgamiento de la nacionalidad de origen, en el artículo 4º de su Constitución.

La primera parte del artículo consagra el criterio del *ius soli* absoluto al declarar que son peruanos los nacidos en el territorio de la República. Este principio estuvo consignado en las Constituciones anteriores y sólo por las condiciones especiales de la época se condicionó en alguna oportunidad al hecho de haber nacido libre.

Igual criterio han adoptado Bolivia, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Cabría incluir aquí, a Argentina, Brasil, Cuba, Chile, Guatemala, Honduras, Nicaragua y a la República Dominicana cuya excepción al principio absoluto consiste en que el padre extranjero no esté al servicio del Gobierno de su país de origen.

La adopción del *ius soli* con la amplitud desmesurada de la Constitución peruana no responde al concepto de la nacionalidad como vinculación sociológica y psicológica a un Estado determinado, ni como incorporación a su sistema económico... debería condicionarse con la nacionalidad o el domicilio de los padres (como lo hace El Salvador) o el domicilio del sujeto. (Colombia y Ecuador).

En este sentido, es interesante la disposición chilena que concede derecho de opción a los hijos de extranjeros transeúntes. En Panamá y Costa Rica se atribuye el *ius soli* para aquellos hijos que no deban seguir la nacionalidad del padre, acordando el primer país un derecho de opción declarable al año siguiente de la mayoría y siempre que haya residido en el país los seis años anteriores.

Un decreto supremo del 11 de julio de 1942, al determinar la condición jurídica de los nacidos en el Perú, considerando que la inscripción en los Regis-

tros de las Embajadas, Legaciones y Consulados extranjeros, aunque importa una declaración de hacerse nacional de otro país no produce por sí misma los efectos de la naturalización, tiene declarado que tal inscripción carece de valor y efecto en el Perú para determinar la nacionalidad, salvo lo que establezcan los Tratados y Convenciones.

Dispone, asimismo, que las personas que se encuentren en esa situación pueden pedir el reconocimiento de su calidad de peruanos de nacimiento. Presentada la solicitud con los documentos del caso, previos los esclarecimientos que sean necesarios, se resuelve por resolución ministerial si procede o no; y en el primer caso se expide título de reconocimiento de nacionalidad, que será firmado por el Ministro y llevará adherido un timbre por S/. 100.00.

Sin embargo, una resolución suprema del 27 de agosto de ese mismo año declara que la obligación de pagar el impuesto de extranjería por los nacionales inscritos en el Registro de Extranjería que se amparen en el decreto supremo de julio sólo cesará a partir de la fecha de la expedición del título de reconocimiento de la nacionalidad peruana.

Si se considera la terminante disposición de la Carta Fundamental, de que son peruanos los nacidos en el territorio de la República, es evidente que el decreto supremo de julio de 1942 es innecesario desde que el conflicto de nacionalidad que la inscripción en el Registro de Extranjeros pudiera crear, resulta inoperante mientras la persona se encuentre sometida a la jurisdicción peruana.

Su dación podría explicarse, quizá, como afirmación del principio del *ius soli* ante el criterio que había sostenido en alguna oportunidad la Cancillería, al otorgar valor a tal inscripción.

En efecto, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores había afirmado que pierde la nacionalidad peruana el hijo de extranjero que es inscrito durante su minoría o se inscriba él como nacional de otro Estado, pero siempre que el acto que se realizara fuera legalmente válido, desde el punto de vista de la legislación del otro Estado, como capaz de producir la adquisición de la nacionalidad.

Conviene hacer un análisis del decreto de julio de 1942. Establece el decreto que, presentada una solicitud para el reconocimiento de la calidad de peruano de nacimiento, previos los esclarecimientos del caso se resolverá si procede o no. ¿En qué casos podrá rechazarse el pedido, si el dispositivo constitucional es tan terminante? Sólo en aquellos casos en que, conforme a la misma Constitución, se hubiera perdido la nacionalidad peruana. Y entonces resulta innecesario el decreto.

Tampoco indica el decreto supremo en qué oportunidad debe solicitarse el reconocimiento. Y cumplida la mayoría de edad, el no haberse inscrito en los Registros del Servicio Militar Obligatorio y Electoral serían fundamentos para negar el reconocimiento? Estrictamente no, porque el incumplimiento de esas obligaciones tiene su sanción especial y en ellas no se menciona la pérdida de la nacionalidad.

Y aquí el legislador crea una desigualdad entre los peruanos *ius soli* y *ius sanguinis* porque mientras que a los primeros (para el reconocimiento de la calidad de peruano) no exige la prestación del servicio militar obligatorio en for-

ma expresa, para que los peruanos *jus sanguinis* puedan hacer uso de su calidad de tal exige ese requisito o haber sido dispensado de él, no obstante que el nacido en el territorio ha tenido mayores facilidades para cumplir tal servicio.

Contemplado el punto desde el vista doctrinario, cabe preguntarse, en vista del decreto, si puede un país imponer su nacionalidad a los que en él habitan?

Si la nacionalidad es un vínculo *bona-fide*, si los principios del Decálogo de la Nacionalidad del profesor Zeballos generalmente admitidos en Derecho Internacional, disponen que toda persona tiene el derecho de cambiar libremente de nacionalidad, que el Estado no tiene el derecho de impedir a las personas el cambio de nacionalidad, que el Estado no puede imponer su nacionalidad a las personas domiciliadas en su territorio contra la voluntad de ellas, y la inscripción de la persona en un Registro extranjero y el cumplimiento de obligaciones impuestas a extranjeros deben considerarse como manifestación del deseo de no ser peruano, ratificado con los actos de no inscribirse en los Registros Militar y Electoral, debe mantenerse en la condición de extranjeros. Ello es preferible a contar con un elemento que demuestra poca vinculación al país; no debe el Estado en pretender mantener como ciudadano a una persona que no le pertenece de corazón y que no le responderá en los casos que tenga necesidad de él.

La nacionalidad *jus sanguinis* ha sido admitida, también en todas las Cartas Fundamentales del Perú, pero condicionada al domicilio en la República (C. de 1923, 1826 y 1828) o a la inscripción en el Registro Cívico o en el Consulado correspondiente (desde la de 1834) exigiendo uno de estos dos requisitos la Constitución vigente.

Además de las críticas propias del sistema, expresan los comentaristas de la disposición constitucional que el Registro Cívico fué institución creada con carácter político, pues en él debían inscribirse los ciudadanos que conforme a la ley electoral vigente en la época en que se creó (1861) tenían derecho a sufragio. Excluía, por consiguiente, a las mujeres y a los menores. Hay que tener presente, asimismo, que ese Registro no funcionó. Se ha consignado en la Constitución vigente, porque se mencionó en las anteriores.

Hay que observar que no se ha señalado el plazo en el cual debe hacerse la inscripción, sea en el Registro Cívico o en el Consulado respectivo. Debe entenderse, por consiguiente, que tal inscripción puede hacerse en cualquiera oportunidad, aun después de cumplida la mayoría de edad y omitido el cumplimiento de los deberes que el Estado exige de sus nacionales.

Tampoco se ha señalado un límite de generaciones para adquirir la nacionalidad *jus sanguinis*.

Entre los países americanos, adoptan el *jus sanguinis* en forma absoluta: México y Venezuela. Haití y Panamá lo limitan a una generación, pues exigen que los padres sean nacionales *jus soli*. También se aplica este criterio a los hijos de nacionales que se encuentren al servicio del Gobierno, en Chile y Brasil.

Condicionan el *jus sanguinis* al domicilio en la República, las Constituciones de Bolivia, Colombia, Cuba y Chile. Paraguay exige una residencia ma-

yor de diez años; Ecuador, a más de la residencia, pide la declaración de voluntad de ser nacional. En El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua no se exige la condición si en el país de nacimiento se les mantiene la nacionalidad de los padres o se les concede derecho de opción que ejercitan.

El jus sanguinis está condicionado a la inscripción en el Registro Cívico en Costa Rica, pero ella debe efectuarse por los padres durante la minoría o por el interesado al llegar a los 21 años. En Uruguay se exige la inscripción en el Registro Cívico junto con el domicilio en la República.

Argentina y Brasil conceden un derecho de opción declarable al llegar a la mayoría de edad. Para la República Dominicana, los hijos de sus nacionales, quedan sometidos a la ley del país extranjero, salvo que declaren dentro del año siguiente a la mayoría de edad, su deseo de adquirir la nacionalidad dominicana en acto público que se remite al Ejecutivo.

Hay que tener presente, sin embargo, que no todos los hijos de peruana pueden reclamar esa nacionalidad, pues de acuerdo con las disposiciones vigentes anteriores a la dación de la Carta Fundamental en vigor, la mujer adquiría, por el matrimonio, la nacionalidad del marido. En consecuencia, los hijos legítimos nacieron de madre extranjera y sólo los ilegítimos pueden reclamar la nacionalidad peruana.

La inscripción de peruanos en los consulados, como se ha indicado, no tiene término y, en consecuencia debe admitirse la de menores y mayores de edad que la soliciten, sin perjuicio de la situación que la ley del servicio militar obligatorio cree a los remisos.

El registro de peruanos que llevan los Consulados, sirve para acreditar en el extranjero únicamente la condición de tal, pero no tiene eficacia para establecer el estado civil, ni aun su nacimiento. De ahí que aun faltando los documentos justificativos de la nacionalidad, ellos pueden ser suplidos por una declaración de testigos (Bol. RR. EE. Nº 133).

La situación de emergencia creada por el conflicto bélico actual aconsejó suspender temporalmente esta facultad concedida a los Cónsules para inscribir a peruanos en el Libro de Matriculas a fin de evitar cualquiera suplantación de nacionalidad y así, por decreto del 15 de marzo de 1943 se dispuso que fuera el Ministerio de Relaciones Exteriores el que autorizara en cada caso la inscripción, para lo cual los Cónsules elevarían las solicitudes respectivas junto con los documentos que señala el art. 14 del Reglamento Consular, o copia certificada de ellos (R. S. del 25-9-43).

Un decreto supremo del 31 de julio de 1940 exige, para poder hacer uso de la nacionalidad peruana jure sanguinis, acreditar la inscripción en un registro especial que manda abrir en la Sección Nacionalización del Departamento de Extranjería e Inmigración, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para la inscripción se presenta solicitud acompañando copia oficial legalizada de la partida de nacimiento y los documentos que acrediten la nacionalidad peruana del padre o de la madre, su domicilio en la República o su inscripción en el Consulado respectivo. Si el solicitante es mayor de edad, acreditará haber cumplido con las obligaciones que le imponen las leyes del servicio militar y de los Registros Electorales, o acreditar las dispensas, en forma legal. Por

los menores pueden presentarse sus padres o guardadores legales quienes deben probar su carácter de representantes legales. Si la persona reside en el extranjero, la solicitud se tramita por conducto de los Consulados. Dispone, asimismo, el decreto citado, que los Consulados del Perú en el extranjero avisarán al *Departamento del Ramo, las inscripciones de hijos de peruanos nacidos en su jurisdicción hasta la fecha y las que se realicen en lo sucesivo.*

El decreto evidentemente tiene por objeto subsanar los defectos del precepto constitucional, permitiendo ejercer un control sobre los peruanos nacidos en el extranjero; pero la forma como está concebido no está en armonía con él, pues limita sus alcances.

Tratándose de los menores de edad, no hay mayor dificultad salvo la de inquirir si es posible establecer una obligación que la Constitución no exige para otorgar la calidad de peruano. Pero cuando son mayores de edad los que deben inscribirse y no han cumplido con inscribirse en los Registros Militar y Electoral, ¿cuál es su condición? Como se ha indicado antes, por estos hechos no se puede negar la nacionalidad peruana; no hay disposición que así lo establezca.

Por lo demás, en consulta formulada por el Consulado de La Paz, la Cancillería le indicaba que debía inscribir como peruanos aún a los mayores de edad, sin perjuicio de la situación que se cree a los remisos por la Ley del Servicio Militar Obligatorio. (Esta consulta fué hecha antes de la dación del decreto que se comenta).

La última parte del artículo 4º de la Constitución que presume nacidos en el Perú a los menores residentes en el país, hijos de padres desconocidos, es una aplicación forzosa del principio del *ius soli*. Se trata de una presunción generalmente admitida y concorde con la regla adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oxford, 1880.

No obstante, la mayoría de las legislaciones americanas silencian el punto. Sólo la consignan: El Salvador, Ecuador y México.

Respecto de la nacionalidad de la mujer, dispone la Carta Fundamental del Perú, en su artículo 6º que "La extranjera casada con peruano adquiere la nacionalidad de su marido. La peruana que se casa con extranjero conserva la nacionalidad peruana, salvo renuncia expresa".

Antes de la dación de la Carta Fundamental vigente el punto estuvo legislado por el Código Civil de 1852 que, inspirado en el principio de la unidad de la ley nacional dentro del matrimonio, declaró que la mujer seguía la nacionalidad de su marido.

El artículo constitucional no tiene una regla uniforme, pues son dos las soluciones que dá, según que la mujer que contraiga matrimonio sea peruana o extranjera. En esta situación, más aceptable era el criterio sostenido por el Código Civil del 52, cuyo principio se encuentra en las Catras Fundamentales de Ecuador y Bolivia.

Pero, además de aquel sistema dual, inadmisibles en la estructura base de la organización del Estado y que de por sí es criticable, hay que notar que el dis-

positivo constitucional está en contradicción con la doctrina imperante en los últimos tiempos, de la igualdad de los sexos en materia de nacionalidad y que el Perú ha reconocido en la VII Conferencia Internacional de Montevideo, en que suscribió una Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, cuyo art. 1º consagra ese principio y otro Convenio sobre Nacionalidad en que se declara que "ni el matrimonio ni su disolución afectan la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos" (art. 6). Estos principios están consignados en las Constituciones de Honduras, Nicaragua y Cuba, aunque ésta da derecho a la extranjera casada con cubano para adquirir la nacionalidad cubana; da una opción, no la impone.

Además, la forma terminante de la declaración, es origen de conflictos de nacionalidad ya que la mayoría de los países no admiten que sus nacionales pierdan su nacionalidad a consecuencia del matrimonio.

La adquisición de la nacionalidad peruana por la extranjera, en el caso que se comenta, es una consecuencia del matrimonio; de manera que si éste se declara nulo, la extranjera mantendrá su primitiva nacionalidad; no así en los casos de divorcio o de viudez en que conservará la nacionalidad peruana. También conserva la nacionalidad peruana aunque el esposo la pierda luego por incurrir en alguna de las causales previstas por la Constitución, en razón de que la adquisición de la nacionalidad peruana por el matrimonio es definitiva.

En cuanto a la legislación extranjera, además de los casos ya indicados, acuerdan su nacionalidad a la extranjera casada con su nacional, pero condicionada al domicilio: Bolivia, México, y Costa Rica. Colombia, después de una residencia de dos años y Cuba exige la condición anterior, si no hay hijos en el matrimonio. El Salvador y la República Dominicana conceden un derecho de opción y Venezuela la remite a la duración del matrimonio y, disuelto éste, si la extranjera manifiesta el deseo de continuar con la nacionalidad venezolana dentro del año siguiente a la disolución del matrimonio.

Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Haití, Panamá y Paraguay no legislan sobre el particular, al menos en sus Leyes Fundamentales.

Respecto de Chile dice Fabio Vio Valdivieso: "Conforme al criterio de nuestro más alto tribunal de justicia, el chileno que adquiere una nacionalidad extranjera sin solicitarla expresamente, no pierde la calidad de chileno"... "es nula porque infringe... la Constitución Política, la sentencia que declara que la mujer pierde la nacionalidad chilena por el hecho de casarse con un extranjero".

Las Constituciones del Perú se refirieron a la suspensión y a la pérdida de la ciudadanía. Solo la vigente legisla expresamente sobre la pérdida de la nacionalidad en los siguientes términos: "La nacionalidad peruana se pierde: 1º Por entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera, sin permiso del Congreso, o por aceptar empleo de otro Estado, que lleve anexo el ejercicio de autoridad o jurisdicción; y, 2º Por adquirir nacionalidad extranjera".

El primer apartado está mal redactado, pues de la simple lectura aparece que no se pierde la nacionalidad al prestar servicio en ejército extranjero, si me-

dia permiso del Congreso, pero que se pierde en todo caso, por aceptar empleo de Estado extranjero que tenga las condiciones indicadas, siendo así que también en este caso cabe permiso del Congreso, en cuya oportunidad se conserva la nacionalidad peruana.

Es lógico que el servicio militar prestado a Nación extranjera acarree la pérdida de la nacionalidad. Y es que "supone una obligación de fidelidad con otro Estado, al que ha de defenderse en caso de guerra, aunque sea contra el país propio del individuo de que se trate". Además es, este servicio, una de las obligaciones fundamentales de la persona para con su país.

Sin embargo no debe señalarse una norma tan radical como la que consagra la Constitución peruana. Es necesario que la prestación del servicio militar al extranjero haya sido voluntario y no fruto de una imposición a la que no pueda oponerse la persona. De aquí que al no contemplar esta situación, el precepto constitucional resulte diminuto. La legislación brasilera hace la salvedad anterior.

Sólo Bolivia tiene una norma igual a la peruana. La Ley chilena se refiere a la prestación de servicios a ejército enemigo de Chile o de sus aliados en tiempo de guerra. En Cuba y Guatemala es causal de pérdida de la ciudadanía; mientras que para que produzca este efecto en Guatemala se requiere la condición señalada por la ley chilena y, además, que tal servicio implique traición a la Patria.

La segunda parte del inciso 1º del art. 6º de la Constitución del Perú se encuentra también en las de Brasil y Panamá, pero la primera adopta una fórmula más severa, pues basta admitir cualquier empleo de otro Estado, para perder la nacionalidad. En cambio, esta prestación de servicios a Gobierno extranjero es causal de pérdida de la ciudadanía en El Salvador, Honduras, México y en la República Dominicana. En Bolivia y Nicaragua sólo produce la suspensión de los derechos de ciudadanía.

Concorde con el principio de que nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Cambridge, 1895, y consignado en el Decálogo de la Nacionalidad de Zeballos, dispone la Constitución que la nacionalidad peruana se pierde por adquirir otra extranjera.

Igual disposición contienen las Leyes Fundamentales de Brasil, Chile, El Salvador, Honduras, México y Nicaragua. Colombia y Panamá la condicionan a la residencia en el Exterior y en el país de naturalización, respectivamente. En Cuba, Ecuador, Guatemala, Paarguay y en la República Dominicana, la naturalización en país extranjero implica la pérdida de la ciudadanía, porque en ellos no se legisla sobre la pérdida de la nacionalidad.

El art. 1º de la R. S. del 11 de julio de 1942 declara que los peruanos de nacimiento no pueden adquirir la nacionalidad extranjera mientras se hallen en territorio de la República.

Se funda la disposición en que la naturalización es un acto de inmigrante que supone, necesariamente, la presencia de éste en el país extranjero y, por consiguiente, no puede aceptarse que la realicen en su propio país.

La nacionalidad es un vínculo voluntario que implica el deseo de la persona de pertenecer a un Estado y la aceptación de parte de éste. Desde el momento en que hay una manifestación de voluntad expresa en el sentido de no querer ser miembro de un Estado y si el país extranjero no exige como requisito para la naturalización la residencia en él, no hay justificación para el decreto que se comenta. Por lo demás, la persona que se encuentre en esta condición, será un mal peruano y preferible es permitirle el cambio de la nacionalidad.

La Asesoría Jurídica ha opinado que el peruano hijo de extranjero que durante su minoría sale del país y obtiene en el extranjero pasaporte como nacional del país de su padre, adquiere la nacionalidad de éste y queda comprendido dentro de lo dispuesto en la segunda parte del art. 7º de la Constitución, más aún si no se inscribió en el Registro Militar.

Una R. S. del 31 de julio de 1940, considerando que hay peruanos de nacimiento, hijos de padres oriundos de países que reconocen el *ius sanguinis* o la doble nacionalidad, que se ausentaron de la República durante su minoría de edad para establecerse en la patria de sus padres o recibir en ella su educación o cumplir con las prescripciones del servicio militar u otras análogas; y que esa condición les confiere automáticamente la nacionalidad extranjera según la ley de esos países, con lo cual pierden la peruana, estableció que las personas que se encuentran en esta condición, quedan sujetas a las disposiciones sobre inmigración y extranjería, mientras no sean rehabilitadas en forma legal. En otras palabras, que han perdido la nacionalidad peruana.

Descartando el caso del servicio militar, específicamente contemplado en la Constitución peruana, se desprende de los considerandos de la R. S. que se puede adquirir una nacionalidad distinta de la peruana por el hecho de radicarse en el extranjero o por recibir educación en ese país. Si efectivamente hay leyes que por los actos indicados conceden su nacionalidad, la disposición gubernativa resulta innecesaria pues en esos casos la persona habría perdido la nacionalidad peruana y devenido extranjero. Por tanto debe aplicárseles las disposiciones sobre inmigración y extranjería.

Disposición que guarda alguna relación con la anterior es aquella en virtud de la cual los guatemaltecos hijos de extranjeros que residan fuera de Guatemala y deseen conservar la nacionalidad guatemalteca, están obligados a probar, al llegar a la mayoría de edad, que han cumplido, o lo están haciendo, los deberes del ciudadano y han de volver a residir al país por lo menos durante cinco años.

En otras legislaciones, además de los casos señalados en la Constitución peruana, se pierde la nacionalidad por residir en el extranjero si al llegar a la mayoría de edad no regresan al país y residen en él no menos de cinco años (Guatemala); por aceptar pensiones, subsidios o estipendios de Gobierno extranjero (Cuba, Haití, Paraguay), condecoraciones u honores o distinciones (Costa Rica, Haití, Paraguay y Panamá), por prestar servicios políticos oficiales a Gobierno extranjero (Honduras y México) o por aceptar de ellos títulos, excepto literatos o científicos (Costa Rica y México), por desertar del servicio militar obligatorio o evadirse del adiestramiento durante una guerra (Bolivia y Chile), por atentar contra la independencia y la seguridad del país (Paraguay).

Si bien la Constitución del Perú indica las causas que determinan la pérdida de la nacionalidad, no ha indicado, ni posteriormente se ha dictado disposición alguna sobre el particular, el procedimiento a seguirse para desnacionalizar a la persona. En los libros revisados, sólo se ha encontrado para el Brasil. En este país, la desnacionalización es decretada por el Presidente de la República mediante un proceso hecho en el Ministerio de Relaciones Exteriores, que se inicia de oficio o mediante representación fundamentada.

Al que ha dejado de pertenecer a una Nación no debe cerrársele el camino para volver a ella. Cabe el cambio de las circunstancias que motivaron tal pérdida así como el arrepentimiento. La recuperación de la nacionalidad se somete a la ley del país de la nacionalidad que se recobra (C. Bustamante 15).

El procedimiento para obtener esta readquisición de la nacionalidad es discutido. Para unas legislaciones, de criterio rígido (Brasil —y Bolivia si se perdió por servir a ejército extranjero—) quien ha perdido la nacionalidad de un Estado y por tanto debe seguir los mismos trámites, para readquirirla, que un extranjero para obtenerla por primera vez mediante la naturalización.

Otro sistema consideran que las causales que determinan la pérdida de la nacionalidad no tienen igual importancia y trascendencia y por tanto estiman que de acuerdo con dichas causales debe establecerse el procedimiento para readquirir la nacionalidad.

Las Constituciones peruanas no legislaron sobre la materia; tampoco lo hace la vigente al igual que las de Bolivia, Brasil y Haití. Si las Cartas Fundamentales pueden ser justificadas, por no haber contemplado la pérdida de la nacionalidad, sino de la ciudadanía, la omisión en que ha incurrido la actual es censurable.

Honduras solo se ocupa del caso de la pérdida de la nacionalidad por servir a Gobierno Extranjero, en que se recobra por decreto legislativo. En Panamá es necesario la rehabilitación por la Asamblea Nacional y en Paraguay cuando se ha perdido por naturalización en país extranjero, se requiere acuerdo de la Cámara de Representantes.

Hasta la dación del D. S. del 21 de enero de 1942, existía tan solo una norma convencional en el Perú para recobrar la nacionalidad: el peruano naturalizado en los Estados Unidos, si volvía a establecer su residencia en el Perú con la intención de no regresar a los Estados Unidos —que se presumía por la residencia de dos años—, recuperaba la nacionalidad peruana pues se consideraba que renunciaba a la naturalización anterior, de conformidad con una Convención sobre Ciudadanía suscrita en Lima, en 15 de octubre de 1907.

En la III Conferencia Panamericana se había adoptado un acuerdo igual respecto de los ciudadanos de los países firmantes, pero no ha sido aprobado por el Perú.

El criterio a que se alude está consignado en las Constituciones de El Salvador, Guatemala y Nicaragua, siendo en ésta más liberal pues se declara que basta volver al país para readquirir la nacionalidad.

El D. S. del 21 de enero de 1942 reconoce en sus considerandos que las disposiciones sobre pérdida de la nacionalidad conduce al apatridismo y que de acuerdo con los principios de Derecho Internacional Privado los Estados deben

tender a su disminución; y declara que, mientras se dicta una ley general sobre nacionalidad (que a pesar del tiempo trascurrido no se ha dictado) que las personas que han perdido la nacionalidad peruana de acuerdo con el dispositivo constitucional o por aplicación de la R. S. del 31 de julio de 1940 (de la que se ha hecho referencia antes), pueden readquirirla mediante un breve procedimiento.

Presentada la solicitud ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio del Departamento de Extranjería e Inmigración, éste reunirá las informaciones y elementos que juzgue necesarios para establecer las razones que motivaron la pérdida de la nacionalidad y los móviles que llevan a pedir su rehabilitación; y previo informe del Jefe de la Oficina Legal, se expedirá la correspondiente resolución suprema, concediendo o negando la nacionalidad peruana.

Por D. S. del 11 de julio de 1942 se ha declarado que en el caso de naturalizarse en país extranjero se podrá recobrar la nacionalidad peruana sujetándose al procedimiento de las naturalizaciones, en cuanto fuere aplicable y pagando los mismos derechos.

De lo expuesto aparece que hay dos procedimientos para readquirir la nacionalidad: el primero determinado por el decreto supremo del 21 de enero de 1942 para los casos contemplados en el inc. 1º del art. 7 de la Constitución; y el segundo, para aquellos comprendidos en la segunda parte del citado precepto constitucional.

Las legislaciones americanas contemplan este punto de manera diversa. Así en Bolivia, Guatemala y Paraguay se readquiere la nacionalidad por el simple regreso al país. En otros países se condiciona la recuperación de la nacionalidad a la renuncia del país naturalizador (Cuba), a la residencia por dos años (Venezuela), a la renuncia a toda distinción contraria a las leyes nacionales (Costa Rica y Bolivia), de los cargos públicos conferidos en el extranjero (Costa Rica). Por obtención del permiso para volver al país de origen después de haber prestado servicio militar en el extranjero (Costa Rica) o por reintegración por el Legislativo (Argentina, Chile, Ecuador y Panamá) o del Ejecutivo más residencia en el país (Brasil).

La forma absoluta como están concebidos los dispositivos de la Constitución del Perú en materia de nacionalidad, evidentemente da origen a una serie de problemas, algunos de los cuales se han pretendido solucionar con la expedición de los decretos supremos que se ha comentado. Pero, jurídicamente, hay que admitir que tales decretos carecen de valor por ser la nacionalidad materia reservada a la Carta Fundamental, la que no pueden modificar.

Esas disposiciones del Ejecutivo son una prueba de la necesidad de reformar la Constitución.

La fórmula propuesta de legislar todo lo relacionado con la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad en una ley especial, suprimiendo la materia de la Constitución, parece inconveniente en el Perú por dos razones: 1º Si a pesar del carácter de la Constitución se ha dictado disposiciones que tienden

a modificarla, es evidente que si se tratara de una ley, sus disposiciones serían posiblemente modificadas por mayor facilidad por los gobernantes; 2º porque esta circunstancia daría lugar a una multiplicidad de disposiciones sobre la materia oscureciendo y complicando la legislación. Ejemplo práctico de éste se tiene en las disposiciones dictadas sobre bonificación de los haberes de los empleados que constantemente han sido materia de aclaraciones e interpretaciones y en las numerosas disposiciones dictadas por el Ejecutivo con ocasión de la campaña de alfabetización.

Es más oportuno desarrollar los preceptos constitucionales, como en otros países de América. El *jus soli* absoluto debe reservarse para los hijos de peruanos, excluir de él terminantemente a los descendientes de agentes diplomáticos extranjeros y de extranjeros al servicio de su Gobierno y a los demás hijos de extranjeros concederles un derecho de opción declarable dentro del año en que se cumpla la mayoría de edad, a fin de que si se deciden por la nacionalidad peruana cumplan con los deberes que la ciudadanía impone, como la inscripción en los Registros Militar y Electoral.

Respecto del *jus sanguinis* condicionarlo a la residencia en el país o a la inscripción en el Registro Consular, a más tardar dentro del año en que se alcance la mayoría de edad para los efectos indicados anteriormente. En caso de que el hijo de peruano, nacido en el extranjero, no residiera en el Perú no puede prorrogar la nacionalidad peruana.

Debe mantenerse la última parte del art. 4º de la Constitución.

Consecuente con la opinión sostenida en Convenios Internacionales, debe modificarse el art. 6º, en el sentido de declarar que el matrimonio no ejerce influencia sobre la nacionalidad. En todo caso podría acordarse a la extranjera un derecho para optar la nacionalidad peruana.

Debe cambiarse la redacción del art. 7º en la forma que se ha dejado establecido, en cuanto a su inciso 1º, aclarando al mismo tiempo que el servicio que se preste a ejército extranjero debe ser voluntario.

Debe señalarse el procedimiento para desnacionalizar a la persona que incurra en las causales que determinan la pérdida de la nacionalidad.

DEL INGRESO AL PERÚ

Quienes no pueden ingresar al territorio peruano. — Inmigrantes y no inmigrantes. — Requisitos para ingresar al país. — Periodo de permanencia para los no inmigrantes. — Del Pasaporte. — Quienes deben visarlos. — Requisitos para la visación del pasaporte de no inmigrante. — Validez del pasaporte. — Regímenes especiales. — Conclusiones.

Uno de los derechos que tiene reconocido el hombre sujeto de Derecho Internacional, es el de la movilidad, en su doble aspecto: emigración e inmigración.

La Constitución peruana, en su art. 67, reconoce este derecho al declarar que es libre el derecho de entrar, transitar y salir del territorio de la República.

Mas como no es posible una consagración tan absoluta, lo sujeta a las limitaciones que establecen las leyes penales, sanitarias y de extranjería. Precepto análogo se consigna en las Leyes Fundamentales de los países ibero-americanos.

Esas limitaciones, que se encuentran consignadas en todas las legislaciones, se justifican porque frente a este derecho de movilidad atribuido a la persona y a la obligación correlativa de admitirle en su territorio, el Estado debe velar por su integridad, por el bienestar moral y material de sus habitantes y por el mantenimiento del orden público.

Se encuentran contenidas esas restricciones, en forma general, en el art. 8º del Reglamento de Inmigración. Según él, para ingresar al territorio peruano se necesita reunir ciertos requisitos, a saber:

REQUISITO DE EDAD.—El Reglamento de Inmigración exige la edad mínima de diez años para el ingreso al país, salvo que los menores de esa edad vengan acompañados de sus padres o llamados por éstos, si residen en el Perú. Esta edad mínima se exige también en Brasil, en donde se señala la de 18 años.

Nuestra legislación no señala una edad máxima para el extranjero que desee ingresar al país, como sucede en Brasil que prohíbe el ingreso de los mayores de sesenta años, salvo permiso especial; mientras que en Guatemala y El Salvador se restringe la entrada de las personas de esa edad al caso de venir acompañadas de parientes que las sostengan o que posean una suma determinada.

REQUISITO DE SUBSISTENCIA.—En general, ningún Estado admite a aquellas personas que no tengan la posibilidad de ganarse la vida y que puedan devenir en una carga para él. De ahí que esté prohibido el ingreso de los indigentes y vagabundos. Esta prohibición viene desde la ley Nº 4145. Igual declaración hacen Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Nicaragua.

Por la misma razón se niega el derecho de entrar al Perú a los paralíticos, ciegos y sordo-mudos. La legislación brasilera incluye a los mutilados. En cambio en Nicaragua no se hace referencia a los sordo-mudos y aún se permite el ingreso de los extranjeros que se encuentran en esta condición, siempre que vengan acompañados con familia que se encargue de su cuidado y de su subsistencia.

Para asegurar este requisito, algunas legislaciones exigen al extranjero que ingresa al país, poseer un mínimo de dinero conque puedan atender sus necesidades (Chile y Guatemala) y a la de su familia o que ejerzan profesiones liberales (Brasil).

Guatemala, en cambio, restringe el ingreso de los que van en busca de trabajo, salvo los técnicos contratados o que tengan fondos para establecer un taller o industria, previa autorización del Ejecutivo.

REQUISITO DE SALUD.—No pueden ingresar al Perú: los dementes e idiotas; los alcohólicos, epilépticos, tuberculosos, sifilíticos, leprosos y los que adolezcan de enfermedades transmisibles. La ley de extranjería del 22 de setiembre de 1920 se había referido en términos generales a las enfermedades que según las leyes y reglamentos fueran peligrosas para la salud pública. La prohibición referente a los leprosos existía desde el 17 de marzo de 1905.

La misma restricción se encuentra en Colombia, Brasil, Chile, Guatemala, Nicaragua y Uruguay. Empero, en el primero de esos países, cuando en una familia una de las personas adolece de alguna de las enfermedades señaladas, se puede permitir su ingreso si las demás son sanas. En el Brasil, si en el plazo de seis meses presentara síntomas de enfermedad nerviosa, demencia mental, lepra o alguna de las enfermedades antes enumeradas, puede el extranjero ser repatriado.

De acuerdo con los considerandos de una resolución suprema del 25 de noviembre de 1910, cabe citar aquí a los gitanos cuyo ingreso se prohibió por ser inmigrantes peligrosos desde el punto de vista sanitario, por cuanto su falta de higiene habitual los hace fácilmente importadores de enfermedades exóticas infecciosas. También se prohíbe el ingreso de gitanos en Brasil, Colombia y Chile, Guatemala y Nicaragua, aunque en estos países la prohibición se debe a razones étnicas.

REQUISITO DE POLICIA.—El Reglamento de Inmigración prohíbe entrar al país a los criminales prófugos, aunque no puedan ser extraditados. La prohibición que sobre el particular contenía la Ley de Extranjería del año 20 estaba concebida en otros términos. Según ella no eran admitidos en el Perú los condenados en el extranjero por delito que en el país mereciera penitenciaría, si no habían cumplido su condena, o si, habiéndola cumplido, no hubiera transcurrido dos años desde su liberación. Brasil no admite a los condenados por delito que determine su extradición; y Colombia, Guatemala y El Salvador prohíben asimismo el ingreso a los condenados por crímenes infamantes. La ley de inmigración de Nicaragua señala expresamente los delitos por los que la persona prófuga o condenada no puede entrar a su territorio.

Incurso en igual prohibición se encuentran los comunistas, anarquistas y nihilistas; (también en Brasil y Guatemala. Nicaragua no cita a los primeros) y los que profesan doctrinas o pertenecen a partidos o sectas que propugnen la destrucción del orden político y social organizado (lo mismo que en Guatemala y Nicaragua).

Las legislaciones extranjeras incluyen a los expulsados del país (Brasil y Chile), a los expulsados de cualquier país por la autoridad competente, a los que se dediquen a actividades no permitidas en el país o que practiquen el espionaje (Chile). En Guatemala no se permite el ingreso de los que se dediquen al contrabando y al comercio fraudulento o ilícito. La Constitución Venezolana tiene una disposición amplia que permite prohibir la entrada al país al extranjero, cuando considere que pueda ser peligrosa para el orden público o a la tranquilidad social.

Una disposición que se contiene en la generalidad de las legislaciones es la que prohíbe el ingreso al país de los que carecen de pasaporte con visación.

REQUISITO DE MORALIDAD.—En su obligación de velar por la moralidad, el Estado tiene prohibido el ingreso de los tratantes de blancas, los que trafican de pornografía; los que hayan regentado prostíbulos, formado parte de ellos o reducido alguna utilidad de su funcionamiento. Esta restricción que es-

taba contenida en la Ley de Extranjería 4145, se consigna en las legislaciones del Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Nicaragua.

También se hallan incursos en esta prohibición los toxicómanos; y la ley chilena agrega a sus explotadores.

Además de estas disposiciones de carácter general, hay países que contienen restricciones de carácter étnico (Brasil, Colombia, Nicaragua y Guatemala, aunque en los dos últimos se permite con licencia especial su ingreso por un período de seis meses y de un año, respectivamente, previo depósito de determinada cantidad de dinero que se les devuelve al salir del país o que pierden si vencido el plazo de permanencia se encuentran en el país, sin perjuicio de ser expulsados) o que prohíben el ingreso de elementos que por sus condiciones orgánicas o sociales sean inconvenientes para la Nación (Colombia).

Una prohibición especial es la consignada en el artículo 9 del R. de I., que prohíbe entrar al territorio nacional, aun cuando reúnan las condiciones exigidas por ese Reglamento, a los extranjeros cuyo ingreso sea materia de instrucciones especiales que imparta a los Cónsules de la República el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En 10 de agosto de 1935 se firmó en Quito, conjuntamente con Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela un acuerdo sobre mutua defensa contra extranjeros no deseables, en virtud del cual los Gobiernos se comprometen a impedir que esos extranjeros pasen a un país bolivariano, salvo que sea nacional de ese país, para lo cual se comprometen a remitirse periódicamente una nómina de los extranjeros expulsados o perseguidos en los respectivos países, detallando sus antecedentes y señales particulares.

Los extranjeros que vienen al Perú pueden hacerlo de modo transitorio o con el objeto de establecerse definitivamente o por un tiempo más o menos largo. De aquí la distinción entre extranjeros transeuntes e inmigrantes. El Reglamento de Inmigración no hace esta clasificación (que es la que consignan generalmente las legislaciones) sino divide a los extranjeros en inmigrantes y no inmigrantes, definiendo a los primeros como al extranjero "que ingresa al territorio de la República para establecerse en él".

El concepto de inmigrante, de acuerdo con la expresión anterior, encierra la idea de una residencia, si no definitiva, al menos prolongada. De aquí que no se considere como tales: a los individuos en tránsito continuo, a los turistas, tripulantes de naves y aeronaves que desembarquen mientras dure la estadía de la nave en las aguas territoriales o en el territorio nacional; a los artistas, conferencistas y deportistas; a los agentes viajeros, a los agentes o representantes comerciales, banqueros, financistas o promotores de negocios que ejerzan ocasionalmente sus actividades; a los visitadores o inspectores de sucursales o establecimientos radicados en el Perú y cuyas casas matrices o directorios se encuen-

tren en el extranjero y que vienen en visita relacionada con esos negocios, ni a los miembros de misiones culturales, de estudio o de investigación científica que vienen a ejercer sus actividades por un tiempo prefijado (art. 4. R. de I.).

Sin embargo, el concepto de inmigrante, tal como lo consigna el Reglamento de Inmigración, tiene excepciones que pueden agruparse en tres categorías:

La primera, que se puede llamar: por razón de la función que ejercen, es la que considera no inmigrantes a los agentes diplomáticos y consulares, sus familias y empleados a su servicio, así como a los funcionarios oficiales de Estados extranjeros que desempeñan misión declarada por su Gobierno y autorizada por el Perú.

La segunda, tiene un carácter especial. Se refiere a los profesionales diplomados que, además de satisfacer las condiciones legales para el ejercicio de sus profesiones en el Perú, acrediten que vienen contratados en forma compatible con las leyes nacionales por entidad establecida en el país y con cargo u objeto preciso y determinado; a los religiosos miembros de comunidad residente o autorizada en el Perú; y a los misioneros autorizados por la autoridad eclesiástica nacional o por la autoridad civil.

La tercera excepción consiste en un privilegio concedido a los estudiantes de nacionalidad americana que vengan al Perú a realizar o continuar sus estudios. Cabe considerar aquí, también, a aquellos extranjeros que con autorización del Gobierno, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, ingresen al país para hacer inversiones del capital conque cuenten y a los que se da carácter de no inmigrante conforme a un D. S. de enero 3, de 1941.

Esos extranjeros, según dicho decreto, deben entregar en depósito \$ 500.00; y efectuar la inversión a que se ha hecho referencia, en el plazo de seis meses salvo prórroga a juicio del Gobierno, de lo contrario caducará el permiso y perderá el interesado el depósito a favor del Gobierno, en concepto de impuesto a la utilidad del capital durante el período indicado. El requisito del depósito ha sido suprimido por decreto supremo de fecha 10 de julio de 1946.

El Reglamento de Inmigración de 1937 ha salvado la omisión en que incurrieran las disposiciones anteriores acerca del período durante el cual el extranjero transeunte puede permanecer en el país.

Por aplicación de las disposiciones del Código Civil, podía estimarse ese período hasta por dos años pues sólo al cabo de éstos adquiriría domicilio en la República.

Conforme al Reglamento, el período de permanencia es, para el extranjero en tránsito directo, de 48 horas prorrogable excepcionalmente a 15 días (plazo igual al que se concede en Chile); de 90 días para aquellos que vienen a ejercer sus actividades ocasionalmente; y de 60 días para los turistas (es el período que se acuerda en Colombia). Los dos últimos períodos de permanencia han sido reducidos a 30 días por R. S. del 14 de setiembre de 1942. Pero de acuerdo con un tratado suscrito en 1929 con los Estados Unidos, los turistas de esa nacionalidad pueden permanecer en el Perú hasta 6 meses.

Colombia, Brasil y Guatemala al distinguir los extranjeros en transeúntes e inmigrantes, señalan a los primeros el plazo de permanencia. En Brasil ese plazo es de 30 días, vencido el cual la policía notifica al extranjero para que dentro de 15 días abandone el país bajo pena de expulsión. Guatemala permite la estadia hasta los 60 días, pudiendo ser mayor mediante licencia especial. En Colombia la permanencia puede ser hasta de un año.

Los extranjeros no inmigrantes, salvo aquellos que conforme al Reglamento están expresamente autorizados, no pueden ejercer el comercio, profesión o industria, ni dedicarse a actividades remunerativas. Igual prohibición contiene la legislación brasilera, que la extiende a los miembros de las comisiones científicas, pero en forma más completa pues señala la pena a que se hacen acreedores, prisión de seis meses a un año y expulsión, sin perjuicio de una multa a sus empleadores.

Dentro de los extranjeros transeúntes, el Reglamento de Inmigración distingue a los turistas para someterlos a un régimen más severo, pues mientras que respecto de los demás se limita a señalar el período de residencia, tratándose de los turistas dispone que pasado el término de los 30 días (R. S. del 14-9-42) o si obtienen alguna ocupación o empleo o explotan algún arte, industria o comercio, o si ejercen algunas de las actividades no permitidas a los no inmigrantes, se les considerará como inmigrantes y tendrán que regularizar su situación dentro de dicho término, bajo pena de expulsión.

Sin embargo, hay evidente error en este inciso (c. del art. 17). Dice en su última parte que los turistas, si "se dedican a alguna de las actividades comprendidas en los incisos *f* y *g* del art. 8, serán considerados como inmigrantes". Las actividades a que se refieren esos incisos (trata de blanca, tráfico en pornografía, práctica de la prostitución, profesión de doctrinas que propugnan la destrucción del orden político y social organizado) son causales, como se ha indicado antes, que impiden el ingreso al territorio nacional. De acuerdo con la letra del apartado que se comenta puede ocurrir: o que se burle la prohibición del ingreso al país amparándose en el carácter de turista, o que se admita legalmente el ejercicio de esas actividades.

Para ingresar al territorio nacional se debe poseer un pasaporte otorgado por una autoridad del Estado a que pertenece el extranjero y visado por un Cónsul rentado de la República en el país de embarque (10 R. I.). De acuerdo con el Reglamento de la materia de 10 de diciembre de 1919, el pasaporte debía estar legalizado por la Legación Peruana y sólo en su defecto, por el Consulado del puerto de embarque.

Del requisito anterior están exceptuados los tripulantes de naves y aeronaves extranjeras, quienes prueban su condición mediante el comprobante que ex-

pide la compañía naviera donde sirven o por los capitanes de las naves; y en caso de tratarse de naves y aeronaves oficiales de un Estado extranjero, mediante la posesión y uso legítimo del uniforme correspondiente.

Antes de desembarcar, el extranjero debe someterse en el puerto de arribo, al examen de las autoridades de Sanidad, de Policía y de Extranjería, que deberán verificar si el extranjero no está comprendido dentro de alguno de los impedimentos para ingresar al país (R. I. arts. 24, 32 y 33). No podrá desembarcar el extranjero rechazado por alguna de las tres autoridades dentro de los límites de su función, anotándose el rechazo en el rol de pasajeros de la nave y en el respectivo pasaporte.

Si el examen tiene resultado favorable, la autoridad de Extranjería visará el pasaporte indicando la calidad del extranjero y, en caso de ser transeunte o turista, el tiempo por el que se autoriza su permanencia en el país.

La visación del pasaporte estaba establecida en forma general para los pasajeros que venían al Perú, no para aquellos que pasaban en tránsito, aun cuando quedasen en tierra por breves días para visitar la ciudad. De ahí que las disposiciones sobre ingreso de extranjeros dictadas desde el año de 1919 en que quedó establecido el régimen de los pasaportes, hasta el 15 de mayo de 1937, sólo se refirieran a los que pensaban fijar su residencia definitiva o temporal en la República.

El Reglamento de Inmigración exige ahora, aun para los extranjeros en tránsito directo, la visación del pasaporte por la autoridad de Extranjería para poder ingresar al territorio del país.

En su artículo pertinente se refiere a los inmigrantes, cuando debió emplear el término de extranjeros, ya que comprende tanto a aquellos como a los no inmigrantes.

En principio, sólo los cónsules rentados tienen facultad para expedir y visar pasaportes en el extranjero. Esta medida está inspirada en la defensa social, pues los cónsules ad honorem a veces no tienen celo patriótico en la defensa de los intereses del Perú y en la necesidad de impedir el ingreso de extranjeros indeseables.

Sin embargo los funcionarios consulares ad honorem podían visarlos, previa autorización por resolución suprema en los lugares donde no había cónsules rentados; y así, debido a la gestión de las Embajadas en Chile, Brasil y Venezuela se concedieron autorizaciones particulares; hasta que en 28 de febrero de 1938 al concederse esa facultad al cónsul ad honorem en Quito, se dió carácter general a la disposición que autorizaba a los cónsules ad honorem para que procedieran a la visación de los pasaportes en los casos en que legalmente estuvieran para hacerlo los cónsules rentados, quedando ampliado de esta manera el art. 10 del R. de I.

En la bibliografía consultada, sólo se ha encontrado en esta materia disposiciones en Chile y Brasil. En el primero de esos países existe disposición semejante a la peruana, pero no se ha generalizado la autorización concedida a los Cónsules Honorarios para visar pasaportes; mientras que en Brasil en ningún caso se les acuerda esa facultad.

Para obtener la visación de sus pasaportes, los no inmigrantes deben presentar los documentos que acrediten el carácter con que pretenden ingresar al país, certificado de buena conducta y acreditar que no están comprendidos dentro de aquellas disposiciones que les señalen como indeseables.

Los cónsules, por su parte, deberán constatar si el pasaporte está extendido por la autoridad del Estado a que pertenece su poseedor y si es válido para el Perú.

En cuanto a los funcionarios extranjeros, presentarán el pasaporte oficial expedido por su Gobierno, del que conste el título que ostentan. Y los individuos en tránsito de viaje continuo, su pasaporte nacional, previamente visado por la autoridad del país al que se dirigirán después de su paso por el Perú.

Por último, deberán abonar los derechos correspondientes fijados por la ley 9016 en la suma de S/. 10.00; y de S/. 2.00 cuando se trate de turistas o componentes de conjuntos artísticos y deportivos reconocidos y autorizados como tales. Dichos derechos son abonables en la moneda del país donde se hagan efectivos, calculando el sol consular como equivalente a \$ 1.00 al cambio del día.

La ley 6837 y la R. S. del 30 de mayo de 1935 han declarado que "los pasaportes serán válidos durante un año".

Se ha interpretado esta disposición en el sentido que la visación consular tiene esa vigencia, si el poseedor del pasaporte no ha ingresado al país; pero si el extranjero ingresa durante ese año varias veces, deberán pagar tantas visaciones cuantas veces haya entrado, puesto que la vigencia de un año que la ley le atribuye al pasaporte no se refiere a los efectos económicos o tributarios sino sólo para mantener en vigor la licencia de ingreso.

La disposición es análoga a la que existe en otros países (Colombia por ejemplo) y en ellos se interpreta en el sentido de que aun cuando en el período de validez se haga varios viajes de un país al otro, sólo devenga derechos de visación el primero cobrándose nuevos derechos tan sólo cuando ha expirado el plazo de validez.

Como ni la ley ni la resolución suprema han aclarado debidamente el punto, resulta que el pasaporte es válido por un año, pero que deberá visarse cuantas veces se desee ingresar al Perú durante ese período.

En Brasil, la visación tiene valor durante noventa días, pudiéndose prorrogar, previo pago de nuevos derechos, durante un período igual.

La Comisión mixta Perú-boliviana de estudios económicos, creada por el protocolo del 26 de abril de 1937, recomendó la concertación de un Convenio sobre Pasaportes. De acuerdo con ese Convenio, la documentación requerida a los respectivos nacionales para viajar entre ambos países se limita a la presentación del pasaporte y de certificados de policía y de sanidad, teniendo las autoridades consulares plenas facultades para visar los pasaportes, respetando las disposiciones gubernativas sobre extranjeros indeseables y seguridad social.

El Perú tenía acordadas grandes facilidades para el tránsito de viajeros a la península de Copacabana por territorio peruano. Sin embargo, como con pretexto de ese viaje se internaban por el Desaguadero elementos indeseables o que se proponían burlar el pago de los derechos consulares, a fin de armonizar esas facilidades con la necesidad de ejercer un adecuado control que impidiera la internación de personas desprovistas de los documentos y requisitos legales indispensables, se estableció la visación de los "pasaportes locales", el que se daría previa certificación expedida por la autoridad competente que acreditara la nacionalidad boliviana y el destino del viaje.

De esta medida reclamó el Gobierno boliviano amparándose en la cláusula 5ª del Pacto General de Amistad y No Agresión celebrado en 14 de setiembre de 1936 que declara el más amplio y libre tránsito a través de sus respectivos territorios para los respectivos nacionales, pero tal reclamación fué rechazada por cuanto el Pacto no ha entrado en vigencia por falta de ratificación legislativa.

Además, esa disposición no implica la gratuidad de la visación y la ausencia de formalidades para el control ejercitado mediante la visación y que no es posible suprimir por tratarse de medida emanada de la soberanía del Estado, destinada a hacer viables la verificación del recto ejercicio del derecho de tránsito, a impedir sus desviaciones, así como a cautelar los intereses relacionados con la seguridad y el orden público del país.

A mérito de la reciprocidad acordada, desde el 17 de agosto de 1937 se visa gratuitamente los pasaportes de los colombianos que se dirijan a cualquier punto del territorio fluvial peruano en las cuencas del Amazonas y del Putumayo; y en caso de no existir agente consular en el punto de partida, los pasaportes son refrendados por las autoridades portuarias del lugar de desembarque.

El valor de esas autorizaciones es de noventa días vencidos los cuales si la residencia se prolonga, deben esos extranjeros proveerse de carnets de extranjería.

Con el propósito de otorgar facilidades para el tránsito de pasajeros entre Tacna y Arica a través de la frontera peruano-chilena, se celebró en 13 de di-

ciembre de 1930 un convenio por el cual los respectivos nacionales deben estar provistos de un salvoconducto que acredite su identidad personal y la autorización que tienen para viajar.

Dichos salvoconductos son visados gratuitamente y tienen validez por un año.

Con Ecuador existía también un convenio para otorgar facilidades a los respectivos nacionales que comerciaban en las zonas fronterizas, mas fué desahuciado por esa República.

Del estudio hecho en este capítulo se llega a la conclusión de que son bastante liberales los requisitos que se exige para el ingreso al territorio peruano.

Los requisitos que se han comentado son los que se exige en las legislaciones americanas en general, siendo en parte, más favorables que los exigidos en Nicaragua y Brasil.

Debería, sin embargo, en cuanto al requisito de edad, señalarse un límite superior, que podría ser el de 60 años.

Es más liberal la legislación peruana en cuanto no contiene prohibiciones de ingreso fundadas en factores étnicos.

Debe subsanarse la omisión en que ha incurrido el Reglamento de Inmigración al no fijar (excepto de los turistas) la sanción que debe aplicarse a quienes permanezcan en el país a pesar de haberse vencido el plazo por el cual fué autorizado su ingreso.

Debe rectificarse la última parte del inc. c) del art. 17 del Reglamento de Inmigración.

Los requisitos que se exige para la visación de los pasaportes de no inmigrantes son los mínimos que se puede exigir.

DE LOS INMIGRANTES

La inmigración en el Perú. — Caso especial de la inmigración china. — Requisitos para inmigrar al Perú: cuota, saber leer y escribir en su idioma, certificado sanitario, certificado de buena conducta, moralidad. — Prohibición para el ingreso de grupos raciales. — Registro de inmigrantes. — Puertos de inmigración.

Ya se ha indicado que el Reglamento de Inmigración define al inmigrante, en su art. 1º, como el extranjero que ingresa al territorio de la República para establecerse en él.

Los requisitos que se exige al extranjero transeunte o al que se acuerda la calidad de no inmigrante, para ingresar al país, conforme se ha podido apre-

ciar, no son restrictivas; simplemente tienden a evitar la entrada de sujetos peligrosos al orden y a la salud públicas.

Distinta es la situación del inmigrante. Este generalmente viene en busca de un ambiente favorable donde desarrollar sus actividades económicas al competir con el elemento trabajador nacional, al que tiende a desplazar y en el Perú con bastante facilidad dada la idiosincracia de sus habitantes, puede crear el problema de la desocupación.

De aquí que el problema de la inmigración deba ser contemplado no sólo desde el punto de vista jurídico, sino económico y de aquí, también, que se ponga ciertas restricciones para el ingreso de inmigrantes.

La inmigración fué una de las cuestiones que más interesó al Perú; en el decurso del siglo pasado sólo se procuró fomentarla, en los últimos tiempos preocupó en relación con el factor económico y racial.

Desde 1832 y hasta 1845, leyes y decretos supremos concedieron ciertos beneficios a los extranjeros que se avicindasen en determinados sectores del territorio nacional; y a partir de 1873 y hasta 1920 se destinaron apreciables sumas al fomento de la inmigración.

Dos, puede decirse, fueron los criterios que inspiraron esa porteción a la inmigración: el considerar que ella contribuía al adelanto de los pueblos y la necesidad material de trabajadores para la agricultura.

El primer criterio, idealista, implicaba un deseo de mejoramiento en todo orden de cosas. Se tradujo en gestiones para traer colonos europeos y en ellas tomó parte activa el Gobierno. Con el respaldo económico de las partidas consignadas en el Presupuesto General de la República, se consiguió la venida, aun cuando no en el número proyectado, de alemanes (1853 y 1867), irlandeses (1851 y 1859), españoles (1866) y de italianos (1866), mas sólo los primeros consiguieron algún éxito al fundar la colonia del Pozuzo que, por falta de vías de comunicación, careció de trascendencia pues sus habitantes se limitaron a llevar una vida cómoda y sin provecho para el país.

En 1872, con don Manuel Pardo, se creó la Comisión Consultiva de Inmigración, que se trasformó en la Sociedad de Inmigración Europea. Entre las atribuciones de esta Sociedad estaba la de administrar los fondos de inmigración, celebrar contratos para la venida de europeos, cuidar del viaje, alojamiento y ubicación de los inmigrantes, proveerles de animales domésticos y semillas, si fueran agricultores, y si eran artesanos, procurarles trabajo.

Al fundamentar la disposición gubernativa, decía Pardo: "El Gobierno se propone por el momento, circunscribir la inmigración a artesanos y obreros y domésticos de ambos sexos, de que tanto necesitamos; y los que tal vez vendrían con sólo costearles el pasaje. Porque nadie puede desconocer la falta que de esa gente se hace sentir en todas las partes de la República y sobre todo en los pueblos de la costa, en donde absolutamente no hay hijos del país que quieran dedicarse al servicio de las familias y adonde es difícil encontrar un arte sano".

Los resultados de la ley fueron mediocres en la práctica y a pesar de que el plan del Ejecutivo y la mente de la ley fué empezar la inmigración por la costa, se desvió ésta a la montaña, lo que constituyó un error por la falta de medios para implantar colonias y centros migratorios. (C. del Río).

Una ley de octubre de 1893 declara que el Estado protege y fomenta la inmigración. Esa ley definía al inmigrante como el extranjero de raza blanca, menor de sesenta años de edad que llegara a la República para establecerse en ella, debiendo acreditar su moralidad y ejercer un oficio o profesión. Distinguía entre los inmigrantes a los colonos, a los cuales concedía una serie de beneficios aparte de los que la ley otorgaba en general a todos los inmigrantes.

La ley del 93 creó en la Capital de la República una Junta Central de Inmigración y Colonización compuesta por 25 miembros, nombrados por el Supremo Gobierno, para la promoción, fomento y desarrollo de la inmigración y colonización. El cargo era concejil y duraba cuatro años. Como medio de velar por los centros de colonización que se formaran, disponía, asimismo, que la Junta debía presentar anualmente una memoria relativa a las condiciones y necesidades de dichos centros.

Por último, ordenó a los Consules de la República establecer en sus respectivos despachos, oficinas de información para hacer conocer las ventajas de la inmigración al Perú.

Tampoco la ley dió los resultados apetecidos.

En 10 de agosto de 1906 se expidió un decreto supremo en el que se reglamentó la inversión de la partida presupuestal destinada al fomento de la inmigración, partida que se aplicó a proporcionar pasajes para los naturales de América y de Europa de 10 a 50 años de edad los varones y hasta de 40 las mujeres, que reuniendo las condiciones de moralidad y sanidad prescritas por las disposiciones vigentes quisieran venir a prestar sus servicios en la agricultura, minería o en empresas de colonización, inmigración o irrigación.

Todavía en octubre de 1919, y mientras se expedía la ley de extranjería, el Gobierno ofrecía para él y tres miembros de su familia, al inmigrante de raza blanca, que no fuera zingaro, así como alimentación durante seis días y conducción al lugar de su domicilio, al extranjero que acreditara buena conducta y tuviera el propósito de establecerse en el territorio nacional para ejercer una industria, arte u oficio.

El otro criterio que se invocó para la venida de los extranjeros fué "el grado de postración en que se hallaba la agricultura por falta de brazos".

Sabido es que, por un falso criterio humanitario en favor de los indios los Reyes Católicos autorizaron la introducción de negros para que trabajaran en las faenas agrícolas. Mas ya desde las Bases para una Constitución de 1822 se abolió el comercio de negros; la Carta Fundamental del año siguiente declaró que nadie nacía esclavo en el Perú, ni podía entrar en él alguno en esta condición y, finalmente, con Castilla quedó totalmente abolida la esclavitud.

En noviembre de 1849 se expidió, con el fundamento que se ha indicado, una disposición que concedía primas a los introductores de colonos extranjeros de 10 a 40 años de edad. Con esa disposición se inició la traída de chinos; pero indudablemente su presencia en el país dejó mucho que desear y no respondía a los propósitos que inspiraron al Gobierno de fomentar la inmigración. Sólo así se explica que la ley de 1893 y las disposiciones supremas de agosto de 1906 y de octubre de 1919, se refirieran expresamente a la inmigración de raza blanca.

Sin embargo, la obsesión de proteger a la agricultura determinó dos tentativas para traer japoneses de 20 a 25 años, que tampoco tuvo éxito porque no se habituaron a las faenas agrícolas y mas bien la mayoría se dispersó por las ciudades dedicándose a oficios fáciles, servicios domésticos y a la implantación de negocios minoristas.

El panorama de la inmigración ha ido variando. Ya el Gobierno no presta esa ayuda a la venida de extranjeros sino que ellos vienen por su propia voluntad. Además, el Estado ha debido preocuparse de las condiciones propias del inmigrante y así desde la administración de don José Pardo, durante los años de 1905 a 1908, lo mismo que durante los años de 1919 y 1920, con don Augusto B. Leguía, se expidieron una serie de decretos, resoluciones y reglamentos, especialmente de carácter sanitario.

Como la afluencia de inmigrantes aumentara, en 29 de enero de 1926 se creó el Comisariato General de Inmigrantes en el Ministerio de Fomento, cuyas atribuciones fueron: fomentar la inmigración por cuanto medio fuera posible, para lo cual debían proporcionar a los Cónsules de la República en el extranjero, cuantos datos fueran necesarios a este fin; llevar la estadística de los inmigrantes; preparar elementos en el orden comercial, fabril, agrícola y minera para dar ocupación a los inmigrantes; proponer las medidas para fomento de la inmigración; y coleccionar las leyes relativas a la inmigración y colonización a fin de hacerlas conocer ampliamente.

Como se puede apreciar por lo expuesto, en el Perú ha existido las mayores facilidades para la venida de extranjeros. Sólo en 1909 se dictaron medidas restrictivas contra los chinos, como se verá más adelante, pero justificadas por los ataques de que fueron objeto y como un medio de evitar la reproducción de esos hechos.

En 1922 se expidió la Ley de Extranjería, ley que se limitó a señalar las prohibiciones para el ingreso al país y los casos en que procede la expulsión de los extranjeros. Estas medidas, sin embargo, no fueron fruto de una aversión al extranjero, sino impuestas por la necesidad de velar por la salud y la seguridad públicas, y no implicasen trabas de ninguna especie para la inmigración de personas de moralidad y buena conducta.

La situación ha variado en los últimos tiempos, en que el factor económico se presenta con caracteres relevantes. "Hay cierta predisposición adversa hacia el extranjero, hay cierta tendencia a considerarlo como un intruso que viene a quitar al nacional elementos de vida y acción" y ésto ha culminado con las disposiciones supremas del 26 de junio y del 15 de mayo de 1937.

Este criterio parece inspirar el primero de los citados decretos al expresar en sus considerandos que "los obreros e industriales peruanos vienen sufriendo de una competencia perjudicial", "que las clases populares sienten ya el malestar consecuente a las perturbaciones que sufren la economía y las demás condiciones sociales del país por la creciente influencia de migraciones que la afectan".

Terminada la segunda guerra mundial, es unánime la creencia que las actuales condiciones son propicias para el desenvolvimiento de una adecuada política de inmigración. Para encauzarla con un claro sentido de las condiciones económicas y sociales del país, así como de las posibilidades de los distintos campos de trabajo, se ha reconstituido el Consejo Nacional de Inmigración y Extranjería, cuyas atribuciones se indicarán más adelante.

De acuerdo con las recomendaciones de ese Consejo, el Gobierno, según informa en un comunicado oficial publicado en 8 de setiembre de 1946, ha elaborado un plan progresivo de inmigración seleccionada y encargado a un comisionado especial en Europa, el estudio de las posibilidades y condiciones de viaje de emigrantes al Perú. Se ha prestado especial interés a la venida de italianos respecto de los cuales, la experiencia prueba su fácil asimilación al país, al mismo tiempo que se trata de un elemento trabajador que dará buen resultado para el progreso del país. Con este objeto se ha invitado a la Pontificia Comisión de Asistencia para efectuar una labor de investigación y de consejo sobre las posibilidades de colonización con inmigrantes europeos y principalmente de italianos.

Como la inmigración de campesinos y colonizadores requiere una labor preparatoria a fin de poner al país en estado de acoger al extranjero y brindarle las facilidades que requiera en materia de alojamiento, medios de comunicación y elementos de trabajo, labor que demandará un plazo más o menos largo, se presta preferencia a la venida de técnicos y especialistas, necesarios para las industrias nacionales.

Con este fin se ha abierto un registro especial y se proporciona a los interesados formularios en los que indican la especialidad, categoría, número de personas, nacionalidad y condiciones en que recibirían a esos técnicos y especialistas, así como los contratos de trabajo que suscribirían. Estos datos se remiten a las misiones diplomáticas y consulares en Europa para que sean conocidas nuestras necesidades en esta materia. Para garantía de los inmigrantes, esos contratos serán rodeados de gran seriedad y cometidos a conocimiento y aprobación de la Dirección General del Trabajo.

Situación especial es aquella en que se encuentran los chinos, para quienes la venida al Perú está prohibida.

Ya se ha indicado que a raíz de abolirse la esclavitud y en la necesidad de brazos para la agricultura, se trajeron los coolis en 1849. La introducción de chinos, sin embargo, se realizó teniendo en mira exclusivamente el interés personal traducido en la percepción de una prima que concedía la ley de 17 de noviembre de ese año. Dado el móvil perseguido por los introductores, la forma cómo se traía a los chinos era bastante deplorable, al extremo que la mayoría de ellos moría durante el viaje. Las protestas que sobre el particular se promovieron, fueron causa de que se expidiera disposiciones tendientes a garantizar las condiciones del viaje.

Cuatro años más tarde, el Gobierno, considerando que la inmigración china no había correspondido a los deseos de la Nación, la ley del 49 fué derogada. No obstante esta opinión contraria del Gobierno, ante la insistencia del Parlamento se expidió la ley del 14 de marzo de 1861 que permitió la introducción de "colonos asiáticos" con la condición que fueran contratados directamente por sus patronos o por sus apoderados.

Parece que para neutralizar en parte los resultados negativos de la ley, un decreto del 5 de junio de 1869 dispuso que si vencido el término del contrato no tenían ocupación conocida a los treinta días, serían considerados vagos y, en consecuencia, expulsados. La disposición dió origen a que los chinos se acumularan en las ciudades, dedicándose a trabajos y negocios de menor importancia.

En 14 de octubre de 1873, se creó, en la Prefectura del Callao una Oficina de Registro de Asiáticos que tenía como misión controlar su ingreso, tomar nota de sus contratos y vigilar su cumplimiento.

Una serie de incidentes que se promovieron, con motivo del abuso que se cometía con los chinos, determinaron la celebración, en 26 de junio de 1874, de un tratado que, en su art. 6º reprobó toda inmigración que no fuera enteramente voluntaria, así como todo acto de violencia o engaño para extraer súbditos chinos pudiera practicarse en Macao o en los puertos de la China. Al año siguiente, por el tratado Tien Tsing se prohibió la importación de chinos, permitiéndose tan sólo la inmigración individual y espontánea y el Gobierno del Perú abolió la subvención que concedía a los introductores de chinos.

El acaparamiento de los negocios minoristas por esos asiáticos, había venido provocando lentamente la crisis de la desocupación. De aquí que en 1908 al tenerse conocimiento de la venida de gran número de estos inmigrantes, se produjo "un vivo sentimiento de indignación y de protesta en el pueblo, que culminó en los primeros meses de 1909 en que se realizaron ataques a sus personas y propiedades. Y como quiera que estos graves sucesos tendían a repetirse, el Gobierno se vió obligado a dar un decreto con fecha 14 de mayo de ese año suspendiendo... la admisión de chinos excepto la de aquellos que regresaran, estuvieran en viaje o contaran con un capital de 50 libras oro en efectivo...".

Considerando el decreto incompatible con el tratado vigente y con los principios generales del Derecho Internacional, el Gobierno chino gestionó y obtuvo su abrogación. Pero reconociendo la necesidad de restringir la venida de sus nacionales, firmó el protocolo Porras-Wu Ting Fang, en 28 de agosto del

mismo año, en virtud del cual se declara que "la traslación de emigrantes de la China al Perú será suspendida por propia voluntad del Gobierno de ese Imperio" y se señala los requisitos para el ingreso de los no inmigrantes y de los antiguos residentes; aclarando que el concepto de inmigrante se refiere sólo a los súbditos chinos sin ocupación que deseen dirigirse al Perú en busca de trabajo manual.

En setiembre de 1930, en atención a la situación política existente, la Legación China propuso, y se aceptó por el Gobierno peruano, la suspensión del regreso de los antiguos residentes. Esta situación existió hasta febrero de 1932 en que se produjo un cambio de notas entre la Legación y el Ministerio de Relaciones con el objeto de señalar un procedimiento transitorio para permitir el reingreso de esos antiguos residentes, lo que se reglamentó definitivamente en octubre de 1934.

Según esa reglamentación, de los antiguos residentes que se encontraran fuera del país en ese año, podrían reingresar veinte mensualmente; y a los que salieran desde entonces, se les concedió un plazo de dos años para regresar. Se dictó, asimismo, normas para el otorgamiento y control de los pasaportes que se les expidiera.

La suspensión de la inmigración china establecida por el protocolo de 1909 fué burlada al amparo del derecho de reingreso acordado a los antiguos residentes, mediante su sustitución por otros inmigrantes. Comprobado el hecho por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se desahució el Protocolo y, por decreto del 30 de noviembre de 1939, mientras se celebra el Convenio respectivo que señale las medidas de un control efectivo, se suspendió el ingreso de ciudadanos chinos al territorio nacional y las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Reglamento de Inmigración vigente, en cuanto a ellos pudiera ser aplicable.

La referencia al mencionado capítulo, que trata del reingreso de extranjeros al Perú, parece inoportuna por cuanto el régimen migratorio de los chinos está regido por el Protocolo de 1909 y las notas de octubre de 1934, que no pueden haber sido modificados por el decreto supremo del 26 de junio de 1936 ni por el Reglamento de Inmigración.

Con anterioridad, desde junio de 1936 se había suspendido el ingreso de mujeres y menores chinos. El Protocolo Porras-Wu Ting Fang había estipulado, en su art. 8º, el libre ingreso de las mujeres y menores chinos, en atención a la declaración que los residentes no podían contraer matrimonio sino con sus conacionales.

Las estadísticas demostraron la paradoja de que mientras el número de chinos residentes disminuía, la venida de mujeres aumentaba. Ello determinó al Gobierno, en mayo de 1935, a establecer un control sobre el ingreso de mujeres y niños, medida que no dió resultados. Como la situación continuara, considerando que con esta inmigración se pretendía burlar las disposiciones de las leyes restrictivas de la actividad de los extranjeros y mientras se adoptaban las medidas que permitieran ejercer un efectivo control, el Gobierno peruano hizo saber al Ministro Chino que suspendía el ingreso de mujeres y menores de esa nacionalidad.

La medida, por supuesto, originó la protesta del nombrado funcionario por estimarla una limitación de los preceptos del Protocolo de 1909, aunque reconociendo el derecho del Perú para adoptar providencias en orden a establecer un efectivo control sobre su ingreso.

Algunas Constituciones de los países americanos tienen dispositivos legislando la inmigración. Argentina, Colombia y Venezuela declaran que el Estado fomenta la inmigración europea y Paraguay añade la americana. En Cuba se expresa que la inmigración debe regularse atendiendo al régimen económico y a las necesidades sociales y prohíbe toda inmigración que tienda a envilecer las condiciones del trabajo.

Además, la Argentina, con un criterio bastante liberal agrega que no podrá restringirse, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada de extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir, enseñar las ciencias y las artes.

Para ingresar al territorio nacional, todo inmigrante debe estar provisto de un pasaporte otorgado por una autoridad del Estado a que pertenece y visado por un Cónsul rentado de la República en el país de embarque, dispone el art. 10 del R. de I.

No ha debido el artículo referirse de manera indefinida a la autoridad del Estado extranjero, pues cualquiera autoridad no tendrá la facultad de expedir pasaportes, sino siempre habrá una especialmente encargada de esa función.

Para obtener la visación consular de un pasaporte de inmigrante, se requiere: que la cuota no esté cubierta; presentar una garantía; saber leer y escribir en el idioma propio; presentar certificados sanitario, de buena salud y de moralidad; y carecer de antecedentes penales.

En caso de viajar con sus hijos, el inmigrante debe presentar documentos oficiales que acrediten la filiación de aquellos; así como la edad de los menores de diez años.

El número de inmigrantes que ingrese al país no podrá exceder de dos por mil de la población total, cuyo dos por mil se fija para los efectos del decreto del 26 de junio de 1936, en 16.000 por cada nacionalidad. No se considera nacionalidades, las colectividades que no tienen existencia política.

Se considera como unidad inmigratoria al hombre o a la mujer mayores de diez años, aun cuando pertenezcan a la misma familia. Dentro de la cuota señalada está permitida la inmigración por familias, la que se circunscribe a la esposa, el padre, la madre, los hijos y los hermanos (arts. 1 y 2 del D. S. del 26-6-36; y 2 y 3 del R. de I.).

La referencia especial a la familia se explica por la prohibición que existe para la inmigración de grupos raciales.

Con el objeto de aplicar la restricción que entraña la cuota, el Ministerio de Relaciones debe informar a los cónsules en el extranjero del estado de las cuotas migratorias, a fin de que aquellos puedan expedir o negar, con seguridad, la visación de los pasaportes respectivos.

La limitación introducida por los decretos supremos citados fué origen de una protesta por parte de la legación japonesa, que le atribuyó carácter discriminatorio en perjuicio de los intereses de su colonia y porque no guardaba relación con un acuerdo existente, relativo a las facilidades especiales concedidas a los japoneses para su ingreso al país. Agregaba, asimismo, que los decretos restrictivos de la inmigración se habían expedido sin previa negociación con los gobiernos interesados.

El reclamo de la Legación del Japón mereció el más incondicional rechazo. El Dr. Alberto Ulloa contestó: "No se puede discutir el derecho soberano de un Estado para legislar en materia de inmigración. Los intereses políticos, económicos y sociales afectados o vinculados con el ingreso, la permanencia y la actividad de los extranjeros en un país, son de tal naturaleza que se confunden con funciones esenciales del Estado y del Gobierno de cada colectividad nacional.

"Así es como cada país puede adoptar las disposiciones que considere de acuerdo con sus intereses para promover, fomentar, limitar o prohibir la inmigración y las actividades de los extranjeros en su territorio; y en la práctica, todos los países dictan y aplican tales disposiciones.

"No cabe sostener a este respecto ninguna doctrina de derechos adquiridos. Estos derechos tienen un carácter eminentemente individual, incompatible con el carácter social de las medidas relativas a la inmigración y actividades de los extranjeros. Cuando el Estado, en uso de sus atribuciones, cuya calificación a él sólo corresponde, modifica su legislación o dicta una nueva, ningún extranjero puede evadirse de su cumplimiento o protestar contra ella" (Memoria de 1937).

Improcedente era, también, la última observación de la Legación. Un Estado no puede someter a consulta, calificación o discusión con otros países, los actos de jurisdicción que realiza dentro de su territorio.

Un problema plantea las disposiciones que se comenta al declarar que para los efectos de la cuota no se considerará nacionalidades a las colectividades que no tienen existencia política organizada. Parece que al hablar de nacionalidades, se ha querido referir a los Estados y así podría deducirse de uno de los considerandos del decreto de 26 de junio de 1936 que dice que "la tendencia nacionalista expresada en los últimos tiempos en numerosos Estados, les lleva a proyectar en el exterior la actividad de sus súbditos, su economía, su espíritu y sus costumbres".

Si eso es lo que se trata de evitar, resulta inexplicable la excepción, pues es lógico que tales inmigrantes estarán imbuídos por los conceptos de quienes les gobiernen políticamente. En este caso lo lógico sería considerarlos como ciudadanos de ese país.

Quizá podría referirse a los apatridas. Entonces se crearía una situación privilegiada para ellos, lo que no sería justo mantener.

La restricción de la cuota, se encuentra establecida en México y Brasil. La carencia de bibliografía en esta materia, no ha permitido estudiar el punto en

forma amplia. En Chile, el Presidente de la República sometió el año de 1940 un proyecto de ley que reglamenta la entrada de inmigrantes y colonos sobre la base de cuotas; pero con motivo de la guerra, la inmigración se encuentra suspendida.

México proporciona anualmente una relación de la cantidad de extranjeros de cada nacionalidad que pueden ingresar a su territorio.

En Brasil, conforme a su Constitución, los inmigrantes no podrán exceder anualmente, el límite del 2 % sobre el número total de los respectivos nacionales que hayan residido en el país durante los últimos cinco años. De esa cuota, el 80 % deben ser agrícolas o técnicos agrícolas. La preferencia que se da a éstos es tal, que si existen saldos de cuotas de otros países, se puede aprovechar para admitirlos aun cuando esté cubierta la cuota correspondiente al Estado a que pertenecen los inmigrantes. Pero si antes de cuatro años de ingresado el agrícola se dedica a otra actividad, es expulsado o repatriado, sin perjuicio de otras sanciones penales.

Además, en esa República se exonera de la cuota a la extranjera casada con nacional y al extranjero casado con brasilera que viaje con pasaporte del país y si tienen hijos.

En cambio esa ley es más severa al considerar como unidad migratoria al extranjero desde un año de edad; lo que por lo demás no deja de ser lógico.

El requisito de la garantía que exigía el Reglamento de Inmigración, ha sido suprimido por un decreto supremo de 10 de julio de 1946, como medio de facilitar la venida de extranjeros. La medida no parece conveniente.

Tenía por finalidad cubrir el valor de los pasajes de regreso si en el plazo de dos años el inmigrante no conseguía una situación económica que le permitiera atender a sus necesidades y las de su familia. Se evitaba con ello que permaneciera en el territorio nacional personas que devendrían en una carga para el Estado o a influir en el problema de la desocupación.

De aquí que el decreto en referencia sólo sea justificable en la parte que restablece la liberación que consignaba el Reglamento, respecto de este requisito, en favor del extranjero que viniera amparado por un contrato de trabajo y que fuera suprimida por un decreto de 4 de marzo de 1941.

El requisito de saber leer y escribir en su idioma que el Reglamento exige al inmigrante es nuevo. En la práctica tal exigencia no tiene mayor interés y mas bien hubiera sido de desear que ese conocimiento fuera del idioma castellano.

El certificado sanitario fué establecido desde la resolución suprema del 21 de julio de 1906, pero solamente en 30 de setiembre del año siguiente se le dió carácter general, pues antes no se exigía a los provenientes de países limítrofes.

Tiene por finalidad acreditar la buena salud física y mental del inmigrante y, sobre todo, que no adolece de las enfermedades que impiden el ingreso al territorio del país. Asimismo, la vacunación antivariólica. Es expedido el certificado sanitario por un médico del lugar de partida del inmigrante, escogido de una lista que, con no menos de cinco nombres, formula el Cónsul del Perú. Si al verificar la autoridad sanitaria el control respectivo en el momento de desembarque del inmigrante, encontrara que dicho certificado es falso o defectuoso, se ordenará al Cónsul respectivo que suprima al médico certificante de la lista y que haga la denuncia correspondiente a la autoridad competente para que le apliquen las sanciones legales a que hubiere lugar (32 R. de I.).

Debe presentarse, por último, para obtener la visación del pasaporte de inmigrante, un certificado de buena conducta expedido por persona física o jurídica conocida por el Cónsul del Perú; y por una o varias de las autoridades del lugar del último domicilio que acrediten que no está comprendido dentro de los impedimentos para el ingreso al país por ser peligroso para el orden público (incs. *f, g y h* del art. 8 del R. de I.).

Estos certificados deben referirse a un período de los cinco años anteriores a la visación y se exige a los mayores de 18 años. En Colombia el certificado de buena conducta se limita a los dos años anteriores a la visación.

El lugar de ingreso de los inmigrantes al Perú, no es voluntario. Está prohibida la inmigración por cualquier punto de las fronteras terrestres y sólo es permitida, salvo autorización expresa y conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Gobierno y Policía, por los puertos del Callao, Mollendo, Tacna por la vía de Arica, Salaverry, Eten, Paita, Talara, Iquitos y Puno (23 R. de I.).

También en Brasil se restringe los lugares de ingreso de inmigrantes. La ley señala cuáles son los puertos de inmigración y por la vía terrestre y aérea se limita a los lugares donde haya Inspecciones Federales de Inmigración o puestos del Departamento de Inmigración.

Una disposición atinada es aquella que contiene la ley colombiana, de exigir del inmigrante el conocimiento de la ley de inmigración y las disposiciones que la reglamentan. No está contemplado este requisito en la legislación peruana, lo que sería de desear.

La inmigración en grupos raciales está prohibida, por el decreto supremo del 26 de junio de 1936. El Reglamento de Inmigración define como grupo racial a todo grupo migratorio de individuos que pertenecen a la misma raza, aun cuando esté formado por varias familias. Pero aclara que no se considera tal, al formado por turistas, comisiones científicas, artísticas, estudiantiles, religiosas y deportivas, que vengan por un periodo determinado.

No obstante, el mismo Reglamento faculta al Estado para autorizar el ingreso al territorio nacional de grupos raciales determinados en cada caso, en virtud de concesiones especiales de colonización.

El decreto supremo del 26 de junio de 1936, dispone que el Departamento Comercial del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Sección de Extranjería del Ministerio de Gobierno y Policía, lleven un registro especial de inmigrantes.

Cada vez que un Cónsul visa un pasaporte de ingreso al territorio nacional (excepto cuando se trata de agentes diplomáticos y consulares y los miembros de su familia; de funcionarios oficiales de Estado extranjero que desempeñen misión autorizada por el Perú o de personas en tránsito de viaje continuo) el Cónsul llena una ficha de visación. Esta ficha se confecciona en triplicado, con las respectivas fotografías y huellas dactiloscópicas. Un ejemplar se entrega al interesado para que, a su vez, lo entregue a la Jefatura General de Extranjería; otro se archiva en el Consulado y el tercero se remite al Ministerio de Relaciones Exteriores, junto con dos fotografías del interesado que se utilizan para la Cartá de Identidad (arts. 20 y 21 R. de I.).

Además, mensualmente, los Cónsules remiten al Ministerio de Relaciones Exteriores (con copia que éste entrega a la Sección de Extranjería) listas de las visaciones de pasaportes de inmigrante y no inmigrantes que ha efectuado, indicando nombres, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio, localidad de destino, número de la ficha de visación y fecha en que ha sido remitida al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, en su caso, los nombres, sexo y edad de los menores incluidos en los pasaportes de sus padres. (22 R. de I.).

Con los elementos anteriores, con los datos que se suministren reciprocamente y con los que obtengan de los Resguardos de la República y de las demás autoridades, el Departamento Comercial del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Sección de Extranjería del Ministerio de Gobierno y Policía forman su Registro de Extranjeros.

El registro de inmigrantes y de no inmigrantes, se llevan por separado y está constituido por fichas individuales o de familia. Contienen las fichas los siguientes datos: nacionalidad, nombre y apellidos, estado civil, profesión u oficio, localidad de destino, número de la ficha de visación, país y localidad de procedencia, miembros de la familia que tenga, contrato a que pueda estar afecto el inmigrante, documentos presentados para acreditar su condición, situación del depósito de garantía para inmigrar; número que le corresponde en la cuota nacional respectiva; y fecha de ingreso al territorio nacional.

Con el objeto de adoptar medidas para el más eficiente control y estadística de los extranjeros, una resolución del 5 de enero de 1937 dispone que las Municipalidades remitan mensualmente a la Jefatura General de Extranjería del Ministerio de Gobierno, una relación de los nacimientos en que los hijos de extranjeros sean declarados en dicha forma; de los matrimonios en que uno de los contrayentes sea extranjero; y de los fallecimientos de ciudadanos extranjeros habidos en sus respectivas jurisdicciones. En el último caso se solicita de quienes se presenten a formular la correspondiente declaración, la entrega del carnet de extranjería del fallecido, que se remitirá a las respectivas Prefecturas que harán las anotaciones del caso en las fichas respectivas y los remitirán a la Jefatura de Extranjería. (Medida en cuanto a los fallecimientos existe en Colombia).

En la actualidad, tales datos se proporcionan al Ministerio de Relaciones Exteriores, puesto que en este Ministerio se ha centralizado todo lo relacionado con extranjería e inmigración.

Es justificada la disposición en lo que se refiere a los fallecimientos y a los matrimonios de extranjera con peruano en virtud de lo dispuesto por la Constitución en su art. 6º. Pero tratándose de extranjero que se casa con peruana no tiene razón de ser la medida.

La primera parte revela un desconocimiento de los asientos respectivos. Al declararse un nacimiento en la Municipalidad no se atribuye desde ese momento al menor una nacionalidad extranjera. Las Municipalidades siguen remitiendo al Ministerio las relaciones de los nacimientos de hijos de extranjero pero desde la dación del decreto de 11 de julio de 1942, carece de todo objeto.

En relación con el control de extranjeros se expidió en 18 de julio de 1941 una resolución suprema, en virtud de la cual los extranjeros están obligados, dentro del plazo de tres días, a dar aviso de su cambio de domicilio.

El Reglamento de Inmigración, en su Capítulo XII, creó el Consejo Nacional de Inmigración y Extranjería integrado por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores que la presidiría, los Directores de Contribuciones, de Trabajo, de Salubridad, de Previsión Social; los Jefes de los Departamentos Comercial, Consular y de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores, los Presidentes de la Cámara de Comercio de Lima y de la Sociedad Nacional de Industrias, un representante del Concejo Provincial de Lima y otro de la Federación de Maestros y Propietarios de Taller.

Dicho Consejo debería reunirse mensualmente, siendo sus atribuciones: velar por el estricto cumplimiento de los decretos supremos del 26 de junio de 1936 y de 15 de mayo de 1937 (Reglamento de Inmigración); absolver las consultas que se le formularen sobre su aplicación; estudiar y proponer al Gobierno las medidas necesarias para ese fin; dictaminar sobre materias relativas a su fun-

ción que le sean consultadas; supervigilar el Registro y Censo de Extranjeros y los padrones respectivos y; en general, las actividades de las oficinas públicas que tienen parte en la aplicación de los decretos supremos citados; estudiar el problema de la inmigración y sus conexos en el Perú presentando las iniciativas, informes y sugerencias que estime oportunas; y presentar semestralmente al Gobierno una memoria sobre la aplicación de las disposiciones citadas.

No obstante las importantes funciones que tenía encomendadas, no hay noticias que el Consejo se reuniera. De aquí que al readquirir el problema de la inmigración interés preponderante después de la última guerra, se viera la necesidad de reconstituirlo, integrándolo con elementos que permitan abordar el problema en toda su amplitud. El decreto supremo del 10 de mayo de 1946 que dispuso tal reconstitución olvidó, sin embargo, el elemento técnico en materia sanitaria y prescindió del concurso de los Concejos Municipales cuya colaboración es de utilidad por estar vinculados a las actividades del extranjero.

Además de las atribuciones que tiene el Consejo Nacional de Inmigración y Extranjería, conforme al Reglamento de Inmigración, el decreto del 10 de mayo le encarga: el estudio y presentación de un plan de política inmigratoria en el que se considerará las posibilidades de recepción inmediata de inmigrantes, el criterio conque debe seleccionárseles así como las medidas a adoptarse para el desarrollo de una política de inmigración en gran escala; el estudio de la organización técnica y financiera de la inmigración en sus diversos aspectos; y revisar la legislación vigente en materia de inmigración a fin de proponer al Gobierno las reformas y disposiciones que considere necesarias.

Ya se ha indicado que a base de recomendaciones formuladas por el Consejo, el Gobierno ha elaborado un plan progresivo de inmigración seleccionada, que aún no ha sido dado a conocer al país.

Para el mejor cumplimiento de las funciones del Consejo Nacional de Inmigración y Extranjería y en la necesidad de contar con la colaboración de organismos departamentales que lo ilustren sobre las necesidades y posibilidades inmigratorias de las diversas regiones, por D. S. de 10 de julio de 1946 se han creado Delegaciones Departamentales integradas por el Prefecto, el Inspector Regional del Trabajo y 3 personas notables del lugar.

La VIII Conferencia Internacional Americana reunida en Lima, en diciembre de 1938, se ocupó de esta materia y aprobó las siguientes resoluciones:

Los Estados americanos se reservan el derecho de examinar las ventajas de la entrada de corrientes inmigratorias a sus territorios, ajustando su modo de proceder a sus intereses económicos, políticos y sociales.

Los Estados americanos tratarán de reducir al mínimo y aún llegarán a la supresión de tasas, visaciones y de las exigencias del pasaporte y otras formalidades, a los nacionales de los otros Estados.

Cada Estado propenderá a la creación de un registro de identificación de todos los habitantes, distinguiendo nacionales y extranjeros.

Coordinar y adoptar las disposiciones concernientes a la inmigración, de modo que en ellas no se haga distingos de origen, credos, o razas, por ser opuestos al lema de fraternidad, paz y concordia, que se prometen mantener, sin perjuicio de la legislación interna.

Procurar dar cabida a los inmigrantes americanos y europeos, coordinando las necesidades internas de los países con las condiciones y actividades calificadas o específicas de los inmigrantes. Para ello, la Unión Panamericana llevaría un registro de la receptividad migratoria calificada de cada país en cuanto a la profesión, actividad y condición de los inmigrantes que pueden recibir.

Es innegable que para el Perú, como para los países de América en general, la inmigración es un beneficio pues proporciona elementos que compulsaría su desarrollo espiritual y material.

Mas es necesario, también, que la inmigración guarde relación con la extensión y las posibilidades del país a fin de evitar un exceso de población.

Finalmente debe procurarse conseguir la vinculación efectiva del extranjero al país.

El Estado tiene derecho para reglamentar unilateralmente el ingreso y la permanencia de los extranjeros en su territorio, de conformidad con sus intereses políticos, sociales y económicos. Este derecho está reconocido en América, en la Convención de La Habana de 1928, sobre condición de los extranjeros.

De acuerdo con ese derecho, es inobjetable el que la inmigración se haya limitado en el Perú a una cuota determinada. Sin embargo, la legislación peruana adolece de un defecto en este sentido. Todo proceso migratorio debe estar en función con las necesidades comerciales, industriales, económicas y sociales del país, pues es la única manera de obtener una mutua utilidad de intereses entre los futuros inmigrantes y los del país. De aquí que sea necesario, no sólo que la cuota esté libre, sino que el inmigrante se encuentre en condiciones de ejercer sus actividades, para lo cual debe tenerse en cuenta el estado de la cuota señalada para ejercicio del comercio, de la industria, de los oficios y profesiones.

Los requisitos que exige la legislación peruana para la visación de los pasaportes de inmigrantes, no son excesivos. Antes bien, son los mínimos que se puede exigir al que desea ingresar al territorio nacional. Debiera añadirse a ellos, la exigencia de conocer el idioma del país, y las leyes y reglamentos que existen sobre los extranjeros. Este último requisito trae, como consecuencia, la recopilación y depuración de la legislación en esta materia que es de suyo necesaria por lo dispersa.

Debe modificarse la resolución suprema del 5 de enero de 1937, en la forma que se ha dejado establecida.

DE LA INSCRIPCION DE EXTRANJEROS

Quienes están obligados a inscribirse en el Registro de Extranjeros. — Reinscripción y oportunidad en que se realiza. — De la Carta de Identidad. — Importancia. — Del impuesto de extranjería: Monto; liberaciones de su pago; disposiciones para su cobranza. — Sanciones para los omisos. — Destino del impuesto.

Están obligados a inscribirse en el Registro de Extranjería, los mayores de 10 años que permanezcan en el país por más de sesenta días.

No ha existido siempre esta obligación, ni ha sido esa la edad a partir de la cual los extranjeros debían inscribirse.

El Reglamento de Pasaportes del 10 de diciembre de 1919 dispuso que al extranjero admitido, se le expediría un certificado de residencia que debería ser visado mensualmente bajo pena de caducidad y de aplicar a su poseedor las sanciones correspondientes. Si continuaban en esa omisión eran obligados a comparecer ante la Dirección de Policía donde, oído el interesado, se resolvía dejarlos en libertad o se disponía su salida del país, por peligrosos.

En 3 de julio de 1922, el decreto supremo que reglamentó la ley de extranjería del año 20, declaró que todos los extranjeros residentes en el Perú estaban obligados a obtener cada año, de la autoridad política del lugar, un carnet de permanencia. Este carnet fué sustituido, desde el decreto-ley de 16 de enero de 1931, por la Carta de Identidad que obtenían, los antiguos residentes mediante el canje del carnet de permanencia y los nuevos inmigrantes, con la presentación de su pasaporte.

El decreto ley citado, que lleva el N° 7000, con el objeto de conocer la condición de los extranjeros y preservar a la sociedad de elementos nocivos o peligrosos, así como de subsanar los errores y omisiones observados en el Registro de Extranjería, dispuso la inscripción de los extranjeros mayores de 16 años establecidos o que residan en el país por más de 30 días. Los menores de esa edad se debían inscribir en la Carta de Identidad de sus padres o representantes legales.

En 23 de mayo de 1931, la ley 7152 señaló que la reinscripción de extranjeros se renovara cada cuatro años para los mayores de 21 años y para los menores sería de una sola vez y gratuita; mas en julio del año siguiente, la ley fué derogada por la N° 7549 que puso en vigor la ley de enero del 31.

En 1933 se expidió una nueva ley de extranjería, signada con el N° 7744, conforme a la cual la reinscripción se efectúa semestralmente y es obligatoria para todos los extranjeros mayores de 18 años que permanezcan en el país por más de 60 días. Como el Reglamento de Inmigración declara que la unidad migratoria la constituye el extranjero mayor de 10 años, un decreto supremo de 12 de junio de 1940 dispuso la inscripción de los extranjeros mayores de 10 años y menores de 18.

Limitado el periodo de residencia de los extranjeros no inmigrantes —salvo las excepciones ya conocidas— a 30 días, se plantea el problema de si esta li-

mitación comprende también al punto en estudio. Debe entenderse que sí, pues de lo contrario quedaría sin resolverse la situación del extranjero que permanece en el país por más de los 30 días y menos de 60. La ley, sin embargo, no ha previsto el caso.

El plazo para la reinscripción ha variado, conforme se desprende de lo ya expuesto. De acuerdo con el decreto supremo del 3 de julio de 1922 era anual. La ley 7152 lo señaló en cada cuatro años; y desde el año de 1933 es semestral.

Se realiza la reinscripción en Lima y Callao, ante el Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores (R. S. 25-6-40) los dos primeros meses de cada semestre; y en los departamentos, provincias y distritos, ante el Prefecto, Sub-prefecto o gobernador, durante el primer y tercer trimestres. Se exceptúa de la inscripción y, por consiguiente, de la obligación de recabar la Carta de Identidad, a los miembros del Cuerpo Diplomático y Consular y a los extranjeros con cargos oficiales.

En Guatemala y Chile, la obligación de inscribirse en el Registro de Extranjería incide sobre los mayores de 18 años que residan en el país más de 60 días. La reinscripción en Chile es bianual; en Guatemala la inscripción es por una sola vez, pero si el extranjero se ausenta por más de dos años, debe reinscribirse al volver.

Por el hecho de la inscripción, el extranjero obtiene una Carta de Identidad, que lleva su fotografía, su impresión digital y sus calidades personales.

En 25 de junio de 1940 se ordenó la depuración de los Registros de Extranjería con el objeto de determinar quiénes habían ingresado con infracción de las disposiciones sobre extranjeros e inmigrantes y evitar que ningún extranjero pudiera residir en el país sin la autorización respectiva y sin abonar los impuestos. En esa ocasión se dispuso que los extranjeros debían presentarse ante el Departamento del Ramo en el orden que fueran llamados para entregar los documentos que acreditaran la forma de su ingreso al país y sus cartas de identidad las que fueron canjeadas por otras expedidas con numeración correlativa y extendidas en papel de seguridad.

La Carta de Identidad constituye el comprobante de haber cumplido con las prescripciones de la ley; y es indispensable para ejercer cualquiera acción, derecho o reclamación ante las autoridades policiales, judiciales o municipales y, en general, para desarrollar cualquiera actividad industrial o comercial (leyes 7000 y 7744).

En 21 de junio de 1940, un decreto supremo volvió a ratificar la importancia de la Carta de Identidad, aunque se refiere a los extranjeros admitidos a residencia permanente, en forma pasiva. Dispone ese decreto, que las personas que ocupen los servicios de extranjeros deberán comunicarlo al Departamento de Extranjería, indicando la carta de identidad y la constancia de pago del

impuesto respectivo; y prohíbe al Archivo Nacional y a las Notarías y Escribanías extender ningún instrumento, admitir recurso en que intervengan extranjeros y a los Concejos Municipales de Lima y Callao expedir licencia de apertura de establecimientos, a los Bancos e instituciones de crédito abrir cuentas o recibir depósitos de extranjeros, a las compañías de trasportes expedir pasajes y a los hoteles, pensiones y casas de alojamiento recibir extranjeros, sin que previamente presenten su Carta de Identidad, con sus pagos al día. (Preceptos semejantes contiene la ley de inmigración brasileira).

Lo que cabe objetar al decreto supremo es que limita sus alcances a los Concejos Municipales de Lima y Callao cuando debió legislar en general.

La ley 7000 dispuso que la Carta de Identidad llevara un timbre fiscal de S/. 10.00. Esa disposición fué modificada por las leyes 7549 y 7744 que crearon dos tipos de timbre: de S/. 5.00 y S/. 10.00; (la última, además, el gratuito para la Carta de Identidad de los exonerados del pago del impuesto) que se cobrarían según la renta del extranjero fuera menor o mayor de S/. 100.00 mensuales. Además, como la ley 7744 dispuso que la reinscripción fuera semestral, de hecho el impuesto se duplicó.

Posteriormente, la ley 7879, que autorizó al Ejecutivo para concertar un préstamo con el Banco Central de Reserva para destinarlo a la defensa nacional, duplicó el gravamen de extranjería. Un decreto supremo de 11 de julio de 1942 ha elevado a S/. 30.00 semestrales, el impuesto para los extranjeros cuya renta o haber sea mayor de S/. 300.00 mensuales.

Con el fin de regularizar la escala a que se refieren las disposiciones anteriores, se ha expedido en 2 de enero de 1945, un decreto supremo según el cual los extranjeros pagarán los derechos de extranjería, en la siguiente proporción:

Renta mensual	Impuesto semestral
Hasta S/. 100.00	S/. 10.00
De S/. 101.00 a S/. 300.00	„ 20.00
Más de S/. 300.00	„ 30.00

Esta última disposición señala también una escala del impuesto que deben pagar las extranjeras casadas (se entiende con extranjero) que carezcan de renta propia. Para ellas la escala se calcula sobre la renta de sus esposos, en la siguiente proporción:

Renta mensual	Impuesto semestral
Hasta S/. 500.00	S/. 10.00
De S/. 500.00 a S/. 1,000.00	„ 20.00
Mayor de S/. 1,000.00	„ 30.00

Los menores de edad que no tienen renta propia y que dependan de sus padres o tutores y las mujeres solteras que se encuentren en la misma situación, pagan la cuota mínima de S/. 10.00 semestrales.

A raíz de la promulgación de la ley 7744 se produjeron varias reclamaciones.

Estados Unidos consideró fuente de una serie de dificultades la inscripción semestral y alegó que a los peruanos residentes en ese país no se les exigía el registrarse en plazos periódicos.

Gran Bretaña manifestó que la obligación de reinscribirse en plazos menores de un año no podía aplicarse a los súbditos de ese país porque significaría una infracción al tratado de 1850, ratificado en 1852, en virtud del cual "los súbditos de S. M. Británica residentes en la República del Perú no estarán obligados, bajo ningún pretexto, a pagar cualquier otro o mayores gravámenes, tasas o impuestos ordinarios que los que son o pueden ser abonados por los súbditos o ciudadanos nativos". Admitía, sin embargo, la necesidad de las Cartas de Identidad y que se gravara con un derecho suficiente para atender los gastos de administración del servicio y por ello aceptaba la ficción de que el costo estuviera representado por derechos anuales de S/. 5.00 y S/. 10.00; y agregaba que cualquier aumento constituiría un impuesto fijado a los extranjeros pero no a los nacionales, dentro del sentido del artículo invocado.

El Ministro de Relaciones Exteriores Ulloa, contestó que el tratado era inaplicable en virtud del principio *rebus sic stantibus*, por ser el régimen de extranjería una situación que no pudo ser prevista al tiempo de celebrarse el tratado; que la facultad de cobrar el derecho de extranjería había sido reconocido por Gran Bretaña al no objetar el que se había venido efectuando y que tenía el mismo carácter y finalidad; que Gran Bretaña no podía ampararse en un tratado que no aplicaba pues los peruanos están afectos a medidas restrictivas para el ingreso y estadía en el Reino Unido a pesar de la estipulación contenida en el art. II de que los peruanos pueden "establecerse y residir en cualquier punto del territorio británico".

La Legación de España, fundándose en las disposiciones de los tratados de 1879 y de 1897 consideró improcedente el cobro de los derechos de extranjería por estimarlos un impuesto al que no están sujetos los nacionales y contrario a los principios de igualdad contenidos en dichos tratados y en lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución, de que no puede expedirse leyes especiales por la diferencia de personas.

La nota anterior fué rechazada por lo inconsistente de sus fundamentos. La interpretación dada al precepto constitucional era demasiado elástica, ya que existe entre las personas diferencias provenientes, entre otras, de la nacionalidad, conforme se desprende de los arts. 67 y 68 de la misma Constitución. Y, en cuanto a la igualdad entre los respectivos ciudadanos a que se refieren los tratados invocados, se trata exclusivamente de la igualdad civil y ante la jurisdicción penal, que no pueden borrar la diferencia que existe entre nacionales y extranjeros lo que reconoce el propio tratado de 1897 en su art. VII, que admite la existencia de leyes de extranjería.

Los extranjeros residentes, que se ausenten temporalmente, conservan su residencia en el Perú y al reingresar son admitidos sin otro requisito que la presentación del permiso respectivo. Estas razones llevaron al legislador a estimar que durante su ausencia el extranjero debe estar afecto al pago del impuesto de extranjería y así se declaró por decreto supremo del 17 de julio de 1940. El extranjero al solicitar la ficha de reingreso, debe abonar por adelantado el impuesto por todo el tiempo de vigencia del permiso, lo que se anota en éste y en la Carta de Identidad. En caso de prórroga del permiso, el impuesto por el período de prórroga se reintegra al regresar al territorio nacional.

Aun cuando la inscripción es obligatoria para los extranjeros cuya residencia es mayor de sesenta días y están liberados del pago del impuesto aquellos que tienen permiso para estar en el país por plazo menor, no se había legislado el caso en que la residencia fuera prorrogada por tiempo mayor, sin convertirse en definitiva.

Por esto, en 31 de julio de 1940 un decreto supremo dispuso que toda prórroga de los permisos de residencia temporal que se otorgue por el Departamento de Extranjería e Inmigración en exceso del plazo especificado en la visación consular, está afecto al pago de timbres de extranjería que se abona por semestres adelantados, con arreglo a la tasa máxima.

En Lima, 1933, se suscribió un convenio con Chile en virtud del cual, con el objeto de asegurar las mayores facilidades posibles a los nacionales de los respectivos países, se cobra a los chilenos residentes en Tacna una suma no mayor de S/. 2.00 por impuesto de extranjería. La inscripción de estos extranjeros tiene valor por tres años, durante los cuales no se les cobra otros impuestos o derechos respecto de tal documento.

Están liberados del pago del impuesto de extranjería los miembros de órdenes religiosas de uno y otro sexo que comprueben dedicarse a la asistencia social o a la educación gratuita; los colonos oficialmente calificados como tales y los indigentes (D. S. 11-7-42). La ley 7744 había concedido la exoneración, además, a los componentes de las compañías de bomberos en servicio activo y a los inválidos.

El producto del impuesto se destinaba, según las leyes 7549 y 7744, a la construcción y reparación de los cuarteles de la Guardia Civil, pero desde la ley 7879 es renta general de la República.

El sistema de control del impuesto de extranjería había revelado ser deficiente, como lo demostraba su escaso rendimiento. Al encargarse al Ministerio de Relaciones Exteriores todo lo concerniente a inmigración y extranjería, con el

fin de garantizar los intereses del fisco se dispuso que, a partir del segundo semestre de 1940, los timbres respectivos no se adhiciesen a las Cartas de Identidad, sino en guías especiales que se conservarían en el Departamento del Ramo y en las que se anotaría al lado del timbre inutilizado un número de orden correlativo y el de la Carta de Identidad a la que correspondía. Esa labor fué encomendada a un funcionario quien además llevaba la contabilidad de los timbres y formulaba la lista de los omisos, para la imposición de las sanciones de ley. (D. S. 25-6-40).

La medida no dió resultados y habiéndose descubierto malos manejos por parte de determinados empleados a quienes se les instauró juicio criminal, hubo necesidad de dictar nuevas normas para el cobro del impuesto de extranjería y que están contenidas en el decreto supremo del 2 de junio de 1943.

El impuesto se abona en las oficinas de la Caja de Depósitos y Consignaciones, Departamento de Recaudación, durante los dos primeros meses de cada semestre, para lo cual el Ministerio de Relaciones Exteriores le remite oportunamente una planilla en la que se consigna los nombres de los extranjeros, el número de los carnets de extranjería y el monto del impuesto semestral que deben satisfacer. No se concede, en ningún caso, prórroga para el pago del gravamen y a los omisos se les impone una multa equivalente al monto del impuesto, que se duplicará en caso de reincidencia. Para el cobro de la deuda se puede utilizar la vía coactiva. Los extranjeros omisos en el pago del impuesto por el término de un año, serán acreedores a la pena de expulsión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 de la ley 4145 (D. S. 31-5-43).

Tratándose de extranjeros que ingresan al país después de confeccionadas las planillas, que regresan al país y que deben abonar el impuesto y en los casos de permisos de permanencia y prórroga de los mismos, se hace efectivo el impuesto mediante órdenes individuales.

La Superintendencia de Contribuciones es la entidad encargada de verificar si la cuota del impuesto es la que verdaderamente corresponde a la renta que el extranjero percibe, para lo cual el Ministerio de Relaciones Exteriores le remite el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año, copia del Registro de Extranjeros.

De conformidad con el decreto supremo de 14 de setiembre de 1942, el impuesto debe cobrarse a los extranjeros que residan en el país por más de treinta días; y no de sesenta.

La reinscripción de extranjeros propiamente dicho, no existe; y todo el proceso se reduce al cobro del impuesto.

El decreto de 17 de julio de 1940 debe considerarse como un acto de imposición, pues no es de justicia gravar con el impuesto al extranjero que no se encuentra en el país.

EL EXTRANJERO ANTE LA CONSTITUCION DEL PERU

Preliminares. — Derechos políticos. — Derechos civiles y posibilidad de restringir su ejercicio. — Garantías que consagra la Constitución: la igualdad ante la ley; la seguridad personal; la no prisión por deudas; el derecho de reunión; libertad de culto; la inviolabilidad de la correspondencia; la libertad de prensa y restricciones a los extranjeros; uso de bandera extranjera. — Conclusiones.

La Constitución peruana no tiene ninguna disposición expresa en que se consigne los derechos y obligaciones de los extranjeros en el país. Se explica por el principio que inspira la legislación peruana de igualar al extranjero con el nacional en cuanto a las garantías que ella reconoce y los derechos y obligaciones que de ellas se desprenden.

En general, las Cartas Fundamentales de América señalan esas garantías en la misma forma amplia y algunas (Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador y México) incluyen un artículo para declarar que los extranjeros gozan de los mismos derechos y garantías acordadas a los nacionales, dejando a salvo las limitaciones que establezca la Constitución y las leyes, agrega la Colombiana.

Las Leyes Fundamentales de Argentina, Costa Rica y Guatemala, luego de declarar que los extranjeros gozan de los derechos civiles del ciudadano, añaden que pueden ejercer su industria y comercio; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes de esos países.

Otras Constituciones dedican Secciones especiales a los extranjeros. En ellas definen quienes son extranjeros (México), les prohíben intervenir en los asuntos políticos del país (México y Nicaragua); se declara su obligación de respetar las autoridades y las leyes del país (El Salvador, Guatemala, Nicaragua), observar las disposiciones y reglamentos de policía (Guatemala), pagar los diversos impuestos locales (Guatemala y Nicaragua); el no poder reclamar al Gobierno indemnización por daños y perjuicios que sus personas o bienes sufran por cualquier movimiento faccioso (El Salvador y Guatemala) o formular sus reclamos en los casos y forma prevista por la ley (Nicaragua y Honduras; y de no poder ocurrir a la vía diplomática sino en caso de denegatoria de justicia (El Salvador y Nicaragua).

Al estudiar los derechos que la legislación peruana acuerda a los extranjeros, hay que distinguir los derechos políticos de los civiles.

Los derechos políticos están reservados para los nacionales en razón de estar íntimamente vinculados a la organización del Estado. La única excepción que en esta materia se encuentra en América, es la República del Uruguay donde el extranjero puede adquirir el derecho a sufragio por la residencia durante determinado número de años.

También los cargos públicos se reservan a los peruanos. Disposiciones expresas sobre el particular las tenemos en aquellas que prohíben a los extranjeros, mejor dicho que reservan para los peruanos de nacimiento el ser nombrados Directores del Banco Minero (ley 9157) del Banco Agrícola, del Banco Central de Reserva (Leyes Orgánicas) y en general formar parte del personal directivo de los Bancos en que tenga intereses el Estado (D. S. 31-12-936). Tampoco pueden ser los extranjeros secretarios de Juzgados ni oficiales de justicia (ley 9028).

Una excepción es la consignada en la Ley Orgánica de Municipalidades que concede el derecho a voto para elegir y ser elegido como Regidores a los extranjeros, ya que para ello se exige como requisitos: mayoría de edad, saber leer y escribir, y ser vecino de la Provincia o del Distrito a que el Concejo corresponde. Disposición análoga se encuentra en Chile, mientras que el Brasil niega este derecho. Se explica esta excepción porque el extranjero sí puede estar interesado, al igual que el nacional, en el adelanto de la localidad.

La negación de los derechos políticos y del desempeño de las funciones públicas por los extranjeros está estipulada en la segunda parte del Código de Bustamante.

Respecto de los derechos civiles, ellos están reconocidos a los extranjeros en todas las Cartas Fundamentales de los países de América y en los pactos internacionales celebrados por éstos.

Sin embargo, el ejercicio de tales derechos puede en algunas ocasiones, ser incompatible con las necesidades nacionales y de ahí que el Código Civil peruano al declarar que los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros agregue "salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivos de necesidad nacional se establezca para los extranjeros".

Estas restricciones existen en las legislaciones de los distintos Estados, fundadas en circunstancias políticas o económicas peculiares a ciertas regiones de América. Expresamente están consignadas en las Constituciones de Cuba, Colombia, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Y como ningún país está dispuesto a renunciar a ellas y para dejar a salvo su libertad de acción presente y futura, el Código Internacional de Derecho Privado, luego de declarar que los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan en el territorio de los demás de los mismos derechos civiles que se conceda a los nacionales, admite que "cada Estado por razones de orden público, puede rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de los demás..." (art. 2).

En el Tratado de Derecho Civil de Montevideo se consagra principio semejante: Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes, gozarán en el territorio de las demás, de garantías individuales idénticas a los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezca la Constitución y las leyes.

Esta identidad no se reserva en el Perú a los argentinos, paraguayos y uruguayos para quienes rige el Tratado de Montevideo, sino se extiende a todos los extranjeros y de ahí la forma amplia en que están redactados los dispositivos constitucionales.

Es de advertir que la fórmula del Código Civil peruano, a que se ha aludido antes, adolece de error en cuanto restringe los derechos civiles a los extranjeros. Lo que se limita es el ejercicio de tales derechos como bien lo consignan los dispositivos constitucionales de los países que se ha nombrado y el Código de Bustamante.

Dejando para estudiar en detalle los preceptos de la Constitución que se refieren al domicilio, a la propiedad y al ejercicio de la industria y del comercio en relación con los extranjeros, se estudia aquí las otras garantías que reconoce la Carta Fundamental peruana.

La primera y fundamental regla consignada en la Constitución es la igualdad ante la ley. "La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrá expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas". La forma general como está concebida esta norma, viene desde la Carta de 1856, pues las anteriores se refirieron a la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Los Códigos Civiles de Venezuela, Chile, Bolivia y Colombia se refieren solo a la obligatoriedad de la ley, dejando el del último país citado a salvo los derechos concedidos por los tratados públicos.

Comentando el dispositivo venezolano, dice Herrera Mendoza —y esta opinión puede aplicarse al artículo constitucional peruano—: "Este precepto está formulado de manera absoluta. El concepto comprende las leyes de orden público, las que atañen a las buenas costumbres, las penales, las de policía y seguridad y, en general, a todas las leyes imperativas, permisivas y prohibitivas que forman la legislación de la República sin admitir en este punto límite alguno. La palabra ley se toma aquí en la acepción más lata y comprende los decretos, ordenanzas, actos y disposiciones de las autoridades competentes, que tienen fuerza de ley, sin distinguir la calidad de los habitantes, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o no".

La garantía que se estudia está concebida en iguales términos en la Constitución de Nicaragua; y en forma pasiva en Colombia. En cambio la norma es más categórica en Brasil, Costa Rica y El Salvador en donde se declara que todos los hombres son iguales ante la ley; y semejante es la fórmula paraguaya.

En forma particular, dictada para los extranjeros, consignan la igualdad ante la ley las Constituciones de Cuba, Haití y Guatemala, lo mismo que Honduras. La primera, al equipararlos a los cubanos en la obligación de cumplir la Constitución y las leyes; Honduras, expresando que desde el instante en que lleguen al territorio de la República están obligados a respetar a las autoridades y las leyes agregando las restantes que con ello adquirirán derecho a ser protegidos por ellas.

Concorde con la anterior garantía, declara la Constitución del Perú en su art. 24 (y en forma semejante lo hacen las de Argentina, Guatemala, Nicaragua, Uruguay y Venezuela), que: "Nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

El derecho a la seguridad personal está concebido en los siguientes términos: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de 24 horas, o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda, el que ordenará la libertad o librará mandamiento de prisión en el término que señala la ley".

Esta garantía está reconocida en las Cartas Fundamentales de los diversos países, aunque en fórmulas diversas y en algunos casos, como en la de Bolivia, se consigna todo el procedimiento del recurso de habeas corpus para cuando el detenido no es puesto a disposición del juez competente. Sin embargo esto es más propio del Código de Procedimientos Penales, como sucede en la legislación peruana.

Con relación a este derecho de la seguridad personal, se tiene la declaración que no hay prisión por deudas (art. 58 C.). Esta garantía está reconocida desde el decreto supremo del 10 de enero de 1827. Naturalmente no puede acogerse a este principio el que simulando tener bienes o con algún artificio consigna un préstamo, en cuyo caso cae dentro de las disposiciones contenidas en los arts. 244 a 256 del Código Penal.

En la forma absoluta como consagra la Constitución peruana esta garantía, se encuentra también en las de Colombia, El Salvador, Guatemala y Uruguay. En Argentina se consagra en una ley especial.

Otras legislaciones la condicionan a que la deuda sea de carácter puramente civil (México), a que no provenga de delito (Venezuela) o de fraude comprobado (Costa Rica) o de dolo (Honduras). Nicaragua y Panamá exceptúan de esta garantía el arraigo judicial.

Acogiéndose a esta garantía constitucional, la Legación Española reclamó en una oportunidad, de la detención de algunos de sus nacionales que habían incurrido en mora en el pago del impuesto de extranjería. Tal reclamo era, evidentemente, fruto de una mala interpretación del asunto. La detención de esas personas no era debido a la deuda que tenían para con el Fisco, sino por no tener sus papeles de extranjería al día.

Todos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin comprometer el orden público. (C. 62). Los delitos contra este derecho están reprimidos con prisión no mayor de 3 meses o multa de la renta de 3 a 30 días (C. P 236).

La garantía está expresamente consignada, en forma análoga en las Constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá. La chilena declara que la reunión en las plazas, calles y demás lugares de uso público se regirán por las disposiciones generales de policía; y en México, Uruguay y Venezuela se declara que las autoridades no podrán coactar este derecho.

Si bien la Constitución declara en su art. 232 que el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana, admite que "las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos". Además, consigna la inviolabilidad de la libertad de conciencia y de creencia en su art. 59.

Un decreto supremo del 4 de enero de 1945 ha reglamentado el culto y la propaganda religiosa no católica. En uno de sus considerandos declara que el respeto y consentimiento de cultos distintos no puede confundirse con la propaganda pública que hiera el sentimiento nacional y tiende a producir divisiones religiosas dentro de la ciudadanía, que no deben facilitarse. Dispone, en consecuencia, que el culto correspondiente a las religiones no católicas deberá realizarse exclusivamente dentro de los respectivos templos; y prohíbe las reuniones o actos de propaganda de esas religiones en parques, plazas y demás lugares públicos, bajo pena de incurrir en falta contra el orden público reprimible con prisión y multa.

Si bien la libertad de conciencia y de creencia está reconocida en todas las Leyes Fundamentales de Ibero-América, no todas dispensan la protección que señala el art. 232 de la peruana. La protección a la Religión Católica, Apostólica y Romana está consignada en las Constituciones de Costa Rica, Haití, Nicaragua y Panamá; y en forma indirecta en las de Colombia y Cuba. En cambio la consideran en igualdad de condiciones con las demás religiones, las Leyes Fundamentales de Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En la VIII Conferencia Internacional Americana reunida en Lima, 1938, considerando que el derecho a profesar libremente credos religiosos ha sido una de las conquistas más trascendentales alcanzadas por los hombres, se aprobó un acuerdo por el que se declara que los países americanos repudian toda persecución por motivos religiosos que coloque a la persona en la imposibilidad de vivir decorosamente.

Otra garantía que reconoce la Constitución del Perú, lo mismo que la de los países que se ha venido nombrando, es la inviolabilidad de la correspondencia, consagrada en su art. 66. Debe entenderse el concepto "correspondencia" en su acepción más amplia, es decir no limitándola a la que se entrega al correo, sino a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas.

Las cartas y papeles privados (los libros agregan: Guatemala, Honduras y Nicaragua) no pueden ser interceptados, ocupados ni registrados sino en los casos y forma establecidos por la ley (quiebra y en los casos graves para el descubrimiento del delito).

Ampliando la garantía, algunas Constituciones declaran que se guardará secreto respecto de los puntos ajenos a aquellos que fueron motivo de la ocupación o examen (Cuba, Panamá y Venezuela) o que se hará en presencia del poseedor o de testigos (Honduras y Nicaragua).

Termina el dispositivo constitucional peruano declarando que: "No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos".

Con relación a esta garantía, el Código Penal sanciona con prisión no mayor de cuatro años e inhabilitación por tiempo doble de la condena, al empleado de correos, telégrafos o teléfonos que infringiera tal disposición (art. 362).

El Estado garantiza la libertad de prensa. Todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley. La responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responderán solidariamente de la indemnización que corresponda a la persona damnificada. Los Tribunales ordinarios conocerán los delitos de imprenta (63-64 C.).

Hasta la dación de la Carta Fundamental vigente, los delitos de imprenta estuvieron sometidos a un régimen especial señalado por la ley de imprenta de 1823, juzgándose como Jurado.

La ley de imprenta anterior, Nº 9034, estableció como restricciones a los extranjeros: el no poder emplearse ningún medio de publicidad en idioma que no fuera el castellano, sin permiso previo y especial del Gobierno; el no poder ser propietarios o accionistas de empresas periodísticas políticas; y el de no poder ser editores o gerentes responsables, mas esas prohibiciones no rigen ya porque la ley 10309 derogó a la anterior; y la Nº 10310 reconoce la más completa libertad para la emisión de las ideas y opiniones.

Sólo cuando se trata de delitos previstos por el Código Penal, cometidos por medio de periódicos y volantes, se les atribuye mayor gravedad, duplicándose la pena o aplicando la más grave en caso de penas alternativas. Dispone, asimismo, la actual ley de imprenta que la persona afectada por alguna publicación y cuyo nombre aparezca en ella, tiene derecho a exigir que se publique su aclaración o rectificación en el mismo órgano de origen sin gravamen para ella.

La ley 9124 del 29 de noviembre de 1940 ha dispuesto que todo impreso que, periódica o eventualmente, se edite en el Perú, cualquiera que sea su género, empleando caracteres diferentes a los del alfabeto latino, deberá insertar en la misma página, paralela y simultáneamente, la traducción castellana de su contenido; y en caso de omisión o inexactitud se castiga con multas las dos primeras veces y clausura a la tercera, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Una resolución suprema del 14 de setiembre de 1939 que contiene disposiciones para el control de precios de las mercaderías, prohíbe emplear en las facturas claves o palabras, cifras o signos en idioma extranjero, salvo que se trate del nombre del artículo o de su marca.

No se refieren en sus Constituciones a esta garantía: Argentina y la República Dominicana. Los demás países admiten la libertad para la emisión del pensamiento sin censura previa, quedando responsables los autores si abusan de este derecho. En Uruguay, en defecto del autor, responde el impresor o emisor por tales infracciones. La Constitución brasilera declara que los extranjeros no pueden ser propietarios de empresas periodísticas y les veda participar en ellas como accionistas.

También consagra la ley peruana la igualdad de nacionales y extranjeros ante las cargas fiscales. Tratándose de impuestos y arbitrios fiscales o municipales, los extranjeros se hallan equiparados a los nacionales y gozan de la misma protección ante las autoridades respectivas.

"Puede estimarse como excepciones a esta regla, aunque en realidad no constituyen tributos sino retribuciones de servicios administrativos, los timbres a que están obligados a poner los extranjeros en las visaciones de sus pasaportes y en las Cartas de Identidad" (C. Echecôpar H.: Boletín del M. de RR. EE. N° 134).

Otra disposición que se refiere a los extranjeros, es la contenida en el art. 7º de la ley 8916 del 6 de julio de 1939, por la cual los individuos o instituciones extranjeras pueden usar la bandera de sus respectivos países, izándola al tope únicamente en el día de su aniversario patrio, cuando ese país mantenga relaciones diplomáticas con el Perú. En este caso, deben izar al propio tiempo, la bandera peruana, que tendrá, por lo menos, las mismas dimensiones que la extranjera y ocupará siempre lugar superior o el lado derecho.

Del estudio hecho en este capítulo se desprende que la situación del extranjero en el Perú es bastante liberal, no negándosele ninguna de las garantías acordadas al nacional.

La negación de los derechos políticos es cosa que no se discute en ningún país y, por tanto, no puede representar una desventaja para ellos.

EL EXTRANJERO ANTE EL CODIGO CIVIL

Estado y capacidad. — Del domicilio: clases, constitución, cambio y obligación de comunicar dicho cambio por los extranjeros. — Inviolabilidad del domicilio. — Matrimonio y divorcio. — Facultad del extranjero para adquirir bienes: principio general. — Excepciones: las contenidas en la Constitución y en disposiciones especiales. — Sucesiones. — Cumplimiento de obligaciones. — Tendencia a unificar el Derecho Civil en América. — Conclusiones.

Es importante el estudio de la capacidad civil, en razón de que la edad en que se adquiere varía en los distintos países. Así, en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela se alcanza la capacidad a los 21 años; en Argentina a los 22; y en Chile a los 25.

En el Perú, el estado civil y la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, pero se aplica la ley peruana cuando se trate de peruanos. (C. C. V).

Hasta la dación del Código Civil vigente, no existía una declaración expresa sobre la materia en la legislación nacional. En el Tratado de Lima, aprobado por el Congreso peruano se señaló la ley nacional para determinar el estado civil y la capacidad, pero luego en el Tratado de Montevideo se introdujo el criterio del domicilio (1889). El Código de Comercio de 1902 al declarar en su art. 15 que "los extranjeros... podrán ejercer el comercio en el Perú con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiere a la capacidad para contratar" estableció desde entonces un criterio dual: la capacidad de los argentinos, bolivianos, paraguayos y uruguayos se determinaba conforme a la ley peruana; la de los demás extranjeros, según su propia ley.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 omitió legislar sobre la materia lo que era necesario a fin de salvar la dificultad existente, limitándose a declarar en su art. 1158 que carece de fuerza en la República las resoluciones dictadas por un Tribunal extranjero sobre la condición civil y la capacidad personal de los extranjeros domiciliados en el Perú. Aunque esta disposición se refiere sólo a la competencia de los Tribunales peruanos, en realidad tiende a señalar la ley peruana, es decir la ley del domicilio, para la determinación de la capacidad y del estado civil, puesto que será esa ley la que apliquen.

El Código de Derecho Internacional Privado dispone que "la capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal", (art. 27) mas con ello no establece un criterio uniforme ya que el mismo Código expresa que "cada Estado... aplicará como leyes... las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior".

Con el art. V de su Título Preliminar, el Código Civil ha solucionado definitivamente el problema. El criterio del domicilio adoptado, es el más acertado por los fundamentos que lo sustentan. En efecto, el domicilio presenta caracteres de verdadera vinculación jurídica por ser la sede de las personas; las aptitudes jurídicas deben ser gobernadas por el derecho del país en el que se po-

nen en actividad. Además es más seguro que el sistema de la nacionalidad por la existencia de individuos que han perdido su nacionalidad o son reclamados por dos Estados. Finalmente, el sistema del domicilio garantiza mejor los intereses de los terceros.

Se ha criticado la segunda parte del artículo que se comenta, según la cual tratándose de nacionales debe aplicarse la ley peruana. Si un Estado reconoce que la ley del domicilio es la más conveniente para regir la capacidad, se objeta que no puede admitirse que en seguida invoque el sistema opuesto para aplicarlo a los nacionales.

Es de advertir, sin embargo, que muchas legislaciones (Colombia y Uruguay, por ejemplo), adoptan este mismo criterio dual: para los habitantes de esas Repúblicas rige, en todos los casos, las leyes locales; pero para sus nacionales residentes en el extranjero, se aplica las leyes propias en lo que concierne a la capacidad.

Si se aceptara esta dualidad de criterio, que evidentemente no debe existir en un cuerpo de leyes, la fórmula más satisfactoria es la que contiene la legislación chilena, según la cual "las leyes chilenas obligan a los chilenos aún en país extranjero en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile; y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos". Y se justifica la medida si se tiene presente que sólo cuando se dé la condición señalada, es que podrá surtir sus efectos la ley nacional.

La unidad en el sistema se encuentra en Brasil, Guatemala y México que reconocen la validez de la ley nacional; y Cuba, aunque no lo admite en su legislación positiva, lo tiene consagrado en su jurisprudencia. La Argentina, al consagrar el sistema del domicilio, presenta la fórmula más perfecta en la materia: La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código (Civil), aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero. La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. (C. C. 6 y 7).

Declarado que la ley del domicilio rige la capacidad personal, se tiene que los extranjeros en el Perú son capaces de ejercer los derechos civiles a los 21 años; que son absolutamente incapaces los menores de 16 años; los que adolecen de enfermedad mental que les priva de discernimiento; los sordo-mudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable y los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada; y relativamente incapaces los mayores de 16 años y los sujetos a curatela no comprendidos dentro de los antes enumerados. Estas incapacidades absolutas y relativas son, se puede afirmar, las mismas que declaran los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y Uruguay.

La incapacidad de las personas mayores de 18 años, cesa por emancipación, matrimonio y por obtener título oficial que autorice para ejercer una profe-

sión u oficio (C. C. 11). Norma semejante se encuentra en Bolivia, Ecuador, Uruguay y Venezuela. En la Argentina se contempla sólo el caso del matrimonio, lo mismo que en Chile pero habiendo cumplido 21 años.

En todo lo relacionado con el domicilio, se sigue en el Perú las mismas reglas ya se trate de nacionales o de extranjeros. La importancia de este punto se debe a que, como se ha indicado, la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio.

Ignacio Sánchez de Bustamante y Sirven, en su obra de Derecho Internacional Privado distingue tres clases de domicilio: el de origen, el legal y el de elección. Domicilio de origen es el determinado por el nacimiento y se atribuye al hijo en razón de tenerlo su padre. Llama domicilio legal el que se asigna a una persona en razón de los lazos de parentesco, de las relaciones o del empleo que le unen a otra u otras. Aplicado el concepto a la legislación peruana, son los casos contemplados en los arts. 23, 24 y 26 del C. C., según los cuales, los incapaces tienen como domicilio el de sus representantes legales, la mujer casada el de su marido y los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión del Gobierno o para estudios científicos o artísticos, el último que hayan tenido en el territorio nacional.

Las mismas normas contiene el Código de Bustamante (arts. 23-24) y el Tratado de Montevideo (art. 7-8).

El domicilio de elección es aquel que la persona capaz se crea a sí misma. Se constituye, dice el Código Civil peruano, por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él. Exige el dispositivo citado dos elementos: la residencia efectiva y la intención de permanecer en él, presumida por el trascurso de dos años. Iguales requisitos se exige en Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador y Uruguay; mientras que en Bolivia, Costa Rica y Santo Domingo se omite el primero. La legislación venezolana al definir el domicilio no se refiere a ninguno de esos elementos y señala como tal, "el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses".

También existe un domicilio contractual, que admite el Código Civil para la ejecución de los contratos y que sólo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente (art. 21); y un domicilio procesal que es necesario señalar, al entablar o contestar una demanda y que pueden ser distintos del domicilio ordinario.

Cuando la persona no tiene residencia habitual, se considera domiciliada en el lugar en que se encuentra (C. C. 21). Igual disposición se encuentra en el Código de Bustamante, en el Tratado de Montevideo, en los Códigos Civiles de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela.

En cuanto al cambio de domicilio, según la ley peruana, se realiza por declaración expresa ante la Municipalidad o por el trascurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar (art. 22 C. C.). Es de advertir que la primera parte no rige, pues al menos en Lima no existe registro alguno de residencia

desde hace muchos años. Su mención probablemente se refiera a algún registro llevado con motivo de las elecciones municipales.

El plazo de dos años se señala por ser presunción del ánimo de permanecer en el nuevo lugar.

Las disposiciones extranjeras sobre el particular, son variadas. En la Argentina basta el traslado de la residencia con el ánimo de permanecer en ella y tener allí su principal establecimiento para que de inmediato se produzca el cambio de domicilio; en Bolivia se busca siempre la intención del cambio de domicilio y para ello se exige la declaración expresa ante las autoridades de policía del lugar que se deje y la del lugar del nuevo domicilio. Brasil, Ecuador, Uruguay y Venezuela tienen normas semejantes a la peruana.

Con el objeto de hacer efectivo el control que debe llevarse en el Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores, una resolución suprema del 18 de agosto de 1941 ha dispuesto que los extranjeros que cambien de domicilio están obligados, dentro de tres días, a dar aviso al citado Departamento en Lima; y a la respectiva prefectura en los demás departamentos de la República. Para el cambio de domicilio de un departamento a otro, debe obtenerse previamente la anotación de ese cambio en la Carta de Identidad y presentarse después a las autoridades de extranjería del lugar donde van a residir. El incumplimiento de la disposición se pena con multa de S/. 10.00 a S/. 200.00. Disposición análoga se encuentra en Brasil, Colombia y Chile.

El domicilio es inviolable, declara la Constitución en su art. 61. No se puede ingresar en él sin que se manifieste previamente mandato escrito y motivado del juez o de la autoridad competente. La violación del domicilio está penada con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de 3 a 30 días y si el violador es funcionario público o agente de la autoridad, se le impone, además, inhabilitación especial de 6 meses a 2 años (C. P. 230).

La inviolabilidad del domicilio está consagrada en toda América, con las excepciones de ley, que en Chile, Brasil, Guatemala y en la República Dominicana son las mismas que señala el Perú. Algunas Constituciones agregan que no se podrá ingresar en él de noche sin consentimiento del que lo habita (Bolivia, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay). En El Salvador y en Venezuela se declara que únicamente se allanará el domicilio para la averiguación de los delitos o para impedir la perpetración o consumación de ellos.

Para concluir conviene indicar que conforme al Tratado de Montevideo, es la ley del lugar en el cual reside la persona la que determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio; y que según el Código de Bustamante, el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio se rige por la ley territorial.

Con la dación del nuevo Código Civil que consagra el matrimonio civil, han desaparecido las dificultades que existían para los extranjeros cuando esa institución estaba regida por las disposiciones del Concilio de Trento y que habían motivado la dación de leyes especiales para los extranjeros que no profesaban la Religión Católica, Apostólica y Romana.

Las normas que sobre la materia contiene el citado cuerpo de leyes son aplicables por igual a nacionales y extranjeros, exigiéndose tan sólo a éstos para la celebración del matrimonio, además de los requisitos comunes a todos, la presentación del certificado consular que acredite el estado de soltería o de viudez.

En cambio, merece la pena dedicar algunas líneas respecto del divorcio. Los diversos sistemas que se han propuesto para determinar la ley que rige el divorcio son: la ley nacional, el domicilio conyugal, la ley del lugar donde se celebró el matrimonio y la ley territorial simple y pura. Entre esos sistemas, la legislación peruana se conforma al principio del domicilio conyugal, el que está de acuerdo con la doctrina sostenida por el Tratado de Montevideo y el Código de Bustamante. El domicilio determina la jurisdicción competente y, de hecho, la hace coincidir con la ley aplicable, atribuyéndole territorialidad en virtud de esa coincidencia.

Este sistema es el más conforme con la realidad. En efecto, la ley nacional de los cónyuges presenta los inconvenientes de la distinta nacionalidad que pueden tener y la negación que tendría que hacer del pedido de divorcio un país cuya legislación no lo reconoce aun cuando la ley nacional del demandado lo permitiera; el lugar en que el matrimonio se celebró puede ser accidental o es posible que los cónyuges se hayan ausentado mas tarde del lugar y no conserven con él conexión alguna; y la ley territorial pura y simple, para que el divorcio sea posible inmediatamente a cuantos lleguen al país, se presta a abusos.

Sucede, sin embargo, que no todas las legislaciones permiten el divorcio. La indisolubilidad del matrimonio es principio de orden público en Argentina, Brasil, Chile, Bolivia, Colombia, Paraguay y Venezuela. ¿Pueden los nacionales de esos países divorciarse en el Perú? Tratándose de argentinos y paraguayos, no hay dificultad en virtud de las disposiciones del Tratado de Montevideo. Para los demás, la respuesta debe también ser afirmativa.

Si un extranjero, cuya ley nacional proclama la indisolubilidad del matrimonio pidiera el divorcio, es evidente que el juez no podrá rechazar la demanda fundándose en ese hecho. Y es, como indica Asser, que el legislador al admitir el divorcio, ha creído que "sería contrario al orden público mantener un matrimonio cuya disolución se reclama en virtud de un motivo legal; y en esto no se ha guiado solamente por el interés personal de los cónyuges sino que se ha inspirado, ante todo, en consideraciones relativas al interés de la familia, al orden público y a las buenas costumbres. Además, al acoger la demanda aplicando la *lex fori*, el juez obra en calidad de órgano del poder público para crear una situación nueva y conferir nuevos derechos".

El juicio de divorcio se iniciará ante los jueces del domicilio conyugal, declara el Tratado de Montevideo (art. 62). Ejecutorias de la Corte Suprema han declarado que la jurisdicción nacional es competente para conocer toda acción de divorcio de extranjeros domiciliados en el Perú (2-7-929 y 6-12-933) aun cuando el cónyuge demandado se halle ausente de la República (6-9-34). Por lo demás, no tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por Tribunales extranjeros que estatuyan sobre las relaciones de familia de extranjeros domiciliados en el Perú (C. P. C. 1158). Si un matrimonio de extranjeros se

domicilia en el Perú y luego la esposa se ausenta, el tribunal competente para conocer de la demanda de divorcio es el peruano, por cuanto la mujer tiene por domicilio el del marido.

Conocida la jurisdicción interesa conocer las causales que se pueden invocar para obtener el divorcio. El Código de Bustamante estatuye que las causas del divorcio se someterán a la ley del lugar en que se solicite, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges. Con ello declara la territorialidad de las disposiciones relativas a dichas causas.

El Tratado de Montevideo sujetó la disolubilidad del vínculo matrimonial a la ley del domicilio siempre que la causa alegada esté admitida por la ley del lugar en el cual se celebró (art. 13).

De las legislaciones vistas, el Código Civil de Guatemala tiene una declaración expresa en virtud de la cual los tribunales sólo podrán declarar el divorcio por las causales previstas en su Código Civil.

De acuerdo con los pactos internacionales citados y con el art. V del C. C., que dispone que las relaciones de familia se rigen por la ley del domicilio, son aplicables a los extranjeros domiciliados en el Perú, todas las disposiciones sobre divorcio contenidas en la Sección Tercera del Libro Segundo del citado cuerpo de leyes.

La sentencia que declara el divorcio debe ser válida en todos los demás países. Sin embargo es posible que en el país del divorciado se niegue valor a tal sentencia, por cuanto la generalidad de los Estados, como lo hace el Perú, reservan para su propia ley todo lo relacionado con el estado civil de sus nacionales. Excepción de esta regla es la que resulta de las disposiciones del Tratado de Montevideo conforme a las cuales una sentencia de divorcio dictada en el Perú tiene toda su fuerza en Argentina, Paraguay y Uruguay.

La ley del juez ante quien se solicita el divorcio determina las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia respecto de los cónyuges y de los hijos (C. B. 55).

El divorcio produce efectos en cuanto a los cónyuges, sus hijos y sus bienes. De estos efectos interesa aquel que considera a los cónyuges divorciados como no casados. El Código de Bustamante dispone que "cada Estado tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal".

La aptitud del divorciado para contraer nuevo matrimonio se niega en aquellos países en donde se considera indisoluble el vínculo matrimonial y es que los obstáculos de orden moral y religioso son una barrera para el derecho adquirido por estar íntimamente vinculados al orden público interno. Tal sucede, por ejemplo, en Argentina donde conforme al art. 7 de la ley sobre matrimonio civil "la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse". La ley chilena es más estricta aún puesto que inhabilita al divorciado para contraer nuevo matrimonio en Chile aun cuando el primero no se hubiera celebrado en ese país.

Las reglas sobre la propiedad y los modos de adquirirla o de enajenarla entre vivos son de orden público internacional (C. B. 117). Y la Constitución peruana estipula que la propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República.

La facultad del extranjero para adquirir bienes en el Perú es secular. La Carta Fundamental de 1839 le concedía por ese simple hecho la ciudadanía peruana; las del 56 y 60 asimilaron al extranjero a los nacionales en cuanto a las obligaciones y derechos derivados de la propiedad; y las del 19 y vigente, con más precisión declaran que "Los extranjeros se encuentran en cuanto a la propiedad en las mismas condiciones que los peruanos".

Bolivia y Nicaragua tienen preceptos constitucionales semejantes; y Honduras reconoce al extranjero la facultad de adquirir bienes, también en su Ley Fundamental.

La situación varía, en cambio, en México donde el extranjero no puede adquirir el dominio de las tierras sino con permiso del Estado, en cuyo caso debe convenir en considerarse nacional respecto de dichos bienes y en no pedir el apoyo de sus Gobiernos bajo pena de perderlos en beneficio de la Nación.

En Haití el derecho de propiedad sobre inmuebles es concedido a los extranjeros en forma temporal, pues se les reconoce sólo para las necesidades de su residencia y de sus empresas agrícolas, comerciales o industriales y hasta un año después que el extranjero haya dejado de residir en el país.

En Cuba la ley limita restrictivamente la adquisición y posesión de la tierra por personas extranjeras y adopta medidas que tienden a revertir la tierra a los cubanos.

En las Constituciones de los demás países de América (excepto Estados Unidos al que no nos venimos refiriendo) no se legisla sobre esta materia.

El Código Civil peruano tiene una declaración semejante a la de la Constitución: "El derecho de propiedad es común a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivo de necesidad nacional se establezca para los extranjeros". Esas limitaciones están consignadas en la Ley Fundamental y en disposiciones especiales.

La Constitución, en el art. 35, estatuye que: "La ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales, para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza o por sus condiciones o por su situación en el territorio". Y, a continuación, refiriéndose concretamente a los extranjeros, dice: "Dentro de los 50 km. de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir, ni poseer, por ningún título tierras, aguas, minas o combustibles directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado la propiedad adquirida, excepto en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa" (C. 35).

La ley 7943, del 10 de diciembre de 1934, amplió la prohibición anterior al territorio de las provincias limítrofes, al prohibir las transmisiones, en cualquier forma, del dominio o de la posesión de propiedades rústicas en esas provincias

en favor de personas colectivas o individuales extranjeras, incluyendo las personas de derecho público, salvo el caso de concesiones otorgadas de conformidad con leyes especiales.

Fundándose en las mismas disposiciones constitucionales y con el objeto de proteger los sectores donde se hallen ubicados establecimientos de los institutos armados y demás zonas de importancia militar, un decreto supremo del 22 de julio de 1941, prohibió la adquisición y arrendamiento por extranjeros, de propiedades inmuebles, directa o indirectamente, en una extensión de 50 m. del perímetro en las zonas urbanas, de 200 m. en las suburbanas y de 1.000 m. en las zonas rurales y dispuso que si esos terrenos estaban arrendados, fueran devueltos a sus propietarios y si pertenecían a extranjeros, serían expropiados.

Restricción igual a la del precepto constitucional peruano se encuentra en la Carta Fundamental de Bolivia; y análoga prohibición, aun cuando variando las distancias se consigna en las de El Salvador y Guatemala (15 km.), Honduras (40 km.) y México (50 en las playas y 100 km. en las fronteras). Es de advertir que en el primero de los citados países (Guatemala) la medida se refiere a los nacionales de los países fronterizos y en México se limita al dominio directo.

La finalidad de defensa y seguridad nacional que inspira esta limitación al ejercicio del derecho de propiedad, está contemplada en forma más liberal en el Brasil. Ahí, ninguna concesión de tierras o de vías de comunicación se efectúa dentro de una faja de 150 kms. de las fronteras sin audiencia del Consejo Superior de Seguridad Nacional, pero en las industrias ahí establecidas predominará capital y trabajo de origen nacional.

A mérito de una consulta formulada por el Encargado de Negocios de Checoslovaquia en Chile, el Ministerio de Relaciones Exteriores aclaró el concepto de aguas a que hace referencia el artículo constitucional. Considera que al emplear genéricamente ese término, ha comprendido en él a todas aquellas que están legisladas por las leyes especiales y, por consiguiente, a las aguas fluviales, ríos, torrentes, manantiales, arroyos, las aguas muertas o estancadas, las aguas subterráneas, las lagunas y terrenos pantanosos, los abastecimientos de aguas públicas y su aprovechamiento, las servidumbres de agua y las concesiones de aguas para cualquier uso.

En cuanto a la pérdida de la propiedad en provecho del Estado, manifestó en aquella oportunidad, que "es el de una pena equivalente a la confiscación o el comiso, según se deriva del texto literal del artículo". Fundamentábase esta opinión en que si diera lugar a la expropiación, "se correría el riesgo de que se hicieran adquisiciones con el deliberado propósito de valorizar ciertos bienes y determinar su adquisición por el Estado". Con la idea de expropiación no se conciliaría tampoco la del derecho que contiene el citado artículo constitucional.

No parece muy acertada la opinión anterior. El riesgo a que se alude no existe y, en todo caso, se podría evitar mediante la adopción de medidas apropiadas. Pero es que no se puede pensar en la expropiación porque ésta en el fondo no viene a ser sino una modalidad del contrato de compra-venta y porque en ella hay un vendedor que entrega un bien a cambio de una cantidad de dinero, mientras que en el caso legislado por la Constitución no se dan estos elementos.

No es conveniente, por otro lado, mencionar la confiscación desde que el art. 57 de la Constitución en su última parte, prohíbe imponer la pena de confiscación de bienes. Se trata, en realidad, de una sanción de tipo especial.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en el caso de infringirse el mandato constitucional, no ha sido señalado en la legislación peruana. Considera el Ministerio de Relaciones Exteriores que podría ser el de una denuncia por el Ministerio Fiscal y un procedimiento con audiencia de los interesados al término del cual, si el hecho es probado, se expediría sentencia adjudicando el bien al Estado (Bol. RR. EE. N° 123).

La dación de la ley 7943 originó una reacción por parte de la República de Chile que consideró lesionaba los intereses de sus súbditos en Tacna y Arica y expidió la ley 5922, ejemplo típico de retorsión, que prohíbe adquirir el dominio, otros derechos reales, la posesión y aun la mera tenencia por más de cinco años, de bienes raíces o algunas clases de ellos ubicados en los departamentos o partes de los mismos, que determine el Presidente de la República, a los nacionales de los países en que rija una prohibición análoga respecto a los chilenos; y por decreto del 3 de octubre de 1936, se aplicó expresamente a los bienes raíces que poseían los peruanos.

La disposición chilena quedó sin ejecutar porque el Perú hizo presente que la ley peruana no podía referirse a las propiedades chilenas en las provincias limítrofes porque ellas estaban regidas por el tratado de 1920 en que se estipuló que "los Gobiernos del Perú y Chile respetarán los derechos privados legalmente adquiridos en los territorios que quedan bajo sus respectivas soberanías".

Un problema interesante es determinar si son de aplicación las restricciones contenidas en el art. 36 de la Constitución, en la ley 7943 y en el decreto supremo del 22 de julio de 1941 en los casos de herencia.

El Dr. Echeopar, catedrático del curso de Derecho Civil en la Universidad Católica del Perú, se ha pronunciado en sentido afirmativo, aunque limitándose al caso del precepto constitucional. Fundamenta su opinión en que de acuerdo con el art. 657 del C. C., desde la muerte del causante se transmite la propiedad y posesión de sus bienes a los herederos; por consiguiente, no cabe una etapa intermedia en que los bienes correspondan a la sucesión, sin pertenecer al extranjero. Y, si desde el primer momento deben pertenecer al heredero, es evidente que éste no puede ser extranjero.

Sentada esta premisa, se pone en el caso del testador que, previendo esta situación, dispone que los bienes se vendan y se entregue su importe al heredero y estima que la situación es dudosa porque el testador no puede imponer sustitución de ninguna especie sobre la parte de la herencia que corresponda a los herederos forzosos (C. C. 705), aunque él proponga esta solución porque con ello no se privaría de nada al heredero y antes bien le permitiría heredar algo.

Considera, asimismo, el caso en que siendo varios los herederos, algunos de ellos sean extranjeros y que sólo parte de los bienes caigan bajo los efectos de

la prohibición; y, consecuente con su punto de partida, considera que no pueden ser condóminos en esos bienes. (Revista de Jurisprudencia Peruana).

En realidad una disposición tan extrema dentro del régimen favorable a los extranjeros, llama la atención. La sanción se justifica ampliamente tratándose de la adquisición de esos inmuebles por actos inter vivos. Es indudable que si el extranjero adquiere los bienes a título oneroso, si infringe voluntariamente el mandato constitucional, la sanción debe ser estrictamente aplicada.

Pero en el caso de la sucesión, en que el heredero extranjero, sin haber tenido intervención activa alguna; y aún más, adquiere los bienes porque la ley se los adjudica en la sucesión ab intestato, no es explicable que se le imponga un castigo. Si la Constitución, como declara el Dr. Echecopar, no quiere disminuir los derechos de los extranjeros y sólo por elementales razones de seguridad nacional pone limitaciones para la ubicación de sus bienes, ha debido seguir el criterio que inspira la ley chilena a que se ha aludido y por el cual el extranjero puede adquirir por sucesión para el sólo hecho de enajenar la propiedad en el plazo de un año contado desde la muerte del causante y vencido ese plazo sin que la enajenación se hubiera producido, la propiedad se vende en subasta pública, a requerimiento del gobernador del respectivo departamento. Este es, también, el sistema que se adopta en algunos Estados de la República Norteamericana en que se niega el derecho a los extranjeros de poseer bienes inmuebles.

Pero, en fin, si en el caso que se comenta podría recordarse que nadie debe distinguir donde la ley no distingue y que, en consecuencia, debe aplicarse el precepto constitucional por duro que sea, la situación es distinta para las circunstancias previstas en la ley 7943 y en el decreto del 22 de julio de 1941. No obstante tener el mismo fundamento de seguridad nacional, el legislador no ha señalado sanción para quienes infrinjan la prohibición que contienen. Si bien los actos inter vivos pueden ser tachados de nulidad por ser su objeto prohibido por la ley, ¿cuál sería la situación en los casos de herencia? La única solución posible sería la expropiación.

Hay otras restricciones para los extranjeros en lo que se refiere a la adquisición de inmuebles en determinados lugares del territorio nacional. Así, para obtener lotes de terreno en las irrigaciones de La Joya, de las Pampas de Ite (Tacna), de Yauca (Caraveli), de La Esperanza y en la colonización del río Napo, se exige a los compradores ser peruanos de nacimiento (D. S. 29-11-939, 13-9-41, 17-12-42).

El decreto supremo del 26 de junio de 1936 contiene una limitación al derecho de propiedad, en cuanto dispone que los extranjeros no pueden traspasar los establecimientos comerciales o industriales que poseen a otros extranjeros sino en el caso de que esos establecimientos se encontraran dentro del porcentaje determinado por el art. 10 de ese decreto.

Refiriéndose al yanaconazgo agrícola, teniendo en consideración el interés social del cultivo de la tierra puede ser perjudicado por las dificultades propias del traspaso, sustitución o renovación de los contratos, se autorizó el traspaso entre extranjeros de la misma nacionalidad, siempre que en cada caso se comprobara, con la intervención de la Dirección de Trabajo, que no había agricultores peruanos que se interesaran en el traspaso y que se dictara resolución autoritativa de la misma Dirección (63 R. I.). Aun cuando no lo aclara debidamente el dispositivo, debe entenderse que se refiere al caso en que la cuota correspondiente estuviera excedida, pues de lo contrario no habría impedimento para el traspaso a cualquier otra persona.

La Legación de China, en julio de 1936, expresó que tal medida va contra el derecho de propiedad que, según la ley peruana, concede al propietario la facultad de disponer libremente de la cosa.

En junio de 1937 y marzo de 1938, la Legación del Japón pidió que se declarara la libertad de traspasar los establecimientos comerciales e industriales, fundándose en que se trataba de un derecho adquirido, inherente, natural e integral al ejercicio de las actividades comerciales y porque la restricción decretada significaba una desvalorización de la propiedad o condenarla a la completa ruina para sus propietarios.

Las notas anteriores fueron contestadas por la Cancillería peruana en el sentido de que "como las leyes en referencia tienen el propósito de lograr el equilibrio que se persigue, ha sido absolutamente necesario reglamentar el traspaso de establecimientos en ciertas condiciones, porque es la única forma lógica de llegar, sin violencias, a la proporción de carácter general que se ha establecido por esas leyes y que el Gobierno tiene el firme empeño en conseguir".

Se desprende de esta respuesta, que la medida tiene carácter de imposición, pero desde el punto de vista jurídico, implica una restricción al ejercicio del derecho de propiedad que no se justifica.

La experiencia demuestra que la medida no ha producido los resultados apetecidos y en cambio resulta perjudicial para las actividades comerciales e industriales porque atenta contra el valor de la propiedad. En efecto, al no permitir la libre disposición de ella, obliga al industrial a continuar en el negocio contra su voluntad o a liquidarlo en condiciones que pueden ser sumamente desfavorables. De aquí que se haya burlado la regla mediante traspasos ocultos o simulados con el otorgamiento de poderes. Como por otra parte, la disposición afecta a la hacienda municipal, el Concejo Provincial de Lima viene gestionando su modificación.

Indica el Reglamento de Inmigración que no se considera traspaso el encargo de naturaleza transitoria que un extranjero que se ausenta hace a otro de su misma o de otra nacionalidad, constante de instrumento público, para que en su representación sirva o regente alguno de los establecimientos a que se refiere el artículo anterior (que es el que se ha comentado) por un período no mayor de un año.

Esa disposición implica una limitación al derecho de nombrar representantes, pues lo restringe al plazo de un año. Tratándose de ciudadanos chinos, el poder tiene validez por dos años que es el período por el cual podían ausentarse de conformidad con el Convenio de octubre de 1934.

El derecho sucesorio envuelve la transmisión de derechos y obligaciones de una persona que ha desaparecido a otra u otras que la sobreviven, con ocasión del fallecimiento de la primera.

El derecho de sucesión de los extranjeros ha sido reconocido en el Perú desde antiguo. En 1832, el Gobierno ordenó entregar al Cónsul respectivo, los bienes de un ciudadano americano que había muerto intestado en Arequipa; y entre los considerandos se declaraba "que sería de la mayor injusticia admitir a los extranjeros y despojar a sus herederos del fruto de su industria; que tampoco puede suponerse en ningún hombre la voluntad de privar a sus herederos legítimos de sus derechos y que desde luego, la justicia exigía que se entregasen esos bienes al Cónsul para que pudiesen llegar a manos de los herederos, sin que por eso se deje de garantizar los derechos que un tercero pudiera tener en los bienes como acreedor del difunto". Análoga resolución se adoptó en 1841, tratándose de un súbdito francés. No obstante estos antecedentes, el Código Civil de 1852 sometió a reciprocidad el derecho del extranjero para heredar los bienes dejados en el Perú por su causante.

Las disposiciones vigentes en el Perú, aplicables a esta materia, están contenidas en el Libro Tercero del Código Civil; en el Título XII del Tratado de Derecho Civil suscrito en Montevideo (1889), y en los Capítulos III, IV y V del Título Tercero del Código de Derecho Internacional Privado suscrito en la VI Conferencia Internacional Americana.

La sucesión es de dos clases: testada e intestada, de manera que se estudiará cada una de ellas en relación con los extranjeros, según estén o no domiciliados en el territorio nacional.

El extranjero domiciliado puede disponer por testamento de los bienes que tenga en el país, siguiendo las disposiciones de la ley peruana. Este principio general, consignado en el Código Civil (art. VIII T. P.) está de acuerdo con la norma del Código de Bustamante que remite todo lo relacionado con la sucesión testamentaria a la ley personal del causante, ley que para el extranjero domiciliado en el Perú, es la del domicilio. También coincide con las disposiciones del Tratado de Montevideo según las cuales la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios rige todo lo relativo a la sucesión testamentaria.

Tratándose del extranjero domiciliado cuyos bienes estén fuera del territorio del país, el Código Civil del 52 declaraba que podía testar de acuerdo con la ley del país donde tuviera los bienes o con la del lugar de nacimiento, si no tenían herederos forzosos en el Perú. (Semejante norma contiene el Código Civil boliviano).

El Código Civil vigente no tiene disposición expresa. Si tiene herederos peruanos o extranjeros domiciliados, es evidente que se aplicarán las normas na-

cionales. Empero si los herederos fueren extranjeros y los bienes estuvieren fuera del país no es posible presumir, salvo disposición expresa de la legislación extraña, que ésta de valor a un testamento conformado exclusivamente a una ley extranjera como resultaría la peruana. Dicha legislación distinguiría, en todo caso, la forma que si deberá satisfacer las normas peruanas de acuerdo con el principio *locus regit actum*, del contenido que deberá conformarse a la ley del lugar donde surtirá sus efectos. Y es que el legislador peruano no puede tener la pretensión de establecer reglas para objetos que están fuera de su alcance y que no pueden estar sujetos a la ley peruana tanto por razón de su ubicación cuanto de las personas a las que pertenecerán.

De igual manera, no se podría dar validez en el Perú a un testamento cuyas disposiciones fueran contrarias a las normas de su Código Civil por ser éstas de orden público interno. De ahí la salvedad de la última parte del art. VIII del Título Preliminar.

Una excepción en este punto la constituyen los argentinos, paraguayos y uruguayos para quienes rigen las reglas del Tratado de Montevideo. El extranjero de una de esas naciones que fallezca dejando bienes fuera del país puede testar conforme a la ley de situación de los bienes, aun cuando deje herederos forzosos en el Perú; ya que es esa ley la que rige la capacidad para testar, los requisitos y formas del testamento, la existencia y proporción de las legítimas, la cuota de libre disposición y, en suma, todo lo concerniente a la sucesión testamentaria. Sin embargo, establece una excepción en favor del testamento por acto público cuyo valor se reconoce cualquiera que haya sido el Estado en que fué otorgado.

Las reglas del Tratado de Montevideo presentan el inconveniente de que la persona puede no saber dónde estarán ubicados sus bienes el día que fallezca y por consiguiente, desconocer la ley que rige su capacidad para testar. Además, teniendo propiedades en diferentes países, su capacidad estará sujeta a las diferentes leyes locales.

Tratándose de testamento otorgado en el extranjero habrá que distinguir si los herederos son o no peruanos o extranjeros domiciliados.

Si el heredero es extranjero no domiciliado, entonces la validez intrínseca del testamento se rige por la ley personal del causante (C. C. VIII). Serán válidos, en consecuencia, si han sido otorgado por quien tenía capacidad para testar y cumplido con los requisitos y solemnidades que esa ley exige. Esto estaría de acuerdo con la norma que consagra el Código Bustamante. Pero si el de *cujus* era argentino, paraguayo o uruguayo tendrá el testamento que estar ceñido a las normas del Código Civil peruano, por aplicación del Tratado de Montevideo.

En cambio, si hay herederos en el Perú, sean nacionales o extranjeros domiciliados, el testamento regirá en todo aquello que no se oponga a las reglas del país. Sobre el particular, una ejecutoria de la Corte Suprema de 18 de julio de 1877, tiene declarado que es competente el juez nacional para conocer de la validez de un testamento, otorgado en el extranjero, que debe surtir sus efectos en el Perú y aun para juzgar de su legalidad en cuanto a la forma observada, según la ley extranjera.

La sucesión legal no fué legislada mayormente en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo, pues sólo se limitó a declarar que se rige por la ley del lugar de situación de los bienes. El Código de Bustamante expresa que la sucesión intestada se rige, en principio, por la ley personal del causante sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren (art. 144).

La ley peruana declara que la sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos, se rige por la ley personal del causante, pero que se aplicarán las disposiciones de la ley peruana en cuanto se trate de extranjeros domiciliados.

Cuando un extranjero fallece y en virtud de la ley del domicilio la sucesión ab intestato se abre en el Perú, los extranjeros son llamados a la sucesión de la misma manera y siguiendo iguales reglas que si se tratara de peruanos. (La misma norma contienen las legislaciones de Chile y de Colombia).

Si se trata de un extranjero no domiciliado en el Perú, se pueden presentar los casos siguientes:

1º—Que deje bienes en el Perú, pero que no figuren entre sus posibles herederos extranjeros domiciliados en el país o peruanos. En este caso se aplica la ley personal del causante, según lo prescribe el Código Civil (VIII T. P.) y los bienes serán entregados a los herederos que con justo título los reclamen. (Disposición semejante se encuentra en Argentina, Colombia y Chile).

2º—Que deje bienes en el Perú y que figuren entre sus posibles herederos peruanos o extranjeros domiciliados. La sucesión se rige por la ley personal si conforme a ella heredan en igual o mayor proporción que conforme a la ley peruana. En cambio, si conforme a esa ley debieran recibir una menor cuota o fueran excluidos de la herencia, entonces tendrán derecho a tomar de los bienes situados en el Perú lo necesario para reintegrarse de la porción que les corresponde (C. C. 659). Para ello, deberán iniciar nuevo procedimiento de declaratoria de herederos en el país.

Disposición análoga contienen los Códigos Civiles de Argentina, Colombia y Nicaragua; el de Chile se refiere sólo a los chilenos pero la jurisprudencia la ha extendido a los extranjeros domiciliados.

La regla es híbrida, pues según ella se puede aplicar tanto la ley propia como la extranjera si ésta favorece al nacional. La medida, evidentemente demuestra el deseo de beneficiar al nacional.

En Venezuela, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido adverso a la aplicación de la ley extranjera aun cuando favorezca a su nacional o al extranjero domiciliado por considerar que en materia de sucesión respecto de bienes situados en el país deben regir exclusivamente las leyes venezolanas.

Hay que recordar que si el causante es nacional de alguno de los Estados suscritores del Tratado de Derecho Civil de Montevideo, tanto en este caso como en el anterior, la sucesión se regirá por las leyes peruanas.

3º—Que no deje bienes en el Perú pero que figuren entre sus posibles herederos peruanos o extranjeros domiciliados. En este caso la ley peruana no puede influir decisivamente porque carece de medios para hacerla efectiva en el lugar de ubicación de los bienes. Se aplicará, entonces, las leyes locales o las

estipulaciones contenidas en los contratos internacionales. Igual regla hay en Colombia.

4º.—Que no deje herederos en el Perú pero si bienes y acreedores peruanos o extranjeros domiciliados. En este caso, la ley, en su deseo de proteger a los habitantes del país, declara que gozarán dichos acreedores del derecho acordado a los herederos en el caso de la segunda hipótesis, si la ley extranjera no les reconociera la preferencia que tienen conforme a la ley peruana. Esta preferencia se encuentra establecida en el Tratado de Montevideo (art. 46).

5º.—Que deje bienes en el Perú y que éstos deban pasar, conforme a su ley personal, a un Estado o institución pública extranjera. Se aplica la ley peruana a fin de evitar el conflicto de soberanía que entrañaría en que un Estado extranjero adquiriera bienes en territorio nacional.

En Brasil y Cuba no se presentan los casos que se ha comentado por cuanto en ellos la sucesión se rige por la ley nacional del causante. Sin embargo, la legislación del primer país, velando por los intereses del nacional, declara que la sucesión estará regida por la ley brasilera en favor del cónyuge nacional y de los hijos del matrimonio, siempre que no les sea más favorable el estatuto del de cujus.

En Lima, el año de 1906 se suscribió una Convención consular conforme a la cual en caso de fallecimiento de un belga en el Perú, las autoridades locales competentes lo avisarán inmediatamente al Cónsul, vice-cónsul o agente consular de ese país, a fin de que pueda ejercitar los derechos para seguridad de la herencia en caso de no existir herederos en el Perú.

Respecto del cumplimiento de las obligaciones en el Perú, hay que estudiar las contraídas por el extranjero domiciliado, por el no domiciliado y por el residente en el extranjero.

Dispone el Código Civil en su Título Preliminar que: "Ningún habitante del Perú puede eximirse de las obligaciones contraídas en la República conforme a las leyes". Por la forma absoluta como la norma está redactada, comprende tanto a los nacionales como a los extranjeros. Se justifica la disposición porque por el hecho de habitar en el país, todo individuo se somete a sus leyes y está obligado a cumplirlas y a ejecutar los contratos que bajo su imperio celebre.

Refiriéndose a la jurisdicción nacional, declara el mismo Código que los extranjeros domiciliados en el Perú, donde quiera que se hallen, pueden ser citados ante los tribunales de la República para el cumplimiento de los contratos celebrados con peruano o extranjero domiciliado en el país (C. C. T. P. XVII) y en el dispositivo siguiente agrega que el extranjero que se halle en el país, aun cuando no esté domiciliado, puede ser obligado al cumplimiento de los contratos celebrados con peruano, aun en país extranjero, sobre objetos que no estén prohibidos por las leyes de la República.

Se explican esas reglas porque así como las leyes peruanas dan al extranjero el derecho de exigir en el Perú el cumplimiento de obligaciones contraídas por peruanos, la reciprocidad exige que el peruano tenga el mismo derecho respecto del extranjero, cuando éste se encuentre en el territorio de la República. De otro modo, las leyes peruanas colocarían al extranjero en situación privilegiada. Las mismas disposiciones contiene la ley de Guatemala.

Para invocar las disposiciones anteriores, como se expresa en el art. XVIII es necesario que se trate de contratos que versen sobre objetos no prohibidos por la ley peruana, pues si así no fuera la ley no podría exigir el cumplimiento de obligaciones cuya existencia no reconoce y que reputa como nulos y no hechos.

Hay que tener presente, sin embargo, que las normas del Código Civil no están concebidas en términos impositivos, sino que acuerdan una facultad al demandante, una ventaja de la que puede renunciar, pues no afecta al orden público ni a las buenas costumbres.

También en algunos casos el extranjero que no se encuentra en el Perú puede ser demandado ante los tribunales peruanos para el cumplimiento de obligaciones. Son los contemplados en el art. XIX del Título Preliminar del Código Civil, a saber:

1º—Cuando se les exija el cumplimiento de obligaciones que hayan contraído o que deban ejecutarse en el Perú.

2º—Cuando se entable acción real concerniente a bienes ubicados en la República. Esto, de acuerdo con la disposición del mismo cuerpo de leyes, que los bienes, cualquiera que sea su clase, están regidos por la ley de su situación (VI T. P.), porque la propiedad, cualquiera que sea el propietario está regida exclusivamente por las leyes de la República (C. 31) y porque corresponde exclusivamente a los tribunales peruanos el conocimiento de los asuntos relativos a los bienes raíces situados en el territorio de la República (C. P. C. 1160). La regla concuerda con el Código Bustamante que señala como juez competente para el ejercicio de las acciones reales, el del lugar donde los bienes estén situados (arts. 324 y 325).

3º—Cuando se ha estipulado que los tribunales del Perú decidan la controversia. Es natural, porque el contrato es ley entre las partes y proceder en otra forma sería violarla. Además se supone que ha mediado consideraciones especiales destinadas a garantizar mejor sus efectos y sería contradecir la mente de éstos al obligarse, pretender que se sustraiga semejante acto de la acción de los tribunales peruanos.

Normas semejantes a las que se ha expuesto se admite en las legislaciones de Guatemala, El Salvador y Brasil.

El espíritu de unión que siempre ha reinado en América ha impulsado a procurar la codificación del Derecho Internacional. Ya desde el Congreso de Jurisconsultos reunido en Lima (1879) se proyectaron tratados sobre la materia, que no fueron ratificados.

Los esfuerzos de codificación se iniciaron en la Iª y IIª Conferencias Internacionales Americanas. En ésta, (reunida en 1902) se aprobó una Convención según la cual se nombraría una Comisión integrada por cinco jurisconsultos de América y dos de Europa de reconocida reputación, para que organizaran un Código de Derecho Internacional Público y otro de Derecho Internacional Privado, que rigieran las relaciones entre las Naciones de América, mas el acuerdo no tuvo realización por falta de número suficiente de ratificaciones.

En 1906, la III Conferencia Panamericana acordó la creación de una Junta Internacional de Jurisconsultos compuesta por un representante de cada Estado signatario para redactar los respectivos proyectos de Código. La Junta que debía instalarse en 1907, sólo se organizó y reunió en 1912 y sus deliberaciones fueron interrumpidas por la guerra europea.

La V Conferencia Internacional Americana resolvió dar actualidad a la Junta y acordó, asimismo, designar una Comisión de estudio de Derecho Civil Comparado de todos los pueblos de América para contribuir a la formación del Código de Derecho Internacional Privado. En ese estudio se comprendería, también, los Derechos Comercial, de Minería, de Procedimientos Civiles y aun Penal.

La Comisión se reunió en 1927 y en ella se aprobó un Código de Derecho Internacional Privado, redactado por el Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, que mereció, también, la aprobación de la VI Conferencia Internacional Americana, la que acordó, asimismo, darle el nombre de Código Bustamante. Este Código legisla sobre Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Penal y Derecho Procesal Internacional. El Código fué acogido por casi todos los países de América, aun cuando la mayoría formuló observaciones que le hacen perder su carácter universal en América. Tiene el defecto de que en su deseo de armonizar las diversas legislaciones, adoptó en determinadas materias un carácter, se podría decir, transaccional con perjuicio de esa unidad que debe existir en un Código. Sin embargo tiene el mérito de constituir un apreciable esfuerzo en el deseo de unificar la legislación americana.

La VI Conferencia Internacional Americana no se limitó a aprobar el Código Bustamante sino que adoptó un acuerdo para la codificación del Derecho Internacional. Se organizaron tres Comités Permanentes en Río de Janeiro (Derecho Internacional Público), Montevideo (Derecho Internacional Privado) y La Habana (estudios de Legislación Comparada y unificación de legislaciones). Dichos Comités deberían presentar relaciones de las materias que están en condiciones de codificarse, materias susceptibles de codificación por predominar en la mayoría de los gobiernos; y materias que no pueden ser objeto de codificación inmediata. Presentados los estudios, los Gobiernos podrían acordar reuniones de Jurisconsultos o incluirlos en las próximas Conferencias Internacionales Americanas.

Los Comités en referencia fueron restablecidos por la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, que señaló asimismo la forma de trabajo para llegar a la codificación del Derecho Internacional: Comités Nacionales harían los estudios doctrinarios de las materias codificables y sus resultados los remitirían a Comités Permanentes de Codificación. Estos elaborarían proyectos

de convenciones y resoluciones que elevarían al Comité de Expertos de Washington, el que con un informe detallado los sometería a la Unión Panamericana a fin de que solicitara la opinión de los Gobiernos y con ella se procedería a discutirlos en Conferencias Internacionales de Jurisconsultos Americanos.

Parece que la iniciativa no prosperó y en la VII Conferencia Internacional Americana, al considerarse que la codificación del Derecho Internacional debía ser gradual y progresiva y que para obtener resultados efectivos debía buscarse la conjunción de los puntos de vista jurídico y político, se resolvió mantener la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos creada en la III Conferencia Internacional Americana, con la misión de realizar la codificación gradual y progresiva del Derecho Internacional.

También en esta oportunidad se esbozó un plan de trabajo análogo al aprobado en la Conferencia de Consolidación de la Paz. El Comité de Expertos organizaría con carácter preparatorio la obra de codificación, procediendo al examen de los problemas de Derecho Internacional y formaría cuadros de materias susceptibles de codificación, respecto de las cuales formularía cuestionarios que sometería a las Comisiones Nacionales. Con las contestaciones de éstas el Consejo Directivo de la Unión Panamericana reuniría la Comisión de Expertos para que, previo estudio de las respuestas, precisara las materias codificables respecto de las cuales formularía bases concretas para su discusión en Conferencias Internacionales de Jurisconsultos Americanos.

Pero el problema, en su aspecto más interesante, en la tendencia a la unificación (no ya a la simple codificación) del Derecho Civil en América se ha planteado en las dos últimas Conferencias Internacionales Americanas.

Se inició con el voto aprobado en la Conferencia de Río Janeiro invitando a las naciones americanas a emprender el estudio comparado del Código Civil Brasileiro con sus respectivos Códigos Civiles, al efecto de que en la siguiente Conferencia Internacional Americana se estuviera en aptitud de enviar esos trabajos a una comisión de juristas que emprendiera la obra del Código Civil Americano único.

En el informe que sobre el particular emitiera la Comisión Peruana a la VIII Conferencia Internacional Americana se señala el programa de labores, que comprendería los siguientes puntos esenciales: método a adoptar en cuanto a la división y ordenación de las materias del Código; unificación de la terminología legal; simplificación de la redacción del Código para darle las máximas condiciones de claridad y sencillez; y enumeración, en capítulo especial, de aquellas materias que por no haber sido posible reducirlas a uniformidad, quedasen fuera del dominio del Código Único y libradas, temporalmente, a la legislación particular de cada país.

De acuerdo con el mencionado informe, la Conferencia resolvió la creación de un Comité de Información para la unificación del Derecho Civil Americano, integrado por jurisconsultos de cada país afiliado a la Unión Panamericana y encargado de acopiar los datos necesarios; y un Comité de Coordinación y Redacción del Código Civil Americano, encargado de examinar los trabajos del anterior, coordinar sus conclusiones y redactar un proyecto del Código Continen-

tal. Este Comité estaría dividido en dos Subcomités y éstos en Secciones encargadas de estudiar cada una de las partes del Derecho Civil.

La resolución de la Conferencia de Lima no han podido ser llevados a la práctica, por cuanto el conflicto mundial que surgiera en 1939 paralizó todos los estudios sobre tan importante materia.

Cabe preguntarse si, efectivamente, podrá llegarse a la confección del Código Civil Americano único. Causas de orden sociológico y político, además de diferencias sustanciales y formales que existen entre las legislaciones de Estados Unidos y de las Repúblicas ibero-americanas, constituyen un obstáculo que será difícil superar.

Pero si se limita el aspecto a los países de Centro y Sur América, como hacia presente la Comisión Peruana a la VIII Conferencia Internacional Americana, en el informe que sobre el particular emitiera, existe bases efectivas para cristalizar ese anhelo. En efecto, al lado de la unidad geográfica, se tiene los antecedentes de tradición racial, sentimental y política, más pronunciados en Sudamérica, que dan a estos países una similar semblanza que se manifiesta, también, en el aspecto jurídico.

Pero a estas bases doctrinarias, cabe agregar el aspecto de la legislación positiva. Aprovechando de la importante obra del Dr. Aparicio Gómez Sánchez, se puede hacer la comparación de las disposiciones del Código Civil Peruano con las contenidas en los Códigos de los países suramericanos. De ese estudio se llega a la conclusión que las reglas de Derecho Civil son semejantes, si no iguales, en esta sección del Continente.

Como hacer mención a todos los artículos que ofrecen igualdad, muchas veces hasta gramatical, o semejanza resultaría extenso y lo que más interesa es conocer las diferencias que se observa en las legislaciones, se prefiere aquí anotar éstas en las partes del Código que se ha estudiado en lo principal de este tema, incluyendo, además, la patria potestad, tutela y curatela.

Las reglas que determinan el estado y capacidad de las personas constituyen una de las mayores dificultades para la unificación del Derecho Civil. Ya se ha expresado que la mayoría de las legislaciones no admiten que sus nacionales no puedan estar regidos en esta materia sino por sus propias normas; y que la edad en que se alcanza la mayoría y consiguientemente la capacidad civil difiere en varias Repúblicas. Como estas reglas son de orden público interno, no será fácil reducirlas a uniformidad.

Con relación al domicilio, se ha visto en el acápite pertinente de este trabajo, que las disposiciones que lo rigen son semejantes en América. Tan sólo parece que en Argentina y Venezuela no se admite la pluralidad de domicilios.

Tratándose del matrimonio, el requisito de la edad varía en Argentina y Brasil donde no pueden contraerlo los varones menores de 12 y 16 años y las mujeres menores de 14 y 18, respectivamente. Si bien la ley peruana exige las edades de 21 y 18 años, faculta al juez para autorizar, por causas graves, el matrimonio de los varones de 16 años y mujeres de 14. El impedimento de la enfermedad crónica contagiosa transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole, no lo consignan los países citados anteriormente, Chile ni Ecuador. La prohibición de contraer matrimonio los colaterales por consan-

guinidad que en el Perú es hasta el tercer grado (dispensable éste por el juez), en Bolivia se limita al segundo grado, lo mismo que en Chile; y la del raptor con la raptada se encuentra sólo en Brasil de donde lo tomó la legislación peruana.

Los plazos para pedir la nulidad del matrimonio cuando se celebró sin la intervención de funcionario competente y cuando el cónyuge atacado de enfermedad mental ha recobrado la plenitud de sus facultades, varían en Brasil a dos años y seis meses, en lugar del año que señala el Código peruano.

Durante la sociedad conyugal, la mujer casada no puede en Brasil disponer de sus bienes inmuebles sin autorización de su marido; en el Perú conserva la administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos. Respecto de la terminación de la sociedad de gananciales, no se menciona como causales para ello, en Argentina y Brasil, el divorcio y la declaración de ausencia.

Finalmente, hay que indicar que no se consigna en las legislaciones extranjeras la contribución de la mujer con sus bienes reservados a levantar las cargas del matrimonio.

La institución del divorcio es otra valla para la redacción del Código Civil Americano único. Ya se ha manifestado que el vínculo matrimonial es indisoluble en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela, de manera que en esos países se limita el divorcio a la separación de cuerpos.

Las causales para el divorcio (relativo o absoluto) son semejantes respecto de las cinco primeras que señala el Código peruano en su art. 247; las demás no se mencionan en las leyes argentina y brasilera excepto el mutuo disenso que reconoce la última. El abandono del domicilio conyugal para que sea motivo de divorcio debe durar un año en Bolivia y tres en Chile.

La acción del divorcio en cuanto a los cónyuges, son similares en América, salvo la posibilidad de contraer nuevas nupcias que no se permite en Argentina y Chile; y en Ecuador sólo después de diez años de disuelto el vínculo anterior o de dos años si el divorcio fué por mutuo disenso. Respecto de los hijos, los menores de cinco años quedan en poder de la madre, los mayores se entregan al más a propósito para atender su educación. En Chile, los menores de diez años permanecen con la madre, los mayores con el padre, salvo que la depravación de ellos aconseje lo contrario.

La separación por mutuo disenso se transforma en divorcio a los tres años en Bolivia. En el Perú, es a los dos años.

La facultad que confieren los artículos 286 y 287 del Código Civil peruano al cónyuge demandante para variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación y al juez para declarar la simple separación y no el divorcio pedido, no tiene igual en la legislación consultada.

La comparación de las reglas sobre patria potestad indica: Mientras en el Perú se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio, aunque prevaleciendo la opinión del primero en caso de disentimiento, en Argentina y Brasil se ejerce por el padre y sólo en su defecto por la madre. La obligación del cónyuge que ejerza la patria potestad, después de disuelto el matrimonio, de hacer

inventario general de los bienes de los hijos, en Chile tiene efecto cuando contraiga nuevo matrimonio.

En el ejercicio de la patria potestad, los padres tienen la administración de los bienes de los hijos, pero no pueden gravarlos, enajenarlos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración. Los actos practicados en infracción de esa regla, son unlos y no producen efecto legal alguno en Argentina; en los otros países se puede demandar la nulidad de esos actos. El plazo para ejercitar la acción que es de dos años en el Perú, se reduce a uno en Brasil.

Por contraer nuevo matrimonio se pierde en Argentina la patria potestad; mientras que en el Perú sólo tiene influencia en cuanto a la administración de los bienes de los hijos del matrimonio anterior la que para continuar requiere el consentimiento del consejo de familia.

Las causales por las que se acaba la patria potestad están señaladas en forma más amplia en el Código chileno.

Disposiciones de la ley peruana que no contienen otros Códigos son las siguientes: la prohibición de transmitir y la facultad de renunciar el usufructo; las que se refieren a las formas de invertir el dinero de los hijos y de rendir las cuentas por el padre; y la cesación de la administración de los bienes de los hijos por la declaración de quiebra.

Hay que tener presente, además, que el Código chileno se refiere a los derechos del padre y no estima la patria potestad también como una obligación.

Han servido de fuente a nuestro Código en materia de tutela, las disposiciones que rigen en Argentina y Brasil, de manera que las normas son semejantes, cuando no iguales. Solo hay que indicar que en Brasil y Chile las mujeres y los que no saben leer y escribir son inhábiles para ejercer el cargo de tutor, mientras que en el Perú son causales de excusa. La edad para excusarse es de 65 años en Brasil (60 en el Perú); y el número de hijos, para el mismo fin, es de 5 en Brasil y Chile, mientras que es de 4 en el Perú.

Las obligaciones del tutor de invertir el dinero del menor en inmuebles o cédulas hipotecarias, es potestativa en Chile.

Las reglas relacionadas con la adquisición de obligaciones por parte del menor, a las que se refieren los artículos 511 al 518 del Código peruano, no se encuentran en la legislación de los demás países.

Las disposiciones sobre tutela legítima, varían en Argentina y Brasil.

Respecto de las personas sujetas a curatela no figuran en las legislaciones suramericanas: los ebrios los que incurren en mala gestión y los que sufren interdicción civil. La curatela de los pródigos no se encuentra en Argentina y Colombia.

Al tratar de la sucesión, se seguirá el orden que señala el Código peruano indicando, como se ha expresado ya, tan solo las diferencias que se observa con otras legislaciones.

La responsabilidad del heredero por las deudas y cargas de la herencia, que en el Perú es hasta donde alcancen los bienes de ésta, para que tenga el mismo límite, se requiere en Chile la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. En Argentina, la responsabilidad del heredero trasciende a los bienes propios.

El plazo para reivindicar y purgar la herencia varían en los distintos países. También varía en Argentina, Brasil y Chile el plazo para renunciarla.

Pueden testar en Brasil los mayores de 16 (18 años que exige en el Perú); la ley chilena se limita a declarar que no pueden hacerlo los impúberes.

La misma ley chilena señala los requisitos del testamento en forma más detallada, pero sin que sean opuestos a los que exige la legislación peruana. Respecto de sus solemnidades, en Brasil son 5 los testigos que deben intervenir; y en Chile no es necesaria la presencia del escribano si en lugar de 3 hay 5 testigos, de los que es suficiente que sepan leer y escribir 3 de ellos. Brasil y Chile señalan capacidad especial para ser testigos, que se adquiere a los 16 y 18 años.

Las disposiciones sobre testamento ológrafo se encuentran solo en Argentina y Bolivia.

La validez del testamento marítimo es hasta los 90 días posteriores a la llegada del testador en Argentina, Brasil y Chile, mientras que en el Perú se limita a 30 días.

Las legítimas y la cuota de libre disposición varían en Argentina, Brasil y Chile; y en cuanto a las mejoras, en Chile se reserva para ello parte de la herencia, mientras que en Argentina sólo pueden hacerse con la cuota de libre disposición.

Las incapacidades para heredar y las causales de desheredación no coinciden con las de Argentina, Brasil y Chile. La contradicción de la desheredación, en Brasil se puede formular durante los 4 años posteriores a la apertura de la sucesión o a la cesación de la incapacidad si la persona no podía ejercer sus derechos en aquel momento, agrega la legislación chilena.

El legado de la cosa ajena es nulo en Brasil, pero si viniera a poder del testador, vale la estipulación.

Para el albaceazgo se requiere en Argentina que la persona sea capaz de obligarse al tiempo de ejercerlo, aunque no lo fuera al ser nombrada; mientras que en Chile se declara que no puede ser albacea el menor, aun habilitado. Designado, en este país, al albacea, el juez a pedido de los interesados puede señalar un plazo para que comparezca a ejercer el cargo o excusarse. Entre las causas que ponen fin a la institución figura en Argentina la destitución o dimisión. En Brasil el albaceazgo termina al año, plazo en que debe ejecutarse el testamento.

Respecto de la revocación de testamentos, en Argentina el posterior anula en todas sus partes al primero, mientras que en el Perú quedan vigentes las es-

tipulaciones que no se opongan y no estén expresamente derogadas, si el segundo no revocó totalmente el testamento anterior.

En la sucesión legal hay discrepancia notable con las legislaciones colombiana y chilena. En estos países se distingue la filiación legítima de la natural, aun en la herencia de los colaterales. Cuando hay descendencia legítima, los hijos naturales no heredan; si no hay, concurren con los otros herederos legítimos. La herencia de los colaterales alcanza al décimo grado en Colombia.

En materia de sucesión, no se encuentra en los Códigos extranjeros las disposiciones que siguen:

La que excluye de la herencia de un hombre casado al hijo de su mujer a quien reconoció por suyo persona distinta del marido, sin que éste lo hubiera legado en los casos permitidos por la ley, y cuyo hijo no hubiese impugnado judicialmente el reconocimiento hecho a su favor y obtenido éxito en el juicio;

El derecho que se acuerda a los acreedores peruanos o extranjeros domiciliados de hacer efectivos sus créditos sobre los bienes situados en el territorio cuando la ley extranjera no les reconozca la preferencia que tienen conforme a la peruana (aunque esta disposición vale para los países suscritores del Tratado de Montevideo);

La caducidad del legado en casos de divorcio o separación.

La contenida en el art. 728, según la cual "Distribuida en legados toda la herencia, si el heredero instituido no ha sido favorecido con ningún legado tiene derecho a la cuarta parte de la herencia que se deducirá a prorrata de los legados. Si el heredero ha sido favorecido con una suma o bien que valga menos de la cuarta parte, sólo tiene derecho a que se le complete en dinero dicha parte; y la que estatuye que "si el testador dispone de bienes para que se inviertan en fines de beneficencia, obras públicas u otros análogos, y no designa persona para que se encargue de realizarlos o si la persona designada faltare, la ejecución del encargo incumbe a la institución oficial a quien correspondan estos servicios, según su naturaleza".

De las diferencias que se han puesto de manifiesto es evidente que las que se refieren al estado y capacidad de las personas y a la disolución total del vínculo matrimonial, son las únicas que obstaculizarían la redacción del Código Civil Americano.

Las demás, exceptuando el caso de la filiación legítima e ilegítima para la sucesión que se encuentra en Colombia y Chile, son diferencias que con algún esfuerzo podrían salvarse, pues no se refieren a la esencia misma de las instituciones.

EL EXTRANJERO ANTE LOS TRIBUNALES

Facultad de los extranjeros para acudir ante los tribunales de justicia. — Competencia de los Tribunales: factores que la determinan. — Normas para la sustanciación de los juicios: formas decisorias y ordenatorias. — Aplicación de la ley extranjera. — Documentos públicos y privados. — Restricción a los extranjeros para usar el procedimiento para la inscripción de partidas de nacimiento. — Exención de jurisdicción: Jefes de Estado, agentes diplomáticos y consulares. — Conclusión.

La facultad de los extranjeros para acudir a los tribunales de justicia debe considerarse de derecho común. Para la administración de justicia, lo que menos interesa al juez es la nacionalidad de los litigantes. Este principio ha sido reconocido por el Instituto de Derecho Internacional, que, en su sesión de Zurich (1877) adoptó la siguiente resolución: "El extranjero será admitido a demandar ante los tribunales en las mismas condiciones que el regnicola". Y es que la asimilación de los extranjeros al nacional para la adquisición y goce de los derechos civiles requiere, necesariamente, su igualdad desde el punto de vista de la competencia judicial.

Tienen referencia especial sobre el particular, las Constituciones de los siguientes países: Colombia para declarar que las acciones que ejerciten los extranjeros residentes en Colombia serán amparadas por los mismos jueces y tribunales que amparen las de sus nacionales; Cuba, que equipara a extranjeros y nacionales en la sumisión a la jurisdicción y resoluciones de los tribunales de la República; Costa Rica, que reconoce la facultad del extranjero para acudir ante los tribunales, debiendo "hacersele justicia pronta, cumplidamente y sin negación..." y Guatemala para consagrar el libre acceso ante los tribunales del país para todos los habitantes de la República. Semejante principio contiene, también, la ley de extranjería de El Salvador.

La legislación peruana no establece diferencias entre nacionales y extranjeros para los efectos de comparecer en juicio, como demandante o demandado, pues para ello sólo exige estar en ejercicio de los derechos civiles (C. P. C. 1). Disposición igual es la que contiene el mismo cuerpo de leyes chileno.

Consagrando esta igualdad, el Código Bustamante declara: "Ningún Estado contratante organizará ni mantendrá en su territorio tribunales especiales para los miembros de los demás Estados contratantes". "La competencia *ratione materiae* y *ratione personae* en el orden de las relaciones internacionales no debe basarse por los Estados contratantes en la condición de nacional o de extranjero de las personas interesadas en perjuicio de éstas" (arts. 315 y 317).

Pero el legislador peruano no solamente no ha hecho distinción alguna entre nacionales y extranjeros para ocurrir ante los Tribunales, sino que, en su deseo que la justicia tenga su más amplia aplicación, les iguala en cuanto a la concesión del beneficio de pobreza. Este principio, que se encuentra reconocido por el Instituto de Derecho Internacional desde su sesión de La Haya

(1894), está consignado en el Tratado de Derecho Internacional Privado, que en su artículo 382 dispone que los nacionales de cada Estado contratante gozarán en cada uno de los otros, del beneficio de defensa por pobre, en las mismas condiciones que los naturales. La misma regla se encuentra en el Código de Procedimientos chileno, mientras que los de Guatemala y El Salvador lo refieren a la reciprocidad.

Contra la igualdad para la administración de justicia se ha levantado tradicionalmente diversos obstáculos, como la exigencia a los extranjeros de diversos requisitos como la cautio judicatum solvi, los embargos preventivos cuando el demandante es extranjero y la carga de la prueba.

Ha querido romper con esas trabas el Código Bustamante al disponer que no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio; ni se autorizarán embargos preventivos por su sola condición de extranjeros; ni impondrán la cautio judicatum solvi o el onus probandi en los casos en que no se exijan a sus propios nacionales (arts. 383 y 386).

La cautio judicatum solvi, por la cual el demandado tiene derecho de exigir, antes de discutir la materia del juicio, que el demandante extranjero garantice las costas del procedimiento para el caso que fuera condenado a su pago, sólo ha figurado en la legislación peruana para un caso especial. El Código de Enjuiciamientos Civiles disponía que "cuando el extranjero era transeunte o no tenía bienes conocidos, podía ser obligado a dar fianza de resultas, en el juicio en que fuera actor, mas esa disposición sólo tenía por objeto ofrecer una garantía necesaria al litigante y no operaba de oficio.

En la legislación vigente no existe ninguna de las restricciones a que se ha hecho referencia; de manera que la referencia a las disposiciones del Código Bustamante resultan innecesarias en el Perú acerca de esta materia.

De las leyes extranjeras vistas, la brasilera exige esta fianza a los demandantes extranjeros transeuntes o que se ausenten, si no tuvieran ahí bienes inmuebles que aseguren el pago de las costas y si así lo pidiera el demandado. En la ley de extranjería de Guatemala (vigente en 1920) estaba establecida la caución, menos para asuntos comerciales.

En cuanto a la competencia de los tribunales para conocer de los litigios en que intervengan extranjeros, cabe distinguir aquellos asuntos cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a los tribunales peruanos de aquellos que son susceptibles de someterse a jurisdicción extranjera.

Respecto de los primeros, de acuerdo con el art. 1158 del C. P. C., los asuntos relacionados con la condición civil, la capacidad personal y con las relaciones de familia de extranjeros domiciliados en el Perú deben ser conocidos por los tribunales del país.

Y el mismo Código, en el art. 1160 declara que: "Corresponde exclusivamente a los tribunales peruanos el conocimiento de los asuntos relativos: 1º a los bienes raíces, situados en el territorio de la República". Ya se ha indicado la relación que guarda esta disposición con las normas del Código Civil y de la Constitución. La sumisión de estos asuntos a tribunal extranjero implicaría renuncia del fuero nacional que es imposible por recaer sobre una manifestación de la soberanía nacional. Recíprocamente, ejecutorias de 4 de diciembre de 1871 y de 2 de mayo de 1931 han declarado la incompetencia de los tribunales peruanos para conocer de acciones reales sobre bienes raíces situados en el extranjero; 2º a buques con bandera del Perú; 3º a acciones civiles derivadas de delito o faltas perpetradas en la República; y 4º a sucesión de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú, siempre que existan en la República peruanos o extranjeros domiciliados con derecho a la herencia, o haya de corresponder ésta a la Beneficencia o al Fisco.

Fuera de los casos anteriores, en que es obligatoria la concurrencia ante los tribunales peruanos, hay diversos factores que determinan la competencia judicial. Tales son: la nacionalidad de los litigantes, el domicilio, la naturaleza de la acción, la voluntad de las partes y la situación de la cosa, objeto del juicio.

Numerosos autores han sostenido que para que los jueces puedan conocer de un asunto es necesario que una de las partes pertenezca al país del juez, debiendo éste eximirse de oficio si los litigantes son extranjeros. Correlativamente, los jueces deben reivindicar la facultad de conocer aquellos pleitos en que interviene un nacional. Esta tesis ha sido sostenida por la jurisprudencia francesa que ha resuelto que "las partes extranjeras sin duda podrían, en este caso, consentir en litigar ante los tribunales franceses, pero este consentimiento no podría obligar a los jueces, que permanecerán libres para retener el asunto o declararse incompetentes de oficio" (Asser).

Si bien en el Perú los jueces no pueden inhibirse de conocer un asunto en vista de la nacionalidad de las partes, en cambio ella sirve para declarar la jurisdicción nacional a efecto de demandar ante los tribunales del país al extranjero que se encuentre en el Perú, aunque no tenga su domicilio, para el cumplimiento de contrato celebrado con peruano. (El Código del Brasil dispone que se puede demandar en el país el cumplimiento de obligaciones contraídas entre brasileiros en el extranjero).

El domicilio es determinante de la competencia judicial, a tenor del art. 56 del Tratado de Derecho Procesal Civil de Montevideo, en las acciones de carácter personal. En la legislación interna del Perú, el domicilio del demandado señala al juez competente (C. P. C. 44) y específicamente se le designa para los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio, alimentos y en el procedimiento para declaratoria de herederos.

La competencia de los tribunales determinada por la naturaleza de la acción, se encuentra en los pactos multilaterales que se ha venido citando y en la legislación interna.

La ubicación de los bienes determina la competencia de los jueces cuando se trata de acciones reales y mixtas (Tratado de Montevideo, Código de Bustamante). Para los efectos de la jurisdicción internacional, ya se ha indicado que sólo a los tribunales peruanos corresponde el conocimiento de los asuntos relativos a bienes raíces situados en el territorio de la República. Y dentro de ésta, también tiene aplicación el principio.

Consecuencia natural del contrato es que los juicios relacionados con su cumplimiento se ventile ante el juez del lugar de ejecución. La regla se haya consignada en el Código Civil (T. P. XIX).

En principio, es natural que sean las partes quienes escojan al juez que deba resolver sus conflictos. (Así lo reconoce el C. P. C. para la legislación interna).

Respecto de la legislación internacional, tratándose de obligaciones contraídas por personas residentes en el extranjero, se reconoce la voluntad de las partes para los efectos de declarar la jurisdicción nacional (C. C. T. P. XIX). Sin embargo, la jurisprudencia peruana ha desconocido esta libertad de las partes de escoger tribunal, al declarar la competencia de los jueces nacionales para conocer de los contratos celebrados en el extranjero sobre prestación de servicios en el territorio de la República, aun cuando se hubiese estipulado lo contrario; y de los contratos celebrados en el país entre extranjeros domiciliados o residentes, aun cuando exista cláusula de sumisión de la controversia a un tribunal extranjero (13-8-932).

La declaración de voluntad de las partes como determinante de la competencia judicial, ha sido adoptada por el Código Bustamante como regla primera, pero condicionada a que una de las partes sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local.

Admitida la competencia de un tribunal, cabe averiguar qué normas debe aplicar para la sustanciación del juicio.

En general se ha distinguido las formas decisorias y las ordenatorias. Las primeras se determinan con arreglo a la ley que rige la relación jurídica. La admisión de los medios de prueba y su fuerza probatoria se determinan por la ley del lugar donde se realizó el acto o hecho que se trata de probar.

En cambio, las formas ordenatorias, es decir aquellas que comprenden los modos de emplazamiento, de comparecer, de admitir las pruebas, de sentenciar, los recursos concedidos a las partes, la forma y plazo para presentarlos, constituyen la reglamentación del orden que debe seguir el Tribunal en el curso del litigio y necesariamente debe regirse por la *lex fori*. Así lo tiene reconocido el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Zurich.

Són diversos los fundamentos que se han dado para fundamentar la aplicación territorial de estas leyes: el hecho mismo de ser la administración de justicia uno de los poderes del Estado; por estar ligada la ley del procedimiento a la organización judicial del país; porque de otro modo se originaría desigualdades entre las partes si son de diversa nacionalidad; por estar vinculada a la in-

dependencia de las naciones y por estar hechas no para los interesados sino para que tenga el juez elementos necesarios para fundamentar su decisión.

Aun cuando cada uno de estos fundamentos tienen algo de verdad, lo cierto es que por sí solos no justificarían la aplicación del principio de la *lex fori*. Desde 1877 el Instituto de Derecho Internacional había declarado que las formas ordenatorias del procedimiento, desde la citación y emplazamiento hasta la caducidad de la instancia deben someterse a la ley del lugar en que el litigio se entable.

Al lado de especulaciones teóricas, hay expresiones positivas sobre esta materia. El Tratado de Montevideo declara que "los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan". Y semejante norma se encuentra en el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros, suscrito en el Congreso Bolivariano.

La jurisprudencia peruana tiene establecido que las formas sustanciales del procedimiento judicial son de orden público; no pueden por tanto las partes someter, contractualmente, la acción judicial al procedimiento que crean conveniente y es nula ipso jure la estipulación sobre renuncia de las formas judiciales.

Se ha dicho que en la sustanciación de los juicios el juez debe contemplar la relación jurídica de acuerdo con la ley que le dió origen. Por consiguiente, tratándose de actos celebrados en el extranjero, al conocer de ellos, los jueces deberán aplicar la ley extranjera.

Sin embargo, la admisión de esa ley no puede hacerse de manera irrestricta. El derecho que se discute puede haber nacido bajo el amparo de una norma legal extranjera que no guarde armonía con la organización jurídica del país. De ahí que el Código Civil, coincidiendo con la estipulación del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo, declare que no son aplicables las leyes extranjeras cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres (T. P. X). Restricciones semejantes se encuentran en las legislaciones civiles de Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela; la de Brasil les niega valor, además, cuando ofenden la soberanía nacional. En Argentina, las limitaciones para la aplicación de la ley extranjera son mayores.

Admitida la aplicación de la norma ajena, expresa el Código que: "Las partes pueden ofrecer las pruebas que crean oportunas para demostrar la existencia y sentido de la ley, pero si la actuación de ellas corresponde al juez, éste puede negar o restringir los medios que no considere idóneos (T. P. XI).

Tratándose de las leyes de los países para con los cuales rige el Código Bustamante, la prueba de la ley puede estar constituida por una certificación legalizada de dos abogados en ejercicio en el país cuya legislación se trate.

Si el juez estimare insuficiente la prueba presentada por los interesados, puede solicitar del Poder Ejecutivo que, por la vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido (C. C. T. P. XII; C. B. 410).

Tratándose de leyes de Argentina, Paraguay y Uruguay, su aplicación debe ser hecha de oficio por el juez de la causa, para lo cual los Gobiernos están obligados a transmitirse sus respectivas leyes. También el Código de Derecho Internacional Privado contempla esta aplicación de oficio de la ley extranjera, en su art. 401.

En Argentina, la aplicación de la ley extranjera se hace solamente a pedido de parte, la que deberá probar su existencia, salvo que se trate de leyes obligatorias en esa República en virtud de algún tratado o de ley especial.

El Código de Procedimientos Civiles peruano, al ocuparse de la prueba declara que merecen fe los instrumentos públicos otorgados en país extranjero con las formalidades del lugar donde se extendieron, si están legalizados (403). Y la jurisprudencia ha establecido que su eficacia no puede ser objetada legalmente por no estar extendidos con los requisitos que la ley peruana exige para los instrumentos de su clase.

Si el documento tiene para la ley peruana el carácter de privado, el interesado deberá probar su calificación de auténtico por la ley del país en que se extendió, sin que el juez nacional pueda actuar de oficio en ello.

En el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo y en el Acuerdo sobre ejecución de actos extranjeros aprobado en el Congreso Bolivariano, se puede encontrar disposiciones semejantes.

El Código de Bustamante dispone en su art. 402 que: "Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes: 1º que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza; 2º que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal; 3º que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos; y 4º que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea".

Los documentos privados pueden otorgarse en cualquier forma e idioma, salvo disposición contraria de la ley (C. P. C. 410); pero no tienen pleno valor por sí mismos. Tanto los documentos públicos como los privados, al ser presentados en juicio como medio de prueba, deben acompañarse de su respectiva traducción, cuando hubieren sido extendido en idioma extranjero.

En cuanto a los procedimientos legislados por el Código respectivo, tan sólo uno de ellos se ha restringido a los extranjeros: el relativo a la inscripción de partidas de nacimiento.

Considerando que con motivo del decreto supremo de 26 de junio de 1936 que estableció limitaciones a las actividades de los extranjeros, varios centenares de estos solicitaron ante los Juzgados de Primera Instancia la inscripción de sus hijos en el Registro Civil como nacidos en el Perú, alegando que esa inscripción no fué hecha oportunamente, se dictó la ley Nº 8526 del 20 de abril

de 1937 que, fundándose en la obligación de efectuar la inscripción dentro del octavo día del nacimiento (C. C. 33) y en que las resoluciones del procedimiento pueden ser contradichas en el plazo de seis meses (C. P. C. 1083 y 1084), ordenó la suspensión de los procedimientos de inscripción de partidas de nacimiento de hijos de extranjeros domiciliados en el Perú, cuando se trate de nacimientos ocurridos antes del 26 de junio de 1936 y la anulación de las partidas extendidas ante los Concejos Municipales a mérito de resoluciones judiciales posteriores a esa fecha. Declaró, asimismo, la ley la validez de las inscripciones que se efectúen dentro del plazo señalado por el Código Civil.

La ley se refiere sólo al caso en que padre y madre sean extranjeros, pues si uno de ellos es peruano entonces no hay problema, por aplicación del art. 4º de la Constitución.

Por lo demás no debe tomarse en su sentido literal y negar la posibilidad de la inscripción del hijo de extranjeros por no haber sido hecha en el término de ley. La finalidad perseguida por el legislador es evitar que se inscriban como nacidos en el Perú hijos de extranjeros para burlar las medidas protectoras dictadas en favor de los nacionales, por esto será inaplicable en aquellos casos en que se acredite que el menor realmente hubiera nacido en el país. Así lo ha establecido una ejecutoria de la Corte Suprema de 10 de mayo de 1946 que autorizó la inscripción del nacimiento de dos menores, hijos de extranjeros que contrajeron matrimonio en el territorio nacional, conservando su domicilio en él.

Un principio básico para la administración de justicia, consagrado por la práctica judicial e internacional es que no se puede actuar de igual a igual de soberano a soberano. Y es que para la administración de justicia se requiere que haya dependencia jurisdiccional, en virtud de la cual el que falla está, por obra de la ley, sobre aquel que se somete a sus resoluciones.

Siendo pues los Estados iguales ante el Derecho y estando asimilado el Jefe de ellos al Estado mismo, cuando llega oficialmente al territorio peruano un Jefe de Estado extranjero, se le considera exento de todas sus leyes. La misma franquicia se extiende a los miembros de su familia que le acompañan en el viaje y a las personas de su séquito, que le sirven y auxilian en su misión. Estas normas se hallan consignadas en el Código Bustamante y en el Tratado de Montevideo.

Otra de las excepciones más antiguas a la jurisdicción de los Tribunales, es la de los funcionarios diplomáticos. Se funda no sólo en la tesis anterior de la igualdad de los Estados, a los que representan, sino en la necesidad de mantenerlos libres de toda influencia local a fin de que puedan cumplir debidamente su función. Ese privilegio se extiende al personal de la misión, siempre que tenga ciudadanía extranjera y a la familia de dichos funcionarios diplomáticos que vivan en su compañía. La inmunidad comienza desde que penetra en el territorio de la República y termina cuando lo abandona, aunque haya cesado antes en su cargo, salvo que continúe residiendo en el país con carácter de particular.

La VI Conferencia Internacional Americana declaró que "los funcionarios diplomáticos están exentos de toda jurisdicción civil o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo salvo el caso en que debidamente autorizados por su Gobierno renuncian a la inmunidad, ser procesados y juzgados sino por los tribunales de su Estado.

La exención a que se hace referencia había sido reconocida ampliamente en las codificaciones americanas, desde el Tratado de Montevideo. Y está consagrada en el Perú por la resolución suprema del 16 de octubre de 1843, indirectamente confirmada por la de 21 de febrero de 1891; por el art. 81 del decreto supremo del 19 de abril de 1922 y por el art. 1º del 20 de agosto de 1932 sobre privilegios y exenciones diplomáticas.

De los negocios contenciosos de los individuos del Cuerpo Diplomático residentes en el país, conoce la Corte Suprema, según el Reglamento de los Tribunales (art. 18). Esta jurisdicción sólo se ejerce en las acciones sobre inmuebles situados en el territorio nacional y en las obligaciones contraídas por el diplomático en calidad de particular y en los juicios en que es actor. En esos casos, el agente diplomático no goza de ninguna exención y la ley al señalar a la Corte Suprema ha querido rendir homenaje a la importancia de los agentes diplomáticos designando como juez en sus negocios, sea cual fuere la entidad y naturaleza, el primer tribunal de la República. Semejante disposición se encuentra en las Constituciones de Argentina, Colombia, Nicaragua, Paraguay y Uruguay.

En los últimos tiempos tiende a reaccionarse contra esa ventaja internacional por estimarse dañosa; y en el preámbulo de un Convenio sobre funcionarios diplomáticos aprobado en la VI Conferencia Panamericana, del 20 de febrero de 1928, se declara: "Reconociendo que como los funcionarios diplomáticos representan sus respectivos Estados no deben reclamar inmunidades que no sean esenciales al desempeño de sus deberes oficiales y que sería de desear que bien el propio funcionario o el Estado representado por él renuncien a la inmunidad diplomática en cuanto se refiera a acciones civiles que no tengan nada que ver con el desempeño de su misión. No es posible, sin embargo, concertar desde ahora estipulaciones generales que, si bien constituyen una tendencia definida en las relaciones internacionales, tropiezan en algunos casos con la arraigada práctica de varios Estados en sentido contrario".

La práctica internacional ha establecido, para evitar dificultades, la exención de jurisdicción sobre los soldados y marinos que con la debida autorización desembarquen o penetren transitoriamente en el territorio nacional.

Debatido es el problema de la inmunidad de los Cónsules. Si bien ellos desempeñan una misión de importancia para las relaciones económicas del país

que los acredita, no tienen carácter representativo. No obstante, ha habido tendencia a asimilarlos a los agentes diplomáticos y el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Venecia (1896) y el Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones, en 1927, si bien admitieron que esa inmunidad no podía aplicarse en términos generales a los Cónsules, expresaron que debían disfrutarla en conexión con el ejercicio de sus funciones.

La doctrina sustentada al respecto por el Perú se encuentra consignada en las convenciones consulares celebradas con Bélgica en 18 de julio de 1906 y en el Acuerdo sobre Cónsules de Caracas vigente con Bolivia, Ecuador, Cuba y Venezuela. Aun cuando la redacción de este Acuerdo es imprecisa, el Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores opina que menciona la exención de jurisdicción para los actos que los Cónsules realizan en ejercicio de sus funciones.

Se halla, asimismo, en la reglamentación que contiene el decreto supremo del 19 de abril de 1932 sobre "Ceremonial Diplomático", cuyo art. 25 consigna las disposiciones relativas a las prerrogativas consulares que el Gobierno del Perú reconoce bajo condición de reciprocidad; y en el decreto supremo del 20 de agosto del mismo año, que trata especialmente de los privilegios y exenciones acordados al Cuerpo Diplomático y Consular acreditado en el Perú.

La conclusión a que hay que llegar en este Capítulo es que los extranjeros gozan en el Perú de iguales derechos y garantías que los nacionales para acudir ante los Tribunales del país. La restricción relativa al procedimiento de inscripción de partidas de nacimiento fué fruto de las circunstancias de la época y desaparecerá en breve.

EJECUCION DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Preliminares. — Sistemas. — Requisitos para conceder el exequatur. — Codificaciones americanas sobre el particular. — Legislación peruana. — Resoluciones que no requieren exequatur. — Cartas rogatorias.

La ejecución de sentencias extranjeras ha tropezado tradicionalmente con dificultades provenientes del desconocimiento de la capacidad e imparcialidad del juez que la expide, de las diferencias de garantías procesales, de la prueba y de la organización judicial.

Sin embargo, por su propio interés el hombre se ha visto precisado a reconocer desde antiguo que las leyes tienen en muchos casos aplicación fuera del territorio nacional y que el derecho que se le ha reconocido en un país debe ser admitido en los demás sin necesidad de estar recurriendo cada vez a los tribunales del Estado en que se encuentra para que ahí le sea asimismo declarado.

Esto no obstante no impide que el Estado adopte las precauciones que es time conveniente para impedir que se invada su campo de acción desde el punto

de vista de su jurisdicción territorial y personal; que se infrinja las reglas de orden público; y para asegurarse que la sentencia a ejecutarse se encuentra ejecutoriada. De aquí la necesidad de la intervención de los tribunales nacionales para autorizar el cumplimiento de la sentencia.

Ya desde 1868 se había previsto esa necesidad en el Perú; y en el Tratado de Paz y Amistad celebrado con Bolivia, se estipuló, a base de reciprocidad, que las sentencias definitivas en materia civil, con fuerza de cosa juzgada, dadas por los tribunales bolivianos, se ejecutarían en el Perú, con tal que no se opusieran a la Constitución y a las leyes del país, y que se hallaran debidamente legalizadas.

Bustamante y Sirven asigna a una sentencia extranjera tres efectos: el de ser un documento público y por tanto merecedores de fe los hechos que contiene; el de la fuerza de la cosa juzgada; y el de la necesidad de darle cumplimiento.

Desde el punto de vista de la ejecución de sentencias extranjeras, pueden dividirse las legislaciones en tres grupos: Rehusan unas a las sentencias extranjeras la fuerza ejecutoria o no se la conceden sino después de revisión en su fondo; otras permiten al juez nacional conceder el exequatur mediando determinadas condiciones; y según un tercer sistema, se rehusa el exequatur contra los regnicolas y se concede contra los extranjeros.

"Es una regla fundamental de Derecho Público, que la sentencia dictada en un país no puede ser en otro ejecutoria de pleno derecho, en virtud tan sólo del mandamiento del juez que la ha dictado, sino que es necesario obtener el exequatur de los tribunales del país en que se va a ejecutar".

De esta materia se ocupó el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de París (1878), Bruselas (1923) y Viena (1924); y en ellas se exigió como requisitos para el cumplimiento de la sentencia extranjera los mismos que se indicará más adelante.

El principio que informa la legislación peruana en este punto es el de la reciprocidad pactada, legislativa o negativa.

"Las sentencias pronunciadas en países extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos (reciprocidad pactada); y si no hay tratado, tienen la fuerza que en aquellos se dé a las sentencias dictadas en el Perú (reciprocidad legislativa). En cambio, carecen de fuerza legal si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos o éstos están sujetos a revisión en su fondo (C. P. C. 1156 y 1157).

La legislación argentina contempla únicamente el caso de la reciprocidad pactada; pero si no hay tratado, concede valor a la sentencia extranjera si ha sido consecuencia del ejercicio de una acción personal, si no ha sido dictada en rebeldía, si la obligación que le dió origen es válida en Argentina y si la sentencia reúne los requisitos para ser considerada como ejecutoria.

En Chile las normas son semejantes a las peruanas. En Guatemala, la ley de extranjería reconoce principios análogos.

Para que se declare, empero, que las sentencias extranjeras tienen fuerza en la República se requiere que no resuelvan sobre materias cuyo juzgamiento compete a los tribunales peruanos; que no sean contrarias a la moral, a las buenas costumbres o a las leyes prohibitivas de la República; que estén ejecutoriadas en concepto de las leyes del país en que se haya seguido el juicio; y que la parte condenada haya sido citada, conforme a las leyes de ese mismo país (C. P. C. 1159). Son los mismos requisitos que exigen el Tratado de Montevideo, el Congreso Bolivariano y el Código Bustamante.

Hay asuntos que por vincularse a la organización del Estado no puede éste admitir que sean materia de una sentencia extranjera. Tal sucede con lo referente a la condición civil, a la capacidad personal y a las relaciones de familia. De aquí que no tengan fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero que estatuyan sobre estas materias (C. P. C. 1158) trátase de peruanos o extranjeros domiciliados. Y no se limita al caso que sea objeto final de la sentencia resolver sobre ellas, sino que comprende también aquellas en que para fallar plantea y resuelve respecto de alguno de esos puntos.

El exequatur de la sentencia extranjera se pide ante la sala de turno de la Corte Superior en cuya jurisdicción tiene su domicilio el interesado, no siendo admisible la vía diplomática porque podría significar una desigualdad entre las partes y porque exigiría el sometimiento del agente diplomático a la potestad del juez.

A la solicitud se debe agregar copia íntegra legalizada de la sentencia, las piezas necesarias para acreditar que el demandado ha sido citado, así como las pruebas que acrediten la reciprocidad. El Tratado de Montevideo exige, asimismo, copia auténtica del auto en que se declara que la sentencia tiene carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada; y el Código Bustamante, que la sentencia se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse.

La tramitación es breve: traslado a la parte contra quien se pretende hacer valer la sentencia, por el término de diez días (el Código de Bustamante lo amplía a veinte), a fin de que exponga los medios de defensa que tenga por conveniente y que tiendan a demostrar que la sentencia carece de alguno de los requisitos puntualizados anteriormente; prueba por un período igual si el Tribunal lo estima necesario; audiencia al Fiscal y se declara si la sentencia tiene fuerza o no en el Perú. Contra la resolución puede interponerse recurso de nulidad.

La tramitación es semejante en Argentina y en Chile, pero en este país se pide el exequatur ante la Corte Suprema.

Concluido el expediente se archiva en la Corte Superior y se da al interesado las copias que solicitare, con las cuales pedirá su cumplimiento ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del obligado, observándose los procedimientos que establece el Código de Procedimientos Civiles, en cuanto no estén modificados por los tratados. En la actualidad no hay modificación alguna, pues el Código Bustamante lo remite a la legislación del país en que deban ejecutarse.

Como se ha indicado, la copia de la sentencia extranjera deberá ser legalizada. No es suficiente la legalización de la firma del juez por el agente diplomático consular del Perú acreditado en el país donde proviene el documento, sino que es indispensable la legalización en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se ha dicho que para que se declare que una sentencia tenga fuerza en la República es necesario que no resuelvan sobre materias cuyo juzgamiento compete exclusivamente a los tribunales peruanos. Esas materias son las precisadas en el art. 1160 del Código de Procedimientos Civiles, del cual se ha hecho referencia en el capítulo anterior.

Los fallos arbitrales dictados en Argentina, Paraguay y Uruguay tienen en el Perú, de acuerdo con el Tratado de Montevideo, la misma fuerza que en dichos países, si han sido expedidos por Tribunal competente, si tienen el carácter de ejecutoriados o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que han sido emitidos y si la parte contra la cual se ha dictado fué legalmente citada y representada o declarada rebelde, salvo que se opongan a esos fallos las leyes de orden público.

Para solicitar su cumplimiento deberá acompañarse copia íntegra del fallo arbitral y copia de las piezas que acrediten haberse cumplido los requisitos anteriores. La legislación peruana no tiene disposición expresa sobre esta materia. En Chile se exige los requisitos citados, en artículo específico de su Código de Procedimientos Civiles.

Tampoco legisla el Código Peruano acerca del valor que tienen las resoluciones de jueces o tribunales extranjeros en los actos de jurisdicción voluntaria, es decir en aquellos casos en que no existe controversia y la intervención de los jueces tiene como única finalidad darles autenticidad y regularidad. La jurisprudencia nacional ha resuelto que no requieren exequatur; que tienen el mismo valor que si se hubieran realizado en el propio país, si reúnen los requisitos indicados anteriormente.

Es la solución que contiene el Tratado de Montevideo y el Acuerdo del Congreso Bolivariano. Conforme al Código Bustamante, para que tales resoluciones tengan eficacia extraterritorial deben proceder de tribunal competente.

En Chile se exige el exequatur, con un procedimiento igual al señalado para pedir el cumplimiento de las sentencias recaídas en juicio.

La solidaridad internacional para la administración de justicia permite que pueda practicarse investigaciones, diligencias o pruebas en territorio extranjero. La importancia de la materia determinó que se ocuparan de ella el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Zurich (1877), las Conferencias de La Haya de 1893 y 1904 y el Comité de Expertos de la Liga de las Naciones en 1928.

En la legislación peruana está admitida la tramitación de exhortos y cartas rogatorias, al declarar el Código de Procedimientos Civiles que: "Los exhortos y cartas rogatorias dirigidos por jueces extranjeros... se cumplirán en el Perú si están legalizados". Así está admitido, también, en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo, en el Acuerdo del Congreso Bolivariano y en el Código Bustamante. Debe entenderse, sin embargo, que es necesario que tales exhortos no se refieran a aquellas materias cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a los tribunales peruanos; de lo contrario no podrían ser tramitados.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando haya de comisionarse a un juez extranjero para la práctica de alguna diligencia judicial, se le dirigirá exhorto legalizado, por el conducto establecido en los tratados, y a falta de éstos, por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El Tratado de Montevideo y el Congreso Bolivariano guardaron silencio sobre el particular, mientras que el Código Bustamante declara que el exhorto o carta rogatoria se cursará por la vía diplomática, aun cuando deja en libertad para pactar cualquier forma de trasmisión (art. 338), con lo que permite la concertación de fórmulas rápidas y eficaces.

La disposición del Código de Procedimientos Peruanos se refiere a los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o confesiones judiciales u otros actos análogos de instrucción, juramento decisorio, inspección ocular, reconocimiento, cotejo y exhibición de documentos. Además de esos actos, el Tratado de Montevideo y el Acuerdo de Caracas se refieren a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas y en estos casos faculta al juez exhortado para proveer lo necesario para el mejor cumplimiento de la comisión. La disposición pertinente del Código Bustamante es muy amplia, ya que se refiere a "toda diligencia" (art. 388).

Los exhortos y cartas rogatorias que remitan los jueces extranjeros, se dirigirán al Juez de Primera Instancia de la provincia en cuya jurisdicción han de diligenciarse. Deberán expresar con la mayor claridad su objeto, proporcionando las informaciones necesarias para facilitar su cumplimiento y en su caso, deberán estar acompañados con una traducción al castellano debidamente certificada. El Código Bustamante exige la traducción por intérprete juramentado.

Cuando se introducen por la vía diplomática, cuando se remiten al Ministerio de Relaciones Exteriores para que los haga llegar al juez destinatario, por conducto del Ministerio de Justicia, no es necesaria la legalización de la firma de los funcionarios extranjeros, la que se reserva para los casos en que por convenios especiales se admite la presentación directa al juez. Pero al devolverse diligenciado el exhorto es obligatoria la legalización de la firma de los funcionarios judiciales peruanos que hubieran intervenido.

En 22 de noviembre de 1944 se aprobó por el Perú, habiéndose efectuado el canje de ratificaciones en abril de 1945, un Convenio con la República de Chile en virtud del cual se dará curso, de conformidad con la legislación local, a los exhortos judiciales que se remita de ese país, sin que constituya requisito necesario para su diligenciamiento la legalización de las firmas correspondientes, siempre que sean cursados por la vía diplomática.

Pendiente de la aprobación por el Congreso peruano se encuentra, desde agosto de 1935, un Convenio en igual sentido suscrito con Argentina.

Al recibir el exhorto, el juez resolverá sobre su propia competencia *ratione materiae* para el acto que se le encarga y decidirá si conforme a ella puede aceptar la comisión. En su cumplimiento, se sujetará, en cuanto a su objeto, a la ley del comitente y en cuanto a la forma de ejecutarlo, a la suya propia. Este diligenciamiento con arreglo a la ley peruana (declarado por el Tratado de Montevideo, el Acuerdo de Caracas y el Código Bustamante) se comprende porque el juez sólo ejerce jurisdicción en virtud de las leyes nacionales y por lo que ellas disponen.

Los interesados en la ejecución de exhortos y cartas rogatorias deben constituir apoderados o agentes y son de su cuenta los gastos consiguientes (C. P. C. 1168; T. de M. 12; Acuerdo Congreso Bolivariano XII; y C. B. 393). Son dos las razones que justifican esta disposición: el que sea más rápida y eficiente la tramitación si el representante de los interesados la sigue; y la protección a los funcionarios subalternos cuya remuneración se hace por las partes.

Dicho representante puede ser nombrado con poder formal remitido aparte de la carta rogatoria y que será certificado por el funcionario consular competente del Perú; o al solicitar la carta rogatoria se puede incluir en el recurso respectivo la autorización a persona determinada para ejercer la representación. En todo caso se puede designar simples agentes, que si bien no tienen personería para presentar escritos a los tribunales, pueden si gestionar la tramitación.

Con anterioridad a la dación del Código de Procedimientos y a los pactos multilaterales a que se ha hecho referencia, se celebró en Lima (1879) un Convenio con el Brasil en virtud del cual y a base de reciprocidad, las competentes autoridades judiciales del Perú ejecutarían el pedido que contuviera las cartas rogatorias dirigidas por las de aquel país. Dicho tratado está concebido, por lo demás, en términos semejantes a los que se ha expuesto.

Interesante es la ampliación efectuada en 1891 por un convenio suscrito en Río de Janeiro y según el cual, tratándose de cartas rogatorias o exhortos de simple citación o emplazamiento que deban cumplirse en el Departamento de Lo-

reto, se legalizan en el consulado peruano y se trasmite al juez por el Prefecto, con lo cual se simplifica trámites y se ahorra tiempo.

DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

De la propiedad literaria y artística. — Legislación peruana. — Acuerdos internacionales sobre la materia. — La propiedad literaria en las Conferencias Internacionales Americanas. — De la propiedad industrial. — Legislación nacional. — Convenios internacionales sobre esta propiedad. — Marcas de fábrica. — Legislación interna. — Pactos internacionales.

Se conoce con el nombre de propiedad intelectual al "conjunto de derechos y de obligaciones que tiene un autor respecto a las producciones de su inteligencia" (Romero, citado por Alvarado Garrido). Si bien en la actualidad se discute la naturaleza de ese derecho, todas las legislaciones lo admiten pues no se puede negar al hombre disfrutar de sus producciones.

Se estudiará aquí el derecho de propiedad literaria y artística, la patente de invención y la marca de fábrica.

La Constitución peruana, al igual que las de los países ibero-americanos, reconoce el derecho de propiedad artística y literaria, al consagrar su inviolabilidad y garantizar y proteger el derecho de los autores e inventores, cuyo ejercicio lo remite a la ley respectiva (arts. 29 y 30).

La legislación interna sobre propiedad literaria en el Perú es muy antigua. Está constituida por la ley del 3 de noviembre de 1849 y su reglamento de 5 de febrero de 1915, modificado en parte por la resolución suprema del 12 de agosto de 1922.

De acuerdo con esas disposiciones, los autores de todo género de escritos, cartas geográficas, grabados y composiciones de música, gozarán por toda la vida el privilegio exclusivo de vender y distribuir sus obras en todo el territorio de la República. Este derecho es transmisible y los cesionarios o herederos gozan de él hasta 20 años después de la muerte del autor y de 30 si se trata de una obra póstuma. Vencido uno de esos términos, las obras pasan al dominio público y pueden ser impresas y vendidas por cualquiera. (En Colombia dura por toda la vida del autor mas ochenta años; en Guatemala se declara perpetua; lo mismo que en El Salvador).

Para gozar del derecho se presenta una solicitud ante la Prefectura del Departamento acompañando dos ejemplares de la obra (uno de los cuales se remite a la Biblioteca Nacional y el otro corre en el expediente y se destina a incrementar la biblioteca de la Dirección General de Educación); se publica avisos durante ocho días y si hay oposición, se ventila ésta ante el Juez de Primera Instancia. Pasados quince días sin que se formule oposición o terminado el jui-

cio que se promoviera, se eleva el expediente al Ministerio de Educación a fin de que expida resolución de reconocimiento de la propiedad, de lo cual se da cuenta a la Biblioteca Nacional.

Para que se considere definitivo el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual, deberá entregarse dos ejemplares de la obra a las bibliotecas de cada una de las Universidades oficiales (L. O. E. P. 9359). Además, conforme a la resolución suprema del 22 de octubre de 1935, debe remitirse dos ejemplares a la Biblioteca de la Municipalidad de Lima.

Las disposiciones anteriores se aplican a las obras que se originan en el país, sean sus autores peruanos o extranjeros.

Interesa conocer, asimismo, el valor que pueda tener en el Perú el reconocimiento de la propiedad intelectual hecho en el extranjero. La legislación internacional está constituida por la Convención de Montevideo de 1889 vigente con Argentina y a la cual se adhirieron Alemania, Francia y Hungría; la Convención suscrita en la IV Conferencia Internacional Americana de 1910 que rige para con Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay (a este Convenio introdujo la VI Conferencia Internacional Americana algunas modificaciones que no han sido ratificadas por el Perú); el Acuerdo del Congreso Bolivariano de 1911 (vigente con Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela) y el tratado suscrito en 1924 con España.

También se refirió a esta clase de propiedad el Código de Derecho Internacional Privado para remitirla a lo establecido en los convenios internacionales existentes o que en lo sucesivo se acuerden, y a falta de ellos, a la ley local que la otorgue.

En la expresión obras literarias y artísticas, se comprende, según los pactos internacionales citados, los libros, escritos y folletos de toda clase cualquiera que sea la materia de que traten y el número de sus páginas; las obras dramáticas o dramático musicales; las coreográficas, las composiciones musicales, los dibujos, pinturas y esculturas, los grabados; las obras fotográficas; las esferas astronómicas y geográficas; los planos, croquis o trabajos plásticos relativos a geografía, geología y topografía, arquitectura o cualquiera ciencia; y, en fin, queda comprendida toda producción que pueda publicarse por cualquier medio de impresión o reproducción.

El reconocimiento del derecho de propiedad varía en los acuerdos citados. Mientras en el Convenio de Montevideo se declara que "el autor de la obra literaria y artística y sus sucesores gozan en los Estados signatarios de los derechos que les acuerde la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o producción, en el Acuerdo del Congreso Bolivariano se requiere para ello dar el aviso oportuno y pagar los derechos establecidos en cada país y cumplir las formalidades del depósito de la obra. En cambio, según el Convenio de 1910, el reconocimiento del derecho de propiedad obtenido en un Estado surtirá de pleno derecho sus efectos en los demás Estados sin necesidad de llenar ninguna formalidad, siempre que aparezca en la obra cualquiera manifestación que indique la reserva de la propiedad.

Según el tratado con España, se exige la presentación de dos ejemplares de la obra y copia legalizada de la resolución que reconoce el derecho.

El derecho de propiedad de la obra literaria o artística comprende para su autor o causahabientes la facultad exclusiva de disponer de ella, publicarla, enajenarla, traducirla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma ya total o parcialmente.

El plazo durante el cual se reconoce el derecho de autor lo refieren los acuerdos de la IV Conferencia Internacional Americana y del Congreso Bolivariano al que señale el país donde se reconoció el derecho; pero el Convenio de Montevideo declara que ningún Estado está obligado a reconocerlo por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho, pudiendo limitarlo al país de origen, si fuera menor.

Puede publicarse en la prensa periódica, sin necesidad de autorización alguna, los discursos (T. de M.), los artículos de periódico citándose la fuente de donde se han tomado, salvo aquellos que versen sobre ciencia y arte cuya reproducción se hubiera prohibido expresamente. También se puede reproducir fragmentos de obras literarias o artísticas en publicaciones destinadas a la enseñanza o para creστο-mania.

Los pactos citados reconocen, sin embargo, el derecho del Estado para prohibir que se reproduzca, publique, circule, represente o exponga aquellas obras que considere contrarias a la moral o buenas costumbres.

Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria o artística se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se haya cometido. Para este efecto, se considera reproducciones ilícitas las apropiaciones indirectas no autorizadas de una obra literaria o artística y que no represente el carácter de obra original; la reproducción de una obra íntegra o de la mayor parte de ella acompañada de notas o comentarios a pretexto de crítica literaria, de ampliación o complemento de la obra original. El Convenio de 1910 no indica cuales son reproducciones ilícitas.

Los pactos estudiados establecen desigualdad entre los extranjeros. Mientras que los de Montevideo y Caracas protegen el derecho de propiedad reconocido a los nacionales de los Estados signatarios, el de 1910 extiende esa protección a los extranjeros domiciliados en los países que lo suscribieron.

El último convenio es más liberal que los anteriores en cuanto no exige el cumplimiento de ninguna formalidad para que el reconocimiento de propiedad efectuado en uno de los Estados signatarios surta sus efectos en los demás.

Y, respecto del plazo durante el cual se reconoce el derecho, el menos favorable es el de Montevideo.

La protección a la propiedad literaria y artística ha sido uno de los temas que más ha interesado en las Conferencias Internacionales Americanas.

En la V Conferencia, se resolvió recomendar a los países signatarios del Convenio aprobado en la de 1910, dar la debida publicidad al registro de los derechos de los autores y adoptar un procedimiento legal efectivo para asegurar un arreglo adecuado, en caso de infracción voluntaria de los derechos del autor debidamente registrados y hacer efectiva la protección acordada al autor para evitar la introducción y venta de ediciones no autorizadas.

En la VII Conferencia Internacional Americana, se acordó nombrar una Comisión que solicitara de los Gobiernos Americanos todos los antecedentes acerca de su legislación positiva, doctrina predominante y jurisprudencia respectiva, a fin de que con esos y otros elementos de juicio, redactara un anteproyecto de Convención en el que se procure armonizar sus propias conclusiones con los principios consignados en Berna y Roma.

En esa misma oportunidad se recomendó suscribir una Convención comprometiéndose los Estados que intervinieran, a no gravar con impuestos la introducción, venta o circulación de libros, diarios, periódicos o revistas editadas en cualquiera de los Estados signatarios.

En 1936, concluidos los trabajos, la Conferencia sobre Consolidación de la Paz, recomendó a la Unión Panamericana apresurara los trámites necesarios para la concertación de un tratado definitivo que asegure la protección de los derechos de los autores, traductores y ejecutantes.

La misma Conferencia recomendó que en el Boletín Bibliográfico de la Biblioteca nacional u oficial de cada país, se indique las obras a las que se haya reconocido la propiedad intelectual y que copia de ese Boletín se enviara a las oficinas de propiedad intelectual de los demás países y a la de la Unión Panamericana.

Pero las Conferencias Internacionales Americanas no se han limitado a asegurar la protección del autor en el Continente, sino que en la VII y VIII se ocuparon de la universalización de la propiedad intelectual. Sin embargo, considerando que el Gobierno Belga había convocado a una Conferencia Diplomática Universal que se realizaría en Bruselas el año de 1939, suspendió todo estudio y resolución sobre el particular hasta conocer los resultados de esa Conferencia. El conflicto bélico que se iniciara en ese año, ha impedido que fuera realidad esta unificación del derecho de propiedad intelectual y artística en todo el orbe.

En diciembre de 1934 se había instalado la Comisión de Protección Interamericana de Propiedad Intelectual con el objeto de presentar un proyecto sobre la materia, teniendo en cuenta el número y carácter de las adhesiones a las Convenciones vigentes, las diversas legislaciones vigentes y las experiencias recogidas de los Congresos y Reuniones Internacionales. La Comisión cumplió su cometido y sometió a la Unión Panamericana el proyecto respectivo que fué sometido a la consideración de la VIII Conferencia Internacional Americana.

Dicho proyecto declara un régimen territorial amplio y prescinde, por tanto, del concepto de nacionalidad para garantizar la propiedad intelectual. Es-

tablece, no obstante, la facultad de imponer restricciones y aun de negar la protección a los nacionales de los países en donde se adopte tal medida para los países americanos. Presenta como innovación la de proteger los derechos de autor de obra no publicada, de distinguir expresamente el aspecto patrimonial de los derechos morales y consagra el principio que el goce y ejercicio de los derechos de autor no están subordinados a formalidad alguna. El plazo de protección se fija en la vida del autor mas cincuenta años a partir de la fecha de su fallecimiento, pero concediendo la posibilidad de limitarlo a la del país en que se reclame la protección.

La Conferencia, reunida en Lima, acordó remitir el proyecto a la Unión Panamericana para que lo comunicara a las Repúblicas americanas a fin de que expresaran sus puntos de vista; y encargar a la Unión Panamericana que sobre esa base y las observaciones que se formulen, prepare un proyecto de convención definitiva, para ser presentada a una Conferencia especial o a la IX Conferencia Internacional Americana.

En 4 de agosto de 1939, con ocasión de conmemorarse el 50 aniversario del Congreso de Montevideo, se reunió en esa ciudad un Congreso de Jurisconsultos en el que se aprobó un Tratado de Propiedad Intelectual suscrito por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Argentina. El tratado está pendiente de la aprobación legislativa en el Perú.

Inspirado en el Tratado de 1889, el de 1939 introduce algunas innovaciones, como son las siguientes. Reconocer y asegurar no sólo el derecho de los autores sino también el ejercicio de ese derecho; ampliar el concepto de obras literarias y artísticas refiriéndolo a las destinadas a proyectarse por medio del cinematógrafo y sus correspondientes acompañamientos musicales; a las obras de ingeniería, a las conferencias, lecciones escolares y universitarias, discursos, alocuciones, sermones y piezas oratorias en general y a las ilustraciones gráficas y plásticas realizadas con fines científicos, técnicos y artísticos.

Suprimir la excepción que contenía para la publicación de los artículos de periódicos; legislar para el caso en que la violación del derecho de propiedad se realice en país no adherido al tratado y cuyos efectos se produzcan en Estado suscriptor, en cuyo caso hace radicar en éste la competencia legislativa y judicial; y reconocer que al lado del aspecto patrimonial, existe el derecho moral que permite al autor y a sus herederos hacer valer la paternidad de la obra y oponerse a cualquiera deformación, mutilación o modificación que consideren perjudicial para su honor o reputación.

En el deseo de favorecer la difusión de la cultura, considera el nuevo tratado como originales, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer los autores de la obra primitiva, las traducciones y adaptaciones cinematográficas, los arreglos musicales y las recopilaciones de trabajos diversos.

La propiedad industrial tiene el mismo fundamento que la literaria. Sería una injusticia privar a un hombre que ha tenido el talento de descubrir un secreto útil a la industria de todo derecho sobre su invención; y por otra parte, no puede privarse a la sociedad entera de las utilidades que ese secreto le puede reportar. Entre estos extremos, adopta la ley un término medio y asegura al descubridor el privilegio exclusivo de explotar su secreto en provecho propio durante un tiempo limitado.

El documento por el que se reconoce el derecho, se llama patente y puede ser de invención y de introducción. En el Perú, un decreto supremo del 29 de setiembre de 1923 ha prohibido el otorgamiento de patentes de introducción por considerar que constituyen verdaderos monopolios y retardan el progreso de la industria, en el que está interesado el Estado.

La patente se concede por todo lo que es susceptible de dar productos que pueda fabricar la mano del hombre o los trabajos que él dirija y que puedan entrar en el comercio para ser comprados y vendidos. La industria debe ser lícita y el secreto o procedimiento, desconocido.

La duración del privilegio no podrá exceder de diez años contados a partir de la fecha en que se expida la patente, que será a los dos días de la resolución que la concede salvo que mediare oposición (R. S. 1-10-1926). (En El Salvador se reconoce por igual tiempo y en Guatemala durante 15 años).

El plazo anterior puede prorrogarse por una sola vez y durante tres años, previo pago de S/. 200.00 como derechos y siempre que se acredite que el privilegio está en actual explotación dentro del territorio de la República.

La ley del 28 de enero de 1869 que es la que reconoce este derecho, no hace ninguna distinción entre nacionales y extranjeros para los efectos de solicitar la patente de invención y tan sólo tiene una referencia especial sobre estos para disponer que hará renuncia expresa de toda intervención diplomática para el caso en que se promueva cualquiera cuestión relativa al privilegio solicitado y que se someterá absoluta y exclusivamente a las leyes y tribunales de la República.

El procedimiento para obtener la patente está indicado en la ley de enero de 1896 y su aclaratoria del 25 de octubre del mismo año.

La solicitud se presenta ante la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento y deberá consignar, por duplicado, la descripción del invento, los planos o muestras que sean necesarios para su inteligencia, la factura, razón o memoria de las piezas que se presenten como modelos; la determinación del objeto principal con los pormenores que lo constituyan e indicación de sus aplicaciones; el tiempo que dentro del plazo de diez años se pretende gozar del privilegio y un recibo de la suma de S/. 50.00 para los gastos periciales. Debe expresarse asimismo, si la patente de invención ha sido denegada o concedida por otro Gobierno y en este caso se acompañará las "letras patentes" obtenidas (R. S. 31-5-1929).

Recibida la solicitud se expide al interesado el certificado respectivo y se publica avisos en "El Peruano" por treinta días anunciando el objeto del privilegio y el nombre del interesado. Vencido el plazo, pasa el expediente al Cuerpo de Ingenieros para informe de dos peritos técnicos y si éste es desfavora-

ble se pone en conocimiento del interesado y con lo que éste exponga se pide nuevo informe a los peritos, designándose un tercero que se asocia a los anteriores. Con el informe pericial pasa el expediente a informe de la Sección Industrias y previa vista fiscal, el Ministerio de Fomento expide la correspondiente resolución. Para que se extienda la patente deberán abonar S/. 60.00 los nacionales y S/. 120.00 los extranjeros.

El privilegio se pierde si no se paga la cuota anual respectiva que es de S/. 100.00; si se introduce objetos fabricados en el extranjero semejantes a los privilegiados por la patente, salvo que se trate de modelos de máquina cuya introducción sea autorizada por el Gobierno; o si no se le explota en el término de dos años, salvo causas de fuerza mayor. La solicitud de prórroga, en el caso anterior, deberá justificar, en forma que quede debidamente acreditado, los esfuerzos económicos llevados a cabo por el patentado para poner en explotación su privilegio y los obstáculos que no pudo remover para cumplir con ese requisito (D. S. 26-9-33). Las prórrogas son anuales; se puede pedir las veces que sea necesario y se concederán, si no hay oposición, previo pago de las sumas de S/. 25.00 por la primera; S/. 50.00 por la segunda; S/. 100.00 por la tercera (D. S. 7-5-935) y en las posteriores, un derecho que irán aumentando en un 50% (D. S. 7-7-41).

Con motivo de los Congresos de Montevideo (1889) y Bolivariano de Caracas (1911), el Perú suscribió acuerdos sobre esta materia y que están vigentes, el primero, para con Argentina, Paraguay y Uruguay; y el segundo, con Ecuador, Colombia, Bolivia y Venezuela.

De conformidad con esos convenios, toda persona que obtenga patente o privilegio de invención en uno de los Estados mencionados, disfruta en el Perú de los derechos de inventor si en el plazo de un año (para los firmantes del tratado de Montevideo) o de dos (Acuerdo de Caracas) hace registrar su patente en la forma determinada por la ley peruana.

El número de años del privilegio es el que fija la ley peruana, permitiendo el tratado de Montevideo limitarlo al señalado por las leyes del Estado en que primitivamente se acordó la patente, si fuera menor.

Las responsabilidades civiles y criminales en que incurran los que dañen el derecho del inventor, se perseguirán y penarán con arreglo a las leyes del país en que se haya ocasionado el perjuicio.

Se da el nombre de marca de fábrica a "todo signo, emblema o nombre especial que los comerciantes o industriales adopten o apliquen en sus artículos o productos para distinguirlos de los otros industriales o comerciantes que fabriquen o negocien en artículos de la misma especie".

La ley del 19 de diciembre de 1892 reconoce a toda persona (sin distinguir nacionales de extranjeros) el derecho de solicitar y obtener el registro oficial

de las marcas de fábrica. Este derecho dura diez años, prorrogables por un período igual. Importa el reconocimiento de una marca de fábrica el absoluto dominio sobre ella y el derecho de oponerse y de perseguir legalmente el uso de cualquiera otra marca que cause confusión con artículos similares de distinta procedencia. Es un derecho transmisible a los herederos y es enajenable.

Para obtener el reconocimiento de la propiedad de una marca de fábrica, se requiere presentar una solicitud al Ministerio de Fomento, por intermedio de la Sección de Industrias, acompañando dos ejemplares de la marca y, si es necesario, la descripción por duplicado; designar la clase de objeto en que se proyecta poner y acreditar el pago de los derechos que ascienden a S/. 200.00 cuando el peticionario es extranjero.

Recibida la solicitud se ordena hacer publicaciones en el diario oficial por el plazo de 15 días, vencido el cual, si no hay oposición, el Jefe de la Sección Industrias emite un informe en vista del cual el Ministerio expide resolución. Una resolución suprema del 22 de julio de 1940 dispone que las solicitudes sobre registro de rótulos y enseñas comerciales, afiches de propaganda industrial y de etiquetas, envases y envolturas que sirvan para distinguir productos, deberán ser remitidas al Taller Nacional de Artes Aplicables, que informará dentro de ocho días, pudiendo introducir las modificaciones que estime oportunas.

Las oposiciones a la solicitud para el registro de una marca de fábrica, deberán formularse en el plazo máximo de 40 días contados a partir de la fecha de la primera publicación de los avisos. Deducida una oposición, la Dirección de Fomento corre traslado por el término de 20 días y si no se contesta se fija un nuevo plazo de 10 días bajo apercibimiento de resolverse en rebeldía. Con la contestación, se resuelve en el plazo de 20 días. En caso de reclamaciones por imitación, infracción, falsificación de una marca de fábrica, los plazos para contestarlas o para declarar la rebeldía se reducen en un 50%.

La usurpación del derecho de propiedad de una marca de fábrica se castiga con multa o prisión. El derecho de acusar criminalmente a los infractores corresponde exclusivamente al agraviado, pero en el juicio interviene el Ministerio Fiscal.

Un decreto supremo del 27 de agosto de 1909 facultó a determinados Consules de la República en el Extranjero para recibir solicitudes de registro de marcas de fábrica.

La solicitud debe estar redactada en castellano y acompañada de cuatro ejemplares de la marca cuyo registro se solicita, dos descripciones detalladas de ella y un clisé de 24 cm². por 24 mm. de altura que la reproduzcan gráficamente de modo que permita darse cuenta de todos sus detalles. Los derechos a abonarse son: S/. 250.00 por derecho fiscal de registro, S/. 40.00 por publicación de avisos y S/. 8.00 por reintegro de papel sellado.

Recibida la solicitud, el Cónsul la remite a la Dirección de Industrias para su tramitación en la forma establecida por la ley. La renovación del registro se tramita en igual forma.

Las quejas o querellas que se presenten ante los Consulados por falsificación o imitación de marcas registradas en el Perú, serán recibidas sin cobrar

derecho alguno y remitidas inmediatamente a la Dirección de Fomento con las pruebas que se hubiesen presentado, para su tramitación.

En 16 de octubre de 1896 se celebró en Lima un tratado con Francia sobre esta materia. De conformidad con él y a base de reciprocidad, los franceses en el Perú gozan de la misma protección que los nacionales en lo concerniente a las marcas de fábrica o de comercio, con la limitación que dichas marcas no sean las mismas que otros tengan en uso o que con ellas se ofenda a la moral pública.

Para la protección marcaria y comercial, el Perú ha suscrito tratados en el Congreso de Montevideo (vigente con Argentina y Bolivia) en la IV Conferencia Internacional Americana de 1910 (Brasil, Ecuador, Paraguay, República Dominicana y Uruguay); y, en Washington el Protocolo sobre Registro Interamericano de Marcas de Fábrica (1920) válido con Cuba, Estados Unidos, Haití, Guatemala, Honduras y Panamá.

El Tratado de Montevideo declara que "la persona a quien se conceda en uno de los Estados signatarios el derecho de usar exclusivamente una marca de fábrica o de comercio, gozará del mismo privilegio en los demás Estados, con sujeción a las formalidades y condiciones establecidas por sus leyes". Las falsificaciones y adulteraciones se perseguirán ante los tribunales, con arreglo a las leyes del Estado en cuyo territorio se cometa el fraude.

La marca registrada en uno de los Estados, dice el acuerdo de 1910, se considerará registrada en los demás países de la Unión Panamericana, sin perjuicio de los derechos de terceros y de los preceptos de la legislación interna de cada Nación. No es oportuno comentar este convenio, puesto que sus disposiciones no han llegado a tener realización práctica (García Gastañeta).

La Convención de Marcas de 1920, acuerda la igualdad de nacionales y extranjeros ante la protección marcaria. Toda marca debidamente registrada o legalmente protegida en uno de los Estados contratantes, será admitida y protegida en los demás, previo cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley de dicho país. Se puede obtener la protección para sus marcas en país distinto al suyo, pidiéndolo ante la oficina correspondiente de dicho país o por intermedio de la Oficina Internacional de Marcas que creó la Convención para facilitar el goce de la protección marcaria y comercial y para tener un centro de información que coadyuve al cumplimiento y mejoramiento de las disposiciones contenidas en la Convención.

EL EXTRANJERO ANTE EL DERECHO PENAL

Aplicación territorial de la ley penal. — Garantías que concede la ley penal. — Excepciones a la aplicación territorial de las leyes penales: en cuanto a las personas y en cuanto al territorio. — Aplicación de la ley penal peruana por delitos cometidos fuera del territorio de la República. — Delitos simultáneos o sucesivos cometidos en diversos Estados. — Delito que dañe a otros Estados. — Penas aplicables en el Perú. — Sujeto del Derecho Penal. — Igualdad de nacionales y extranjeros ante el Derecho Penal. — Convenios suscritos por el Perú en esta materia.

La ley penal es una expresión de la soberanía del Estado y tiene como finalidad el mantenimiento del orden público y la paz social. De ahí que en principio se aplique en todo el territorio (en su acepción más amplia) y a todas las personas que en él habitan, sin distinguir si son nacionales o extranjeras. Así lo establece el Código Penal en su art. 4º al declarar que: "Será reprimido todo el que cometa una infracción en el territorio de la República".

Esta aplicación de la ley penal con carácter absoluto dentro del territorio es admitida en todas las legislaciones positivas y dentro de los diferentes sistemas que se han ido sucediendo en esta rama del Derecho, ninguno de ellos permite llegar a resultados en virtud de los cuales se deba castigar al nacional y no al extranjero.

El principio está reconocido por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Munich y se encuentra consignado en el Tratado de Montevideo y en el Código Bustamante, aun cuando en dos fórmulas distintas, pues mientras en éste se declara que las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio (296), en el Tratado se dispone que los delitos se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetran. Por otra parte, el Código Bustamante agrega que: "Ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás" (304).

Pero al caer bajo los efectos de la acción penal, la persona tiene ciertas garantías que le reconoce la Constitución y el Código Penal y que se encuentran consignadas en las legislaciones de los países latino americanos.

La privación o la restricción de derechos, a título de pena, expresa el Código Penal, solo podrán ser impuestas en virtud de una condenación.

Otra garantía es la contenida en el aforismo universalmente admitido "nullum crimen nulla poena sine lege" que consagran la Constitución (57) y el Código Penal (3) en la fórmula: "Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles".

La legalidad de la pena es otro de los principios establecidos para garantizar a las personas. Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté san-

cionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada. (C. P. 2).

Además, la persona sólo puede ser juzgada por los tribunales que las leyes establezcan.

No obstante la declaración de que la ley penal se aplica a todo el que se encuentre en el territorio del Estado, existen algunas excepciones.

No es aplicable la ley penal peruana cuando se trate de delitos cometidos por los Jefes de Estado que se hallen en el territorio nacional, por los representantes diplomáticos y sus familiares, así como por sus empleados extranjeros. Ya al tratar de la jurisdicción civil se ha expresado el fundamento de esta exención. La ley peruana no la señala expresamente, pero es doctrina que ha imperado en el país y tiene su expresión positiva en el Código Bustamante (297-98).

La Conferencia Internacional Americana de 1919, declaró que los funcionarios diplomáticos están exentos de toda jurisdicción del Estado ante el cual se encuentran autorizados, no pudiendo ser procesados y juzgados sino por los tribunales de su propio Estado.

También escapan a la eficacia de la ley penal los actos punibles realizados en el local que ocupa la representación diplomática cuando sólo ahí producen sus efectos, como consecuencia del principio de la extraterritorialidad, salvo que se reclamara la intervención de las autoridades locales, concediéndoseles con ello plena jurisdicción.

Otra limitación al principio de la jurisdicción territorial, es la que se refiere a los buques y aeronaves de guerra extranjeros que se encuentran en aguas nacionales. Esta norma, generalmente admitidas por las naciones, está consignada en el Tratado de Montevideo (9) y en el Código Bustamante (300), aunque el Tratado aclara que si los delitos se cometen por individuos que no pertenezcan a su oficialidad o a su tripulación, caerán bajo la competencia del país en que se encuentren.

Si bien el Código Penal declara que será reprimido todo aquel que cometa una infracción en buques mercantes extranjeros que se hallen en aguas territoriales peruanas, un decreto supremo del 29 de febrero de 1869, con motivo de la cuestión Rondani, declaró que las autoridades locales no son competentes para juzgar los delitos que tengan lugar a bordo de los buques mercantes extranjeros, entre gentes de la tripulación, cuando no se haya alterado la tranquilidad del puerto y siempre que las naciones a que pertenecen observen la misma regla con el Perú.

La tesis anterior está consignada en el Código Bustamante que exige que los delitos, a más de no alterar la tranquilidad pública, no tengan relación alguna con el país ni con sus habitantes.

A la inversa de lo que se ha expuesto, en determinados casos, los contemplados por el Código Penal en su art. 9, la ley penal tiene efectos extraterrito-

riales y se aplica a nacionales y extranjeros por infracciones cometidas fuera del territorio de la República. Interesan esos casos, en cuanto se refieren a los extranjeros.

Indica el Código que serán reprimidos, aun cuando sean cometidos fuera del país, los delitos de piratería (El Tratado de Derecho Penal de Montevideo faculta el castigo de este delito por el país donde se capture al delincuente, lo mismo que el Código Bustamante, que amplía la represión a la trata de blancas y de negros, al comercio de esclavos y a destrucción de cables submarinos), de traición y atentado contra la seguridad militar, falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas. (La regla del Código Bustamante es más amplia: se refiere a los delitos contra la seguridad interna o externa del Estado o contra su crédito público o contra su independencia 305-06).

El juzgamiento por el país donde sea capturado el que cometa los delitos de piratería, trata de blancas y de negros, del comercio de esclavos y de destrucción o deterioro de cables subterráneos, se explica porque esos delitos constituyen un agravio para toda la comunidad internacional, la que está interesada, por tanto en su represión.

También se aplica la ley peruana en las infracciones cometidas por un extranjero contra un nacional, susceptibles de extradición según la ley peruana, siempre que fueran punibles también en el Estado en que se hubieren perpetrado y cuando el culpable entrare de cualquier modo al territorio de la República y no fuere entregado al extranjero.

Como se desprende de la norma anterior, es condición indispensable que el reo extranjero sea aprehendido en el territorio nacional. Y no puede ser de otra manera pues sólo en ese caso podría ejercer la ley peruana su imperio sobre él. En ningún caso ni por ningún motivo se justificaría el que se apresara al delincuente en el extranjero por las autoridades peruanas.

En los casos que se ha citado, en que es aplicable la ley peruana no obstante tratarse de infracciones cometidas fuera del país, no se abrirá causa, cuando la acción penal se halle extinguida conforme a una u otra legislación, cuando se trate de delitos político-sociales y cuando el acusado haya sido absuelto en el extranjero, o condenado, haya cumplido la pena o ésta se hallare prescrita o le hubiera sido remitida. Pero si no se hubiera cumplido la pena totalmente, podrá renovarse el juicio ante los tribunales de la República, computándose la parte de pena cumplida. (C. P. 6; C. P. P. 8).

La figura de la conexión no se presenta en el campo internacional. De aquí que cuando se trata de varios hechos sucesivos o simultáneos, de ejecución independiente, aunque concertada, practicados en diversos Estados, si el hecho cometido en el Perú constituye por sí un delito, será penado por su ley.

Puede ocurrir que en el territorio de la República se practique un acto que integre un delito constituido por varios actos sucesivos o simultáneos que se

realizan en diversos Estados. Como en la vida internacional no hay competencia por conexión, si tal acto resulta punible por la ley peruana, será juzgado por ésta, sin tener en cuenta los demás. El caso fué legislado por el Código de Derecho Internacional Privado, dándole la solución anterior.

También puede suceder que se cometa en el país un delito que afecte a varios Estados. Legislando el punto, el Tratado de Montevideo acuerda la competencia a los tribunales del país donde se capture al delincuente y si éste se halla en país distinto, al que formule primero el pedido de extradición; y ordena aplicar la pena más grave señalada por las leyes infringidas y si ésta no rige en el país de juzgamiento, la que se le aproxime en gravedad (T. D. P. de M., arts. 3-4).

Puede acontecer, asimismo, que en el territorio nacional se realicen actos que dañen derechos e intereses garantizados por las leyes de otro Estado. De acuerdo con el Tratado de Derecho Penal de Montevideo, dichos actos delictuosos serán juzgados por los tribunales y penados según la ley del Estado afectado (8). Pero si dichos actos no fueran punibles en el Perú, entonces se juzgarán por el Estado interesado cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Las únicas penas que puede imponerse en el Perú son las de internamiento (por más de 25 años), penitenciaria (de 1 a 20 años), relegación (indeterminada o a plazo fijo), prisión (de 2 días a 20 años), expatriación, multa (de la renta de 2 a 90 días) e inhabilitación. Esto, según el Código Penal. La Constitución admite la aplicación de la pena de muerte para los delitos de traición a la Patria, homicidio calificado y en todos aquellos que fije la ley. Un ejemplo de este último caso, era la signada con el N° 8505, que no se comentará por haber sido derogada.

Si bien la capacidad civil se adquiere a los 21 años, la persona es sujeto de la ley penal a partir de los 18. No obstante, el legislador, considerando que la personalidad del adolescente no se halla completamente definida, le considera un período de transición hasta alcanzar la mayoría de edad (en que cae por completo dentro del Derecho Penal), y consecuente con este criterio, atenúa la penalidad que le correspondería por el delito cometido.

Considera el Código Penal a los niños (hasta los 13 años) y a los adolescentes (hasta los 18 años), fuera del radio del Derecho Penal; de manera que cuando caen en la delincuencia, el Estado simplemente se limita a corregirlos y a procurar conducirlos al buen camino. Para este objeto dispone la ley medidas de tutela familiar para los primeros; y si están en abandono moral, la entrega a una familia honorable o a una casa de educación.

Tratándose de los menores de 18 años, se les aplica medidas de educación correccional en escuelas de artes y oficios, en granjas escuelas o en escuelas correccionales especiales.

En todo lo concerniente al Derecho Penal, la posición de los extranjeros es en todo igual a la de los peruanos. Si bien el Estado no puede despojarse del derecho de castigar a los extranjeros que delinquen en su territorio porque eso importaría despojarse de su soberanía, no agrava su condición, no le priva de ninguna de las garantías que los nacionales tienen para resguardar su inocencia, ni ha creado para él ninguna jurisprudencia especial.

El procedimiento penal no sufre alteración alguna porque el delincuente sea extranjero. La única disposición que a éste se refiere expresamente es con el objeto de ofrecerle una garantía. Es aquella que indica que cuando el declarante ignore el idioma castellano, intervendrá un intérprete.

En principio las sentencias dictadas por tribunales extranjeros no tienen aplicación en el territorio de la República.

Tienen en cambio fuerza legal, pero sólo para los efectos de impedir el juicio, respecto de los extranjeros que en país extranjero hubiesen falsificado moneda nacional o documentos de crédito público; y respecto de los piratas y tratantes de blancas. Pero para ello no basta simplemente que los tribunales extranjeros hayan comenzado a conocer en el asunto, sino que la ley exige expresamente las circunstancias de haber sido los reos juzgados y sentenciados.

"Pero en lo que respecta a la responsabilidad civil que el delito entraña, no hay inconveniente alguno en que se ejecuten en un país sentencias dictadas por otro. Bajo este aspecto, el delito en nada se diferencia de los demás hechos que producen obligaciones, antes por el contrario, debe haber más severidad para hacer cumplir las obligaciones que de ellos emanan" (Luis Sanojo, codificador venezolano del 73, citado por Lorenzo Herrera M., quien agrega que esta solución está admitida por Venezuela, conforme al contenido del art. 437 del Código Bustamante. Por tanto, es aplicable al Perú que ha suscrito el Código). En Guatemala, la ley de extranjería consigna un artículo en este sentido.

En materia penal, el Perú ha suscrito algunos convenios internacionales.

Con Bélgica (1888), España (1889), Alemania (1902) e Italia (1935) celebró pactos en virtud de los cuales existe el compromiso recíproco de comunicarse extractos de las sentencias condenatorias por delitos previstos en el Código Penal de los respectivos países, contra sus nacionales.

En 1935 se firmó acuerdos con Bolivia y Chile para impedir que en los países respectivos se pueda realizar cualquier acción que tienda a alterar el orden social del toro.

En 1931 se aprobó un Convenio de Defensa Social y Cooperación Policial suscrito en 1920 con Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

Por este convenio, los Estados se comprometen, de modo permanente, a enviarse informaciones sobre: tentativas o ejecución de hechos anárquicos u otros semejantes y cualquier movimiento tendiente a alterar el orden social, así como las resoluciones de carácter legal o administrativo que se refieran a prevenir o reprimir esos hechos; preparación o perpetración de delitos comunes que puedan interesar a los demás, agregándose todos los datos e informaciones necesarias para apreciar el caso; y los individuos peligrosos para la sociedad, así como su salida o expulsión, cualquiera que sea el país de su destino.

En 1935 se suscribió en Chile un convenio en virtud del cual la falsificación, en territorio de uno de los dos países, de moneda metálica o fiduciaria, así como de títulos de la deuda pública u otros instrumentos de crédito y billetes de lotería será penada como si se tratara de los mismos delitos perpetrados en relación a tales monedas, títulos o billetes del mismo país, así como a su circulación a sabiendas de que son falsificados. Para los efectos del juzgamiento y penalidad, se equiparan a los delitos cometidos en el mismo territorio. Se dispone, asimismo, que las autoridades policiales se comunicarán recíprocamente los denuncios o antecedentes que sean del caso.

Pendiente de la aprobación legislativa, se encuentra un convenio suscrito en Lima el 7 de julio de 1933, con la Argentina, sobre represión de los perturbadores del orden público.

Por el Convenio, los Estados se comprometen a expulsar de sus respectivos territorios, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes locales, a los individuos de nacionalidad extranjera cuya permanencia comprometa el orden social. Ningún individuo expulsado de un país, será admitido en el territorio del otro, salvo que se trate de su propio nacional, en cuyo caso la admisión es obligatoria. Para el cumplimiento de estas disposiciones, los Estados se darán cuenta, por la vía diplomática, de la expulsión, remitiéndose los antecedentes del caso, así como el prontuario policial del individuo con su fotografía y ficha dactiloscópica.

La VII Conferencia Internacional Americana recomendó la adopción de principios sobre penalidad de delitos cometidos a bordo de aeronaves, en la siguiente forma:

Mientras la aeronave se encuentre en contacto con suelo extranjero, los delitos caen bajo la competencia de los tribunales de ese Estado y serán juzgados por sus leyes; si está fuera de los límites de cualquier Estado, regirá la ley del pabellón; y si se encuentra volando sobre Estado extranjero caen bajo la acción del Estado subyacente del primer aterrizaje.

DE LA EXTRADICION

Preliminares. — Legislación. — Entrega de nacionales. — Requisitos para que proceda el pedido de extradición. — Delitos que dan mérito a la extradición. — Delito político. — Delito anterior al que motiva la extradición. — Caso en que la persona se encuentre detenida. — Obligaciones privadas contraídas por persona cuya extradición se solicita. — Tramitación del pedido de extradición. — Pedido formulado por varios Estados. — Detención provisional. — Gastos. — Pena de muerte. — Tránsito por tercer estado.

La extradición es una institución en virtud de la cual un Estado entrega los delincuentes o acusados que se encuentran en su territorio y que están sujetos a la competencia de otro Estado, para que éste proceda a juzgarlos o aplicarles la sanción a que se han hecho acreedores.

Reviste dos formas: la activa y la pasiva, según que el Estado solicite o conceda la entrega del acusado o delincuente.

La extradición en su forma activa, se encuentra legislada en el Código de Procedimientos Penales, en los arts. 437 y 438. Siempre que un juez o tribunal tenga conocimiento que uno o varios de los acusados se hallan en país extranjero, si de la instrucción resulta suficientemente acreditada su culpabilidad, elevará copia de lo actuado a la Corte Suprema para que ésta resuelva si conforme a la ley, a los tratados o a los principios de reciprocidad o cortesía, corresponde reclamar la extradición. La Corte, previo dictamen fiscal, que se expedirá en el plazo de tres días, designará inmediatamente la vista de la causa que contenga la consulta elevada, dictando su resolución dentro de las 24 horas siguientes a la audiencia.

En su forma pasiva, la extradición está legislada por la ley del 23 de octubre de 1888. Antes de su dación, con motivo de una solicitud del Encargado de Negocios del Brasil en Lima, el año de 1845, el que ofreciendo la reciprocidad pidió la extradición de 22 brasileiros asilados en Amazonas después de haber asesinado al Comandante de la frontera de Tabatinga, el Gobierno del Perú declaró que la extradición de los criminales "solo debe hacerse en virtud de tratados". "Si fuera de otro modo, decía un escritor, se crearía para un caso particular un sistema de penalidad y esto sería la más repugnante violación del derecho de gentes. Y, en efecto, el Gobierno que concede la extradición de un individuo refugiado en su territorio, comete un abuso de autoridad, si no existe un tratado diplomático o si no ha sufrido directamente a consecuencia del crimen cometido, porque la extradición consiste en entregar a un reo para hacerlo juzgar y castigar".

La ley, en cambio, tuvo inspiración opuesta, pues facultó al Ejecutivo para entregar a los Gobiernos de países extranjeros a todo individuo acusado o condenado por los Juzgados y Tribunales de ese país, con la condición de reciprocidad; y en su art. 13 (que fué derogado por la ley 198 del 13 de agosto de 1906) le mandó desahuciar los tratados de extradición no sujetos a la ley.

La legislación contractual sobre la materia está constituida por los tratados bilaterales celebrados con Bélgica (23-11-1888 y 11-1889, ratificados en 22-8-1890); España (23-7-1898); Estados Unidos (28-11-1899); Gran Bretaña (26-1-1904, canjeado en 10-11-1906 y ampliado a sus mandatos en 16-1-1928 y 1-12-1934); Brasil (13-2-1919; y pendiente de ratificación con Chile (5-11-1932); y los pactos multilaterales representados por el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo (1889), el Acuerdo sobre Extradición suscrito en el Congreso Bolivariano de Caracas (1911) y por el Código Bustamante de 1928.

El Tratado de Montevideo está vigente con Argentina, Paraguay y Uruguay; el Acuerdo de Caracas con Colombia; y el Código Bustamante con Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela.

En las Conferencias Internacionales Americanas, II y IV, se suscribieron Convenios que no han sido ratificados por el Perú.

La extradición puede referirse a nacionales y extranjeros. Sobre este punto hay dos teorías extremas: la que prohíbe y la que admite la entrega del nacional; y, entre ellas, diversos sistemas intermedios.

La ley de 1888 declara, en principio, que no se concederá en ningún caso la extradición del ciudadano peruano por nacimiento o por naturalización antes del hecho que motiva la solicitud de extradición, pues exceptúa el caso en que se trate de naciones limítrofes en que se puede pactar tal entrega.

En el aspecto convencional, la situación varía. Desde la terminante declaración contenida en los tratados con Bélgica y Estados Unidos, que en ningún caso ni por ningún motivo las partes estarán obligadas a entregarse sus propios nacionales, la estrictez de la fórmula disminuye en el Código Bustamante y el proyecto suscrito con Chile en que se estipula que tal entrega no es obligatoria; en el pacto con Gran Bretaña se expresa que las partes se reservan el derecho de negar la entrega del nacional, para, en el Tratado de Montevideo admitir implícitamente la entrega, al consignar que en ningún caso puede impedir la extradición la nacionalidad del reo y, finalmente, estipular expresamente la entrega en el tratado con Brasil y en el Acuerdo del Congreso Bolivariano.

Pero la circunstancia que la extradición no rija para con los nacionales no significa que éstos queden impunes. Precisamente, cuando tal hecho se estipula, se agrega que en este caso el Estado queda obligado a juzgarlo y aun se consigna la obligación del Estado en donde se cometió el hecho punible, de proporcionar todos los elementos necesarios para la pronta administración de la justicia y castigo del delincuente. (Esta teoría la consagran El Salvador y Nicaragua en sus Constituciones).

Enumerar los delitos que dan lugar a la extradición sería alargar demasiado este punto. Baste decir, que en los tratados suscritos por el Perú, se señala la

naturaleza de las infracciones y la entidad de las penas que la determinan. El plazo mínimo de pena es, según el Tratado de Montevideo, de 2 años de privación de la libertad según la legislación del Estado requerido; de seis meses según el acuerdo de Caracas; de 1 año según el Código Bustamante, lo mismo que en los tratados celebrados con Brasil y Chile (el último, pendiente de aprobación legislativa).

Para que la extradición proceda se requiere que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer y juzgar la infracción; que presente documentos que prueben la prisión preventiva ordenada por juez competente, antes o después de la formación de causa y el enjuiciamiento del reo o que acrediten la sentencia condenatoria pronunciada por el tribunal competente; que el delito no esté prescrito con arreglo a la ley del Estado requirente (Bélgica se refiere a la del país requerido); que por el mismo hecho no haya sido el reo condenado o cumplido la sentencia en alguno de los países (Tratado con Bélgica añade: o por otro más grave); y que el inculpado no tenga que responder en el Estado requerido ante algún tribunal.

El Código Bustamante agrega: que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pide o que le sean aplicables sus leyes penales; que el hecho tenga carácter de delito en ambos países; que la pena asignada a los hechos imputados no sea menor de un año de privación de la libertad; y que esté autorizada o acordada la prisión preventiva del procesado si no hubiera sentencia firme.

El pedido de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de su procedencia y a la admisión y calificación de las excepciones conque pudiera ser impugnado por parte del reo, quedará sujeto a la decisión de las autoridades del país de refugio.

El detenido, según el Código Bustamante, podrá utilizar en el Estado requerido todos los medios legales concedidos a los nacionales para recobrar su libertad, fundando su ejercicio en las disposiciones de ese Código; y ante el requirente, todos los recursos que procedan contra las calificaciones y resoluciones en que se funda.

La ley peruana declara que no se concederá la extradición cuando los delitos tuvieren carácter político o se hubiesen perpetrado en conexión con ellos. Tal prohibición, contenida en todos los pactos suscritos por el Perú, consagra el criterio dominante en esta materia, por considerarse que su calificación como delito depende del éxito o del fracaso de la causa que los motivó. Algunas Constituciones (Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México) contienen estipulaciones en este sentido.

La dificultad mayor estriba en definir el delito político. "Técnicamente pudiera decirse que es de esa clase todo acto punible según la legislación del país en que se realiza o en que ha de producir sus efectos, que tenga por fin cambiar la organización del Estado, su régimen de gobierno o las personas que lo ejercen".

En algunos casos, como en los tratados suscritos con Bélgica y España, en el Acuerdo de Caracas y en el Código Bustamante, se declara que no constituyen delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado extranjero, contra los miembros de su familia o contra cualquiera persona que ejerza autoridad, si constituye delito penado con más de dos años de cárcel (España) o si se trata de atentado de homicidio, asesinato o envenenamiento.

Consignan, también, la ley y los tratados, que no se concederá la extradición por delitos conexos con los políticos. Si bien estos delitos se cometen en momentos de exaltación respecto de las conveniencias públicas, conviene no obstante exceptuar de la norma aquellos delitos que entrañen atrocidad del medio, como los atentados contra la propiedad por incendio, explosión, inundación y los actos de anarquía dirigidos contra las bases de toda organización social, porque tales hechos conmueven la tranquilidad pública de tales sociedades.

Ya el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Ginebra (1892), recomendó que la extradición se acordara cuando las infracciones constituyeran atentados contra la vida o la propiedad particularmente graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, o actos de barbarie y de lesa humanidad o de vandalismo inútil. Este punto fué previsto en el tratado con Brasil.

La determinación de si se trata de un delito político o de un hecho conexo, corresponde al Estado requerido; y sólo en el Tratado de Montevideo se aclara que lo hará con arreglo a la ley más favorable al reo.

Los Estados, en general, consignan en sus tratados cláusulas expresas que aseguren que el extraditado no será sometido a juicio por delitos políticos o conexos con ellos. Así en el tratado con Gran Bretaña se declara que no será entregado si el interesado prueba que la demanda ha sido hecha con la mira de juzgarlo y castigarlo por delito político o conexo con él.

También se estipula (Tratado de Montevideo) que el extraditado no podrá ser juzgado ni castigado por delitos políticos ni por actos conexos salvo, agrega el tratado con Bélgica, que haya tenido libertad de salir de nuevo del país durante un mes después de haber sido juzgado y, en caso de condena, después de haber purgado la pena.

El tratado con Brasil añade que los reos presuntos o declarados de delitos militares, de imprenta y contra el libre ejercicio de cultos no están sujetos a extradición, pero sí los reos de delitos comunes conexos.

Ninguna persona entregada puede ser juzgada o castigada por crimen o delito cometido antes ni por otro distinto de aquel por el cual fué entregado, sin

consentimiento del Gobierno que hizo la entrega; hasta que tenga oportunidad de regresar al país que lo entregó (Tratado con Gran Bretaña). En el tratado con Bélgica y en el Acuerdo del Congreso Bolivariano se señala el plazo de un mes y en el proyecto con Chile y en el Código Bustamante, de tres meses para salir del país, periodo que se computa desde la fecha de juzgamiento; y en caso de condena, después de haber purgado la pena.

Se exige en estos casos que se prevenga al delincuente de las consecuencias a que le expondrá su permanencia en el país. En algunos convenios (Bélgica, Estados Unidos, Brasil, Chile y en el Acuerdo del Congreso de Caracas) se exige, además, para el juzgamiento que consienta en ello el Estado que lo entregó.

En cuanto a la entrega a un tercer país, sólo se contempla en los pactos con Bélgica y en el Acuerdo del Congreso de 1911, que la admiten con previo consentimiento del Estado que lo entregó, si ha permanecido en el país vencido el plazo a que se ha hecho referencia antes.

La persona cuya extradición se solicita puede estar sujeta a un procedimiento judicial en el país de refugio. Si dicho procedimiento es por el mismo delito (o por infracción de mayor gravedad indica el tratado con Bélgica), la demanda debe ser denegada. Si es por hecho punible distinto, entonces la entrega debe diferirse hasta que se le absuelva o condene en cuyo caso, hasta que cumpla la pena.

La única condición que se exige en los casos anteriores, es que el delito debe haberse cometido en fecha precedente a la de la solicitud de extradición, como medio de evitar que la comisión de leves delitos en el país de refugio permita eludir la sanción por un hecho grave.

El Tratado de Montevideo al referirse a este punto omitió hacer la salvedad; en los pactos suscritos con Estados Unidos, Gran Bretaña y Brasil, lo mismo que en el Código Bustamante no se hace referencia a la condición de anterioridad; mientras que en el tratado con Bélgica se declara que no podrá diferirse la entrega del reo si el delito es posterior o la pena fuera menor que la que motivó la demanda de extradición.

Puede acontecer que la persona reclamada haya contraído obligaciones de naturaleza privada. El punto fué contemplado en los tratados con Bélgica y de Montevideo, declarándose que tales obligaciones no pueden impedir la extradición. La legislación colombiana sigue igual criterio.

Cuando la extradición de una persona es solicitada por más de un Estado, declara la ley peruana que el Gobierno decidirá, según las circunstancias, a cual de ellos deba ser entregado y la misma facultad se tiene estipulada en el tratado con Bélgica.

El criterio ha variado en las convenciones suscritas por el Perú. Con Gran Bretaña se ha pactado la entrega al Estado que formuló primero la demanda; salvo el caso, se agrega en el tratado con Estados Unidos, que el Estado éste obligado a dar la preferencia a otro.

Los tratados con Brasil, Chile, de Montevideo, el Acuerdo del Congreso Bolivariano y el Código Bustamante, tienen un orden de preferencia preestablecido, aun cuando los dos últimos dejan a salvo la existencia de una obligación preferencial contenida en tratado anterior. Así, en el tratado con Brasil se da preferencia al Estado donde el delito se consumó; y si son varios los delitos, al de la infracción más grave y luego, al que tenga prioridad en el pedido. (Igual norma tiene la ley colombiana). En el Tratado de Montevideo se suprime la primera parte de la anterior regla; y el Código Bustamante contempló la simultaneidad de los pedidos, otorgando la preferencia al Estado de origen y, en su defecto, al del domicilio del delincuente; y el Congreso Bolivariano, al Estado que previno.

Un criterio de prioridad que tiene suma importancia y que no se ha tenido en consideración, es el de dar preferencia al país que hubiera dictado sentencia sobre aquel en que se trata de simple acusado.

En ciertos casos de urgencia, se puede gestionar el arresto del acusado o condenado, con cargo de presentar a la brevedad posible el mandato de prisión o la sentencia (tratado con Bélgica). En el pacto con Estados Unidos, la condición es que el pedido de extradición se acompañe con las pruebas de la criminalidad del detenido.

Como la detención no puede ser indefinida, se tiene estipulado que el plazo en que se debe presentar el pedido de extradición no excederá de 30 días. Los tratados con Brasil y Estados Unidos amplían el plazo a 60 días. Según la ley peruana, la detención preventiva no excederá de tres meses.

La ley de 1888, consagrando el principio de la solidaridad internacional de la justicia y de la defensa contra el delito, faculta al Ejecutivo para permitir el tránsito por el territorio de la República de los reos extraditados por las naciones vecinas, salvo que fuesen peruanos.

Para ello, la autorización será pedida por el Estado recurrente exhibiendo la orden de extradición expedida (Tratados con Brasil y de Montevideo), o exhibiendo el ejemplar original o una copia auténtica del documento que concede la extradición. El proyecto de tratado con Chile agrega: y siempre que el hecho que la hubiese motivado esté comprendido en el tratado.

Los gastos que la extradición ocasione al Estado requerido son, naturalmente, de cargo del requirente, puesto que son causados a su solicitud y en su interés, pero deben ajustarse a las tarifas y reglas del país al que se pide. En ningún caso, sin embargo, deben exceder de los que ocasione la detención de un delincuente por sus propios tribunales. (Es la regla que se consigna en los tratados con Chile, Gran Bretaña, Estados Unidos y en el Acuerdo del Congreso Bolivariano). El Tratado de Montevideo se apartó de estos principios, estableciendo que los gastos que demande la extradición serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y desde entonces a cargo del Estado requirente.

En el Tratado con Bélgica se tiene estipulado que los gastos serán de cuenta del Estado requerido, pero añade que si el delincuente reside fuera de Lima, serán soportados por el Gobierno belga, en vista de la extensión del territorio.

El pedido de extradición debe formularse por la vía diplomática (Tratados con Bélgica, Chile, Brasil y del Congreso de Caracas). En algunas convenciones (con Estados Unidos, Gran Bretaña y Tratado de Montevideo) se estatuye que en ausencia de agentes diplomáticos, los pedidos se introducirán por los cónsules y en su defecto, por los Gobiernos directamente. El Código Bustamante se limita a indicar que se formularán por conducto de los funcionarios debidamente autorizados para ello por las leyes del Estado requirente. Es lo que dispone la ley peruana.

La solicitud de extradición debe acompañarse, cuando se trata de presuntos delincuentes, de los documentos debidamente legalizados que acrediten la ley penal aplicable a la infracción motivo del pedido, el auto de detención y de los que según sus leyes autoricen la prisión y enjuiciamiento del reo. Si se refiere a un sentenciado, copia legalizada de la sentencia condenatoria ejecutoriada, y de las pruebas que el reo fué citado y representado en juicio o declarado legalmente rebelde. Se agregará, asimismo, la filiación del individuo reclamado.

En el Acuerdo suscrito en el Congreso de Caracas, se exige indicar la designación exacta del delito o crimen y la fecha de su perpetración, así como las declaraciones y pruebas en virtud de las cuales se dictó el auto de prisión.

Presentada la solicitud, el Ministerio de Relaciones Exteriores la pasará a la Corte Suprema, la que previa audiencia del Ministerio Fiscal, emitirá su informe acerca de la legalidad o ilegalidad de la reclamación. En virtud de dicho informe, el Presidente de la República resolverá, de acuerdo con el Consejo de Ministros, la demanda de extradición (ley de 1888). Este sistema, considerado transaccional entre aquellos que consideran que es exclusivamente el Ejecutivo por un lado y el Judicial por otro, quienes deben resolver la petición, ha sido objeto de críticas por considerarse que tiende a convertir al Tribunal Supremo en consultor del poder Ejecutivo, siendo así que los jueces son soberanos en los asuntos que le compete.

La tramitación señalada en la ley peruana se halla modificada por las disposiciones del Tratado de Montevideo (respecto de los países para con quienes

rige), modificaciones, que significan una garantía en favor de la persona cuya entrega se pide.

Dispone el Tratado que, introducido el pedido de extradición en debida forma, se remite al juez o tribunal competente, quien ordenará la prisión del reo, al cual se le hará saber la causa de la detención en el término de 24 horas para que dentro de los 3 días siguientes pueda oponerse a la extradición alegando: que no es la persona reclamada; defectos de forma que adolezcan los documentos presentados; o la improcedencia del pedido de extradición. (Es regla que contiene la ley de Colombia).

En caso necesario se abre el incidente a prueba, siguiéndose las prescripciones de la ley procesal local y, producida ésta, se falla sin más trámite, en el plazo de diez días. La resolución es apelable dentro del término de tres días, por ante el Tribunal competente, el cual se pronunciará en el plazo de cinco días.

Si el Estado requerido considerara improcedente el pedido por defecto de forma, devolverá los documentos respectivos al Gobierno que lo formuló, expresando la causa y defecto que impiden la sustanciación judicial.

Si la sentencia fuera favorable, se comunicará al Ejecutivo a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente. Si es contraria, el Tribunal ordenará la libertad del detenido y lo comunicará al Gobierno, acompañando copia de la sentencia, para que la ponga en conocimiento del Estado requirente. El Código Bustamante agrega que en este caso, no se puede volver a solicitar la extradición por el mismo delito.

Si el detenido manifestase su conformidad, se sentará acta en que conste los términos de dicha conformidad y se declarará sin más trámite, la procedencia de la extradición.

Un deber que tiene el Estado que obtiene la extradición es la de comunicar al que la ha concedido, la sentencia definitiva que en el proceso recaiga, especialmente si es absolutoria, a fin de que si el interesado regresa no esté bajo el peso de un antecedente penal. No obstante la importancia del punto, solo en el Tratado de Montevideo se legisló expresamente sobre él.

El Estado al que se demanda la extradición, tiene la libertad de rehusar la entrega de los individuos acusados o condenados por delitos a los que se aplica la pena de muerte. El principio está consignado en los pactos suscritos por el Perú aunque con diversas fórmulas, excepto en los tratados con Estados Unidos y Gran Bretaña que no se refieren al punto y del Acuerdo de Caracas en que se declara que no se ejecutará la pena de muerte sino cuando esté permitida en el país que lo entrega.

Mientras con Brasil se ha estipulado la facultad de rehusar la entrega, con otros países se ha pactado qué la pena será conmutada por la de prisión (Bél-

gica) o por la inmediata inferior (Tratados de Montevideo y Chile). La regla del Código Bustamante se dirige mas bien al Estado requirente pues prohíbe imponer o ejecutar la pena de muerte por el delito, causa de la extradición.

Al lado de la extradición, existe la reextradición o sea la facultad que tiene un Estado que ha obtenido la extradición de entregar al sujeto a tercera potencia que lo reclama por infracción que tiene derecho a juzgar.

Se ha legislado en el Tratado de Montevideo y en el Acuerdo de Caracas. Según el primero, la entrega queda sujeta al consentimiento de la Nación que lo entregó si el reclamado no fué puesto en libertad o si no tuvo la libertad de abandonar dicho Estado en el plazo de un mes (Congreso Bolivariano).

EL EXTRANJERO ANTE EL DERECHO COMERCIAL

Igualdad con los nacionales. — Quienes son comerciantes en el Perú. — Capacidad e incapacidades para ejercer el comercio. — Actos de comercio. — La forma en los contratos de comercio. — Unificación del Derecho Comercial. — Disposiciones que limitan las actividades comerciales e industriales de los extranjeros. — Proporción entre nacionales y extranjeros en los establecimientos industriales y comerciales. — Las disposiciones del decreto supremo del 25 de junio de 1936, y del Reglamento de Inmigración.

El Código de Comercio no hace distinción entre peruanos y extranjeros al legislar en materia comercial y en disposición expresa les reconoce el derecho de ejercer el comercio en el Perú. Tan sólo para ser patrón o capitán de buque exige la calidad de peruano.

La misma reserva se encuentra en la legislación de Brasil que exige, asimismo, que la tripulación sea cuando menos en una tercera parte de nacionales. En cambio en Argentina y Chile los extranjeros pueden ser propietarios y capitanes de buque si tienen domicilio en la República.

Dado que para la legislación comercial el extranjero se halla en la misma condición que el peruano, conviene hacer un ligero estudio sobre algunos puntos, como la determinación de la calidad de comerciante, la capacidad para ejercer el comercio, la designación de los actos de comercio y la forma de los contratos de comercio.

La determinación de quienes son comerciantes es de importancia porque la condición de tal influye en algunos casos para la asignación del carácter mercantil de ciertos contratos (depósito, préstamo, seguro).

En general cada legislación se aplica con carácter territorial para decidir quienes son comerciantes. El Código de Comercio peruano declara que: "Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente" (1). Es la misma fórmula que emplean los Códigos argentino y chileno.

El Tratado de Montevideo señaló la ley del país en el cual tiene el asiento de sus negocios para determinar el carácter de comerciante de la persona; y el Código Bustamante, la ley del lugar en donde se realizó el acto o ejercido la industria de que se trate.

Conforme al art. 3 del Código de Comercio, existe la presunción (admitida en todas las legislaciones) del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona anuncia por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

La capacidad para ejercer el comercio varía según las legislaciones. Unas aplican la ley nacional, otras la refieren a la ley del domicilio y terceras a la ley del lugar donde se realiza el acto mercantil.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Lausana (4-9-88), aun cuando reconoció que la capacidad se rige en principio por la ley nacional admitió que en materia comercial debía aceptarse la ley de situación. El fundamento para adoptar esta dualidad está en la frecuencia de las operaciones mercantiles y la necesidad de ultimarlas sin necesidad de investigar ni conocer las leyes de otros países.

Dentro de la codificación americana, el Tratado de Derecho Mercantil de Montevideo, aunque no legisla expresamente sobre el punto, declara que "los comerciantes y agentes auxiliares de comercio están sujetos a las leyes comerciales del país en que ejercen su profesión", con lo que reconoce implícitamente el vigor de la ley territorial. En cambio el Código Bustamante dispone que la capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en los actos y contratos mercantiles se regula por la ley personal de cada interesado (232).

El Código de Comercio del Perú previene que los extranjeros pueden ejercer el comercio en el Perú con sujeción a su ley nacional en lo que se refiere a su capacidad para contratar. (15).

Se ha discutido la validez de la disposición anterior en vista de que el nuevo Código Civil declara que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, o sea la peruana para los extranjeros domiciliados en el país.

El Dr. Núñez Valdivia considera que no hay oposición entre ambos mandatos porque la primera se refiere exclusivamente a la capacidad comercial, que puede ser sometida a un régimen internacional distinto del fijado para la capacidad civil. De otro lado, el Dr. Alvarado Garrido sostiene que la disposición del Código de Comercio ha sido derogada por el Código Civil de acuerdo con el art. 1823 en razón de que la capacidad a que se refiere el primero de los citados cuerpos de leyes no es sino una forma de la capacidad civil, cuya deter-

minación regula el art. V del Título Preliminar del Código Civil. Tal es, también, la opinión del Dr. León Montalván. No hay, sin embargo, jurisprudencia sobre el particular.

Admitido que la capacidad para ejercer el comercio es la misma que se requiere para contratar y obligarse válidamente, se concluye como requisitos para tal ejercicio la mayoría de edad (21 años), salvo que se trate de menores legalmente emancipados y que tengan la libre disposición de sus bienes.

No podrán ejercer el comercio, las personas absolutamente incapaces, conforme al Código Civil. El Código de Comercio contempla, además, otras incapacidades. Algunas de ellas son de carácter individual como las que provienen de la pena de interdicción. Es ésta una incapacidad que se debe considerar territorial pues se establece como medida de precaución económica en defensa general.

Otras incapacidades envuelven sólo la prohibición de que coincidan actividades mercantiles que no son lícitas en virtud de un contrato social y como está en la voluntad su origen, la regla depende del orden privado.

Otras incapacidades para ejercer el comercio son las prohibiciones que señala el Código para los agentes mediadores de comercio; y la parcial atribuida a los miembros de una sociedad mercantil para dedicarse a las mismas actividades propias de ella.

Finalmente hay otras que resultan del ejercicio de funciones públicas y en que la naturaleza del cargo, el peligro de una competencia ilegítima o de un lucro ilícito, llevan al legislador a establecerlas. Son las contempladas en el art. 14 del Código de Comercio y que no son aplicables a los extranjeros.

El Código Bustamante dedica a esta materia los artículos 235 al 238 en que dispone que la ley local se aplicará para determinar la incapacidad para el ejercicio del comercio de los empleados públicos y de los agentes de comercio y corredores; de los agentes diplomáticos y consulares por la ley del Estado que los nombre; y el contrato o la ley que lo rige, para apreciar la prohibición que los socios colectivos o comanditarios realicen operaciones mercantiles o cierta clase de ellas por cuenta propia o de otros.

Respecto de la enumeración de los actos de comercio, el Código peruano no adopta sistema alguno. Se limita a declarar en una fórmula general lo que son actos de comercio, lo que permite clasificar por analogía como tales a otros semejantes. La disposición del Código dice: "Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga" (2).

En otras legislaciones se enumera taxativamente cuáles son los actos de comercio o se adopta un sistema enunciativo, siendo mercantiles no sólo los actos que se encuentran dentro de la enumeración sino los que tienen el mismo carácter extrínseco o intrínseco.

La calificación civil o mercantil del acto o contrato depende de la ley del lugar en que se realiza y cuya decisión trasciende a todas sus consecuencias. Es la norma consignada en el Tratado de Montevideo.

Los contratos de comercio exigen rapidez y sencillez. De ahí que el Código reconozca la más amplia libertad en cuanto a la forma que revistan. Serán válidos, declara, cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren. la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que establece el derecho civil. (50).

Sin embargo la regla no es aplicable a aquellos contratos que, con arreglo al mismo Código o a leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades determinadas para su validez; ni a los celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas o solemnidades aunque no las imponga la ley peruana (51-52). Queda así consagrado el principio del *locus regit actum* para la forma de los contratos mercantiles.

Las disposiciones anteriores coinciden con la estipulación del Código Bustamante y es semejante a la establecida en la legislación argentina. En cambio el Tratado de Montevideo remitió la forma de los actos de comercio a la ley del lugar de ejecución.

Si en el Perú, como en los demás países, se declara la igualdad de nacionales y extranjeros para el ejercicio del comercio, esta igualdad resulta insuficiente. El tráfico mercantil ha trascendido los límites del Estado y las Naciones se preocupan de eliminar en lo posible las barreras comerciales. Pero al ponerse en contacto los comerciantes de los diversos países, surge el conflicto de legislaciones.

El fenómeno económico, por su carácter universal, debería estar regido en todos los países por una misma ley; pero como sucede que la legislación positiva ha elevado a normas obligatorias las costumbres y usos, que difieren de un lugar a otro, se ha derivado de este hecho la variedad de leyes que en la actualidad norman los actos de comercio, dificultando así las relaciones mercantiles internacionales.

Como medio de salvar esas dificultades se cuenta en América con el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo y el Código Bustamante. Estos cuerpos de leyes (el segundo más amplio) se limitan simplemente a señalar la ley que debe aplicarse en el caso que surgiera un conflicto de leyes, pero mantienen, por consiguiente, la diversidad de legislaciones en materia comercial.

Ante esta situación, lo que interesa ahora es, no tanto la igualdad del extranjero y el nacional ante el Derecho Comercial en la República: lo que se anhela es que las relaciones comerciales estén regladas por leyes uniformes.

Los estudios para procurar la codificación de la legislación mercantil en América, tienen sus antecedentes en el Congreso de Jurisconsultos de Lima (1888), en la I Conferencia Financiera Panamericana de Washington (1915) y en los realizados en la Alta Comisión Internacional de Legislación de Buenos Aires (1916).

La VI Conferencia Internacional Americana recomendó la adopción de una ley uniforme sobre letras de cambio y demás efectos de comercio sobre la base del reglamento aprobado en La Haya en 1912.

La Conferencia siguiente, reunida en Montevideo, resolvió que el Consejo Directivo de la Unión Panamericana designara una Comisión de Expertos formada por cinco miembros para que formule un anteproyecto de Unificación del Derecho Cambiario tomando como base las conclusiones de las Convenciones de La Haya y de Ginebra si fuere posible aquella unificación; y en caso contrario, aconsejara el procedimiento más adecuado para reducir al mínimo posible los sistemas a que responden las diversas legislaciones sobre letras de cambio, pagarés, cheques. La Comisión debería expedir su informe en 1934 y remitirlo al Comité Directivo para que, a su vez, lo sometiese a los Gobiernos de la Unión Panamericana; sin embargo sólo fué nombrada en 1935.

También la VIII Conferencia Internacional Americana, reunida en Lima en 1938, estudió la materia y resolvió encomendar a la Comisión Permanente de Legislación Comparada y Uniformidad de Legislaciones de La Habana el estudio y preparación de proyectos relativos a: letras de cambio y pagarés a la orden; perfeccionamiento de los contratos celebrados por correspondencia; comisión mercantil; derechos y obligaciones del comitente y del comisionista y la prescripción de las acciones correspondientes; contratos de transporte, de fletamento y de pasaje; hipoteca naval; personalidad jurídica de las compañías extranjeras; extensión de los poderes de los agentes encargados de la administración de las sucursales a fin de que tengan siempre las facultades indispensables para el desempeño de sus cargos; establecimiento e inscripción de sucursales a fin de evitar los conflictos que se derivan de la diferencia de leyes a que están sujetas la casa principal y la sucursal; averías y otros accidentes del comercio marítimo.

La misma Conferencia acordó crear, con sede en Lima, una Comisión Permanente de Juristas encargada de estudiar y preparar la unificación de las leyes mercantiles.

De lo expuesto se observa que los esfuerzos más importantes se han hecho en el sentido de la unificación de la legislación cambiaria. Mas toda la labor proyectada ha quedado en suspenso con motivo de la conflagración mundial y es de esperar que pasado el periodo de desorganización que tal hecho ha producido, se reanude los esfuerzos para obtener la unificación de las leyes comerciales, lo que se verá favorecido por el espíritu de unión que anima a las naciones americanas.

La Constitución garantiza, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, la libertad de comercio y de industria (40); y el Código de Comercio, como se ha indicado, reconoce expresamente a los extranjeros la facultad de ejercer el comercio en el Perú.

La libertad que reconoce la Constitución, sin embargo, no es absoluta: se encuentra limitada, es primer lugar, por la moral, la salud y la seguridad públicas (C. 42), restricciones tan naturales que no necesitan mayor explicación. Además, desde la Carta de 1919 se contempla la posibilidad de establecer limitaciones o reservar a ese ejercicio, pero sin que ellas puedan tener un carácter personal y de confiscación.

La libertad de industria y de comercio en la forma como la consagra la Constitución peruana se encuentra en las de Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala y México; mientras que en las de Brasil, Bolivia, Cuba, Nicaragua y Uruguay se establece o contempla la posibilidad que el Ejecutivo imponga restricciones si la seguridad o necesidades públicas lo requirieran.

Una limitación al libre ejercicio de la industria y del comercio la constituyen las patentes que reservan para la persona que legalmente la ha obtenido, el comerciar con los objetos materia de ella.

La apertura de establecimientos industriales y comerciales requiere obtener, previamente, autorización municipal y en su funcionamiento están regidos por las Ordenanzas municipales y disposiciones gubernativas.

Por último están prohibidos los acaparamientos y sólo la ley, en exclusivo interés nacional, puede establecer monopolios y estancos en favor del Estado, estando negado a los particulares el ejercicio de las industrias estancadas.

Esta prohibición para el establecimiento de monopolios por particulares se encuentra en la mayoría de las Constituciones americanas (no se hace referencia a ella en las de Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Ecuador y Haití). En ellas, al igual que en la peruana se admite la posibilidad de establecerlos en favor del Estado sea en resguardo del orden social o para prevenir a la seguridad del país (explosivos, armas) para asegurar los servicios públicos (correos y telégrafos) defender el crédito de la Nación (acuñación de moneda) o para obtener rentas para el Gobierno (salitre, tabaco, fósforos, naipes).

En estos casos, algunas Constituciones en resguardo del interés particular se declara, expresamente, que aquellas personas que por el establecimiento de un monopolio se vieran privadas del ejercicio de una industria lícita, deberán ser previamente indemnizadas (Colombia). En otros casos (El Salvador, Honduras y México) se especifica las materias que pueden ser estancadas.

A más de estas limitaciones generales y otras particulares (a las industrias textil, de sombreros, calzado y de cuero establecidas en las leyes 8677, 8900, 8906 y 8956, los D. S. de 20-5-39 y 1-6-42, en la R. S. de 20-5-39 y 5-2-41 y en la R. M. de 1-9-42; y a la industria agrícola en los fundos de Lima, Callao, Chancay, Cañete, Ica, Chincha y Pisco por R. S. de 26-3-40) comunes a peruanos y extranjeros, hay algunas que afectan a éstos exclusivamente. Así, la ordenanza del 13 de setiembre de 1940 dispon que "los extranjeros no pueden dedicarse a la industria de fabricación de oxígeno obtenido por destilación del aire". tria de fabricación de oxígeno obtenido por destilación del aire".

La ley 6968 (10-12-30) que creó el Registro Oficial de Ingenieros, dispone que toda empresa o particular que explote una industria, tendrá a su servicio un 50% cuando menos de elemento nacional, tanto en la parte técnica como en la administrativa o económica.

Pero las más importantes limitaciones son las contenidas en las leyes 7505 y 7735 y en los decretos supremos de 26 de junio de 1936 y de 15 de mayo de 1937.

Con el objeto de proteger a los empleados y obreros peruanos que se habían visto desplazados de las pequeñas industrias por el empleo exajerado de personal extranjero, y para evitar que los perjuicios de carácter económico sufrido por el pequeño industrial y el pequeño artesano peruano pudieran crear un sentimiento de desconfianza contra las colonias extranjeras que habían ido ocupando gradualmente el lugar de los nacionales en el desempeño de sus labores y en la percepción de sus utilidades, se dictó las leyes 7505 (15-3-32) y 7735 (12-4-33) reglamentadas por el decreto supremo de 31 de agosto de 1933.

De acuerdo con esas disposiciones, las empresas, talleres y negociaciones comerciales o industriales establecidas o que se establezcan en el país, están obligadas a ocupar personal peruano en los servicios técnicos, administrativos y mano de obra en una proporción no menor del 80%, proporción que debe mantenerse, también, en el monto de sueldos y salarios de dichos empleados y obreros. Se considera para el cómputo de los porcentajes a los propietarios de un negocio, a los socios, miembros de Directorio y accionistas de las compañías sólo cuando sus nombres aparezcan en las planillas de pago. (El Código de Trabajo de Chile señala el porcentaje en 85%).

Se exceptúa de las disposiciones citadas a los artistas de teatro y de espectáculos similares que actúen en el territorio de la República durante un período menor de un año; al personal dedicado al servicio internacional de transporte en barcos y aeronaves si éstos pertenecen a entidades extranjeras; y a los extranjeros que al promulgarse la ley 7505 tuvieran diez años consecutivos de servicios prestados en el Perú a una misma empresa o negociación.

Para los efectos de las disposiciones que se comenta, se consideran peruanos a los extranjeros casados con peruana que mantuviesen dicho estado al promulgarse la primera de las leyes citadas o que tengan hijos peruanos.

Los extranjeros nacionalizados con posterioridad a la dación de la ley 7505 están comprendidos dentro de sus disposiciones, según declarara el Ministerio de Relaciones a la Legación del Japón, pues de otra manera muchos extranjeros podrían adoptar provisionalmente la nacionalidad peruana para escapar a los efectos de las leyes en referencia, recobrando su nacionalidad primitiva al regresar a su país de origen. Tal opinión se debe considerar modificada por la disposición en virtud de la cual los extranjeros naturalizados alcanzan los beneficios reservados para los peruanos después de cuatro años de residencia.

Un decreto supremo del 26 de julio de 1934 declara que no están comprendidos dentro de las disposiciones de las leyes 7505 y 7735 los expertos extranjeros que contraten las negociaciones cuando su reemplazo por personal peruano sea de imposible realización, mas la necesidad de la contratación de los servicios del técnico deberá ser declarada por el Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social. Además, el carácter técnico debe ser reconocido por la Dirección de Industrias (R. S. 18-5-43).

Con el objeto de evitar la competencia desleal en la contratación de técnicos, un decreto supremo de 27 de octubre de 1942 tiene prohibido a las empre-

sas industriales utilizar los servicios de los técnicos extranjeros cuando éstos hayan sido contratados por alguna de las entidades similares en el país y se hallen vigentes los respectivos contratos de locación de servicios.

El porcentaje entre peruanos y extranjeros señalado por la ley 7505 fué extendido por el decreto supremo del 26 de junio de 1936, a las profesiones, oficios e industrias (10) y para su cumplimiento el Reglamento de Inmigración dictó las siguientes reglas:

Que en cada provincia no puede haber un total de más del 20% de extranjeros, de cada nacionalidad, en relación con el número total de matriculados para el ejercicio de cada profesión, oficio o industria, cualquiera que sea la forma que adopte ese ejercicio; y

Que para el cálculo de ese porcentaje es necesario que existan cinco matriculados para los objetos expresados, pues no rige si el número fuere menor.

Dejó a salvo el citado Reglamento la posibilidad de los extranjeros para implantar cualquiera nueva industria lícita en las localidades en que aún no ha sido empleada.

El yanaconazgo agrícola quedó comprendido dentro de las normas anteriores. La determinación del porcentaje aplicable a él se haría sobre la base del número total de yanaconas y del área cultivada de tal manera que en cada fundo sólo el 20% de yanaconas sea de cada nacionalidad extranjera y solamente el 20% del área yanaconizada de cada fundo pueda ser cultivada por yanaco- nas de cada nacionalidad (D. S. 26-6-36; R. I. 49).

La Legación de China y, principalmente la de Japón, reclamaron contra las disposiciones anteriores, por considerarlas como legislación discriminatoria en razón de afectar únicamente a sus súbditos. Mas tales reclamaciones fueron rechazadas porque "las disposiciones son de carácter general y, por consiguiente, no pueden estimarse como discriminatorias en contra de los intereses de determinado país. Ocurre con ellas, como con todas las leyes, que tienen un amplio campo de aplicación, que afectan algunas veces a personas o grupos de personas que por diferentes razones no conforman su condición o su estado a los mandatos de la ley; pero esto no significa que sus disposiciones hayan sido dictadas con una finalidad de exclusión arbitraria o caprichosa contra algunos elementos pues éstos, ciñéndose a las pautas generales adoptadas pueden situarse dentro del alcance favorable de sus disposiciones".

En julio de 1936, la Legación de China había manifestado que tal medida podía estimarse como una limitación evidente del derecho de libre industria que sanciona la Constitución; que tal limitación constituía un hecho unilateral cuya fuerza en relación con los derechos que adquieren los extranjeros al pisar tierra peruana, no encuadran dentro del Título II de la Constitución.

Para el cumplimiento de las disposiciones gubernativas, los Concejos Municipales de la República debían confeccionar los padrones profesionales e industriales por nacionalidades, de acuerdo con los pliegos de instrucciones y especificaciones que prepararía la Dirección de Trabajo del Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social. Copia de esos padrones se remitiría a la citada Dirección que haría los cálculos para fijar los porcentajes.

No obstante las reiteradas gestiones realizadas por el Concejo Provincial de Lima, la Dirección de Trabajo no llegó a confeccionar los mencionados pliegos de instrucciones. Mas aún, a una consulta que le formulara, declaró en 22 de setiembre de 1938, que el decreto supremo del 26 de junio de 1936 y su reglamentario de 15 de mayo de 1937 le había merecido su preferente atención, pero que su ejecución, en lo que le concernía "se ha visto aplazada porque precisa, para resolver lo conveniente, aguardar a que termine la centralización de datos que realiza la Dirección Nacional de Estadística".

En el deseo de conseguir la finalidad que guiara al Ejecutivo al dictar esas disposiciones, el Concejo Provincial de Lima se guió por el criterio de la notoriedad y negó la apertura de establecimientos comerciales e industriales solicitadas por personas de nacionalidad cuyo porcentaje ostensiblemente se encontraba excedido, procedimiento que le fué autorizado por la Dirección de Trabajo.

La concesión de licencias para la apertura de establecimientos comerciales e industriales y para el ejercicio de oficios populares en los que estuvieran directa o indirectamente interesados los extranjeros, fué suspendida hasta que se conocieran los resultados del censo y se fijara el porcentaje que en cada provincia se reservaría para el elemento nacional (R. S. 28-6-40).

Aprobados los resultados del censo desde el 27 de junio de 1941 fué necesario una nueva gestión del Concejo Provincial de Lima para que se abrogara la resolución anterior y se pusiera en vigencia las disposiciones del decreto supremo de 26 de junio de 1936 y de los Capítulos IX, X y XII del Reglamento de Inmigración y para su cumplimiento en la Provincia de Lima, el Concejo tiene casi concluido el padrón respectivo.

La experiencia en esta materia demuestra que las disposiciones fueron dictadas sin un profundo estudio sobre el particular y sin haber meditado acerca de si se contaba con los elementos necesarios para observar el fiel cumplimiento de esas normas dictadas para favorecer a los nacionales.

Desconociendo la realidad de los hechos y las gestiones hechas por el Concejo Provincial de Lima, en diversas oportunidades Representantes de la Nación formularon quejas contra esa Corporación fundándose en el incumplimiento de las disposiciones que se comenta y que, por supuesto, fueron fácilmente rebatidas.

Si, pues en Lima, no se ha contado propiamente con los medios necesarios para cumplir las disposiciones contenidas en los decretos supremos de 26 de junio de 1936 y 15 de mayo de 1937, ni las autoridades (excepto el Concejo Provincial y algunos Distritales) se han afanado por vigilar su aplicación, fácil es de suponer lo que habrá ocurrido en el resto de la República.

Normas en favor del elemento nacional están expresamente consignadas en las Constituciones de Brasil y Cuba, siendo las de ésta más amplias pues declaran que el cubano tendrá una participación preponderante, tanto en el importe de los sueldos y salarios como en las distintas categorías de trabajo; en segundo lugar concede prioridad al naturalizado sobre el extranjero.

En la ley de inmigración del Brasil hay una disposición relacionada con esta materia. Es la que declara que ningún núcleo colonial, centro agrícola o colonia estará constituido por extranjeros de una sola nacionalidad y que podrá prohibirse la concesión, transferencia o arrendamiento de lotes a extranjeros de nacionalidad cuya preponderancia o concentración en el núcleo sea contraria a la composición étnica o social del pueblo brasileiro. Se dispone, asimismo, que en dichas agrupaciones un mínimo del 30% será de brasileros natos y 25% de cada nacionalidad extranjera. También en las empresas concesionarias de servicios públicos, los socios deberán ser en su mayoría brasileros.

México tiene disposición conforme a la cual los Ayuntamientos, gobiernos locales y autoridades federales solo podrán contratar con mexicanos o con compañías formada únicamente por nacionales; salvo permiso especial de la Secretaría de Relaciones Exteriores en cuyo caso los extranjeros deberán considerarse mexicanos en todo lo relacionado con dicho contrato.

El Código de Trabajo de Chile dispone que el 85% del total de empleados que sirvan a un mismo empleador debe ser chileno. Excluye del porcentaje al personal técnico especialista que no puede ser reemplazado por personal nacional y al residente por más de diez años; y reputa chileno para este fin, al extranjero casado con chilena y al viudo, con hijos, de cónyuge chilena.

EL EXTRANJERO ANTE EL DERECHO DE MINERIA

Propiedad de las minas en el Perú. — Igualdad de nacionales y extranjeros ante el Código de Minería. — Restricciones a los extranjeros para adquirir minas. — Legislación extranjera.

Las minas en el Perú pertenecen al Estado, como sucede en la generalidad de los países, aunque en algunos de ellos tal declaración no tenga la amplitud del precepto constitucional peruano y de su Código Civil.

En efecto, si bien en Bolivia, Cuba, Guatemala, México, Nicaragua y Panamá la disposición de sus respectivas Leyes Fundamentales es semejante a la peruana, en otras parece limitarse la propiedad del Estado a las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas (Colombia), agregando la argentina el cobre y las sustancias fósiles y Chile las de mercurio y estaño. La Constitución brasilerá es vaga sobre el particular pues se limita a declarar que las minas y demás riquezas del subsuelo constituyen propiedad diferente del suelo para los efectos de su explotación y aprovechamiento, que dependen de la autorización federal, aun cuando sean de propiedad privada.

Este derecho eminente del Estado sobre la propiedad minera se basa en el carácter social y en la importancia económica de la riqueza minera. Los particulares solamente tienen el usufructo de ella siempre que cumplan las obligaciones del Código de Minería y las leyes especiales. Esas obligaciones consisten en el pago del canon semestral y, en algunos casos (concesiones de petróleo y oro) el trabajo obligatorio y la participación del Estado en la producción, participación que, por lo demás, reconoce la Constitución en el art. 41.

Al ocuparse de la propiedad minera, el Código de Derecho Internacional Privado faculta a cada Estado contratante para someterla a reglas especiales respecto de los extranjeros (116).

El Código de Minería peruano reconoce la absoluta igualdad entre nacionales y extranjeros en este aspecto, al declarar en su art. 52 que "toda persona, nacional o extranjera, capaz de poseer bienes en la República, puede adquirir minas en la forma establecida en este Código". Igual criterio existe en los Códigos de Argentina y de Chile.

Las restricciones que en materia de minería se establece en el Perú respecto de los extranjeros, se hallan en la Constitución y en algunas leyes especiales.

La primera prohíbe a los extranjeros, dentro de los 50 km. de las fronteras, adquirir o poseer minas por ningún motivo, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder la propiedad adquirida en beneficio del Estado, salvo caso de necesidad nacional declarada por ley expresa (C. 36). Esta misma restricción, innecesaria ya por virtud del mandato constitucional, se encuentra, respecto del petróleo y de los hidrocarburos, en la ley 4452 del 2 de enero de 1922; y para su debida aplicación una resolución suprema del 15 de diciembre del mismo año, dispuso que el Cuerpo de Ingenieros de Minas y Aguas procediera a trazar en el mapa del Perú las zonas afectas a tal limitación.

En 28 de setiembre de 1940, una resolución suprema que declaró zona libre de trabajo los lavaderos auríferos de la cuenca hidrográfica del río Aguaytia, reservó a los peruanos la explotación de esos lavaderos; igual beneficio se acordó a los extranjeros residentes en la región cinco años, previo permiso especial de la Jefatura de Lavaderos.

Disposiciones especiales han reservado para el Estado diversos yacimientos de minerales, pero como afectan a los extranjeros tanto como a los nacionales, no se hará mención de ellas.

De las Constituciones revisadas, tienen preceptos restrictivos para los extranjeros en este punto, las de Brasil y México.

En Brasil, la concesión para explotar minerales sólo puede ser concedida a brasileiros natos o a empresas constituidas por accionistas brasileiros. Dispone la Constitución, asimismo, que la ley regulará la nacionalización progresiva de las mismas.

La Carta Fundamental de México, si bien en principio reserva el usufructo de las minas para sus nacionales, consigna la posibilidad de conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan, ante la Secretaría de Relaciones, en considerarse nacionales respecto de dichos bienes.

DEL EJERCICIO DE PROFESIONES LIBERALES

Principio general: revalidación de los títulos expedidos en el extranjero. — Registros creados para la inscripción de profesionales y otros. — Convenciones bilaterales y multilaterales existentes. — Legislación extranjera.

Respecto del ejercicio de las profesiones liberales hay que aclarar que no se refiere al extranjero que ha cursado sus estudios en el Perú, el que puede dedicarse a ese ejercicio sin dificultad alguna, sino a las personas que han optado algún título en el extranjero, sea nacionales o extranjeros. Por lo demás, el extranjero diplomado fuera del país se encuentra en situación privilegiada por cuanto los habitantes de la República le prefieren al nacional.

Para que una persona que ha optado algún grado en el extranjero pueda ejercer su profesión debe cumplir con el requisito de la revalidación de su título. Para ello presentará el diploma de la facultad en que se hubiera recibido (debidamente legalizado por el Cónsul del Perú en el país donde fué expedido y por el Ministerio de Relaciones Exteriores), certificado de identidad personal, pagar los derechos universitarios de revalidación de diplomas y someterse a un examen de suficiencia. Deben, asimismo, hablar el idioma castellano.

Tratándose de la abogacía, los extranjeros están liberados de ciertas obligaciones que pesan sobre los abogados peruanos, como la de desempeñar los cargos de conjueces, adjuntos y promotores fiscales, porque ello implica ejercer jurisdicción para lo que la Constitución y las leyes exigen la calidad de peruano por nacimiento.

Con el objeto de garantizar el correcto desempeño de las profesiones, se ha venido creando registros especiales, sin estar inscrito en los cuales no se pueden ejercer. Así, por ley 6968 se creó el Registro Oficial de Ingenieros en el que deben inscribirse tanto los nacionales como los naturalizados y los extranjeros.

Por resolución suprema de 29 de marzo de 1940 se creó un Registro para los médicos, farmacéuticos, dentistas, enfermeros y obstétrices; y cuando se trata de personas diplomadas en el extranjero, se consigna las revalidaciones producidas en el país. Obliga asimismo a comunicar a la autoridad sanitaria correspondiente los cambios de domicilio.

Sobre este particular, en el Perú está prohibido el ejercicio simultáneo de la medicina o cirugía y la farmacia, salvo que se trate de pueblos en donde no haya farmacéuticos.

En la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento se ha creado (D. S. 13-2-43) un Registro Oficial en el cual deben inscribirse los químicos industriales y los técnicos extranjeros que pretendan ejercer sus actividades, debiendo

abonar la suma de S/. 500.00' para la Comisión de Fomento y Comercio de la industria peruana. Las Empresas industriales deben remitir en el mes de enero de cada año a la citada Dirección, una relación de su personal técnico indicando nacionalidad y remuneración (D. S. 2-3-43).

Aun cuando no se trata de profesión liberal, por ser disposición análoga a las anteriores, conviene indicar que los pilotos brevetados en el extranjero para poder ejercer sus actividades de vuelo en el territorio de la República están obligados a renovar sus brevets por los que expide la Dirección General de Aeronáutica Civil (D. S. 18-2-43 modificatorio del Reglamento de Aviación Comercial y Civil).

También existe un Registro de Corresponsales extranjeros creado por resolución suprema del 20 de octubre de 1941.

En cuanto al aspecto convencional de la materia, fué contemplado desde 1886 en que se celebró un acuerdo diplomático con Bolivia, en virtud del cual los médicos y abogados recibidos en Bolivia son admitidos al libre ejercicio de su profesión sin más condición que comprobar su identidad personal y la autenticidad de sus títulos. La autorización correspondiente la otorga las autoridades del país a las que está atribuida la facultad de expedir los títulos respectivos.

En 23 de marzo de 1888 y 8 de julio de 1889 se celebraron tratados análogos con Ecuador y Colombia, pero comprendiendo también a los ingenieros y agrimensores.

Los tratados anteriores fueron completados con los acuerdos suscritos en Caracas y en la VI Conferencia Internacional Americana.

Con España rigió hasta enero de 1937 los Convenios de Validez de Títulos e Incorporación de Estudios celebrados en 1897 y 1904, pues fueron desahuciados a pedido de la Asociación Médica Daniel A. Carrión por no corresponder ya al estado de las relaciones culturales y por "la situación de plétora de profesionales médicos entre nosotros con sus deplorables consecuencias de orden científico, moral y económico..." y porque "bajo la protección del régimen del Convenio de 1904, un número apreciable de médicos españoles, de poca destacada personalidad científica, ha venido a domiciliarse en el Perú, en el propósito de hacer fortuna al amparo del mayor crédito que generalmente se presta al profesional extranjero..." y porque "ningún médico que tenga una preparación científica capaz de hacer progresar nuestro medio... viene a residir al Perú".

Luego vienen las convenciones multilaterales celebradas en 1889 en el Congreso de Montevideo y vigente con Argentina, Paraguay y Uruguay; en la II Conferencia Internacional Americana de 1902, confirmada en la Conferencia de Rio de Janeiro (1906) y que rige con Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana; y en el Congreso Bolivariano reunido en Caracas en 1911, con validez para con Ecuador, Colombia, Bolivia y Venezuela.

De acuerdo con la primera, "los nacionales o extranjeros que en cualquiera de los Estados signatarios de ella hubiesen obtenido título o diploma expedido

por la autoridad nacional competente, para ejercer profesiones liberales, se tendrán por habilitados para ejercerlas en los otros Estados".

Los acuerdos de 1902 y 1906 limitan el beneficio a los ciudadanos de los países suscritores, pero se reservó a cada parte contratante el derecho de exigirles, tratándose de la cirugía, medicina y farmacia, el sometimiento a un previo examen. Disponen, asimismo, la obligación de los Estados de comunicarse cuáles son las universidades o cuerpos docentes cuyos títulos deberán ser aceptados como válidos.

El Congreso Bolivariano presenta la variedad que en caso que en uno de los Estados se requiriera uno o varios estudios más de los que se exigen en aquel en que se hubiese expedido el título, el interesado estará obligado a rendir examen de dichos estudios para obtener la validez del título. De aquí la exigencia de exhibir ejemplar de la ley de instrucción pública vigente en la fecha del otorgamiento del título y que contenga la expresión de las materias cuyo examen se ha requerido para su otorgamiento y el compromiso de los países de uniformar en lo posible sus respectivos planes de estudios universitarios.

De acuerdo con las convenciones estudiadas, se llega a la conclusión que existe en esta materia una graduación de los extranjeros: los argentinos, paraguayos y uruguayos pueden ejercer libremente su profesión en el país; los cirujanos, médicos y farmacéuticos nacionales de los países que suscribieron el Convenio de 1906 están en desventaja respecto de los anteriores pues deben someterse a examen previo; y los ecuatorianos, colombianos, bolivianos y venezolanos deben cursar los estudios que se exige en el Perú y no fueran necesarios en sus respectivos países.

En cuanto a los nacionales de países que no tienen convención celebrada con el Perú, se encuentran en situación privilegiada los recibidos en Argentina, Uruguay y Paraguay pues de acuerdo con el Tratado de Montevideo pueden ejercer libremente su profesión; los demás extranjeros deberán sujetarse a las normas generales indicadas al principio.

La Facultad de Ciencias Médicas ha solicitado, desde fines de 1937, el desahucio de los acuerdos que se ha mencionado; y ante una consulta de la Dirección de Agricultura sobre si el convenio de 1902 se encuentra en vigencia, al contestarla en sentido afirmativo, el Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, en 12 de enero de 1939, ha declarado que es propósito de la Cancillería el "desahuciar todas las convenciones sobre ejercicio de profesiones liberales en la que es parte el Perú... teniendo en cuenta que el trascurso del tiempo ha determinado el cambio de circunstancias que justificaron dichos pactos y que es necesario gestionar con los demás países una reglamentación del intercambio de títulos profesionales más conforme con la realidad actual".

Respecto de la legislación extranjera, en Brasil el ejercicio de las profesiones liberales está reservado para los brasileiros natos y naturalizados que hayan

prestado servicio militar, salvo reciprocidad internacional; y la revalidación de diplomas profesionales expedidos en el extranjero se permite tan sólo a los brasileros de origen (C. 150).

En Cuba la regla es semejante, pero los extranjeros naturalizados deberán tener por lo menos cinco años de residencia para poder ejercer las profesiones liberales. Se admite, sin embargo, la posibilidad que el Congreso, por ley extraordinaria, pueda suspender temporalmente esta restricción cuando razones de utilidad pública hagan necesaria la cooperación de profesionales o técnicos extranjeros en el desarrollo de iniciativas públicas o privadas de interés nacional.

Y en Nicaragua, la incorporación de profesionales extranjeros deberá hacerse a base de posible reciprocidad.

Con relación a la profesión de Abogado, en Chile se reserva a los nacionales, sin perjuicio de lo que dispongan los tratados. En Argentina el régimen es semejante al del Perú. En Bolivia, el abogado recibido en el extranjero es admitido a ejercer su profesión de acuerdo con los tratados suscritos al respecto. Se establece como principio general la reciprocidad: pueden ejercer la profesión sin más requisito que la presentación del título debidamente legalizado, siempre que en su país el abogado boliviano tenga idéntica aceptación. Es el Ministerio de Justicia el que expide la autorización respectiva en cada caso.

De las distintas profesiones, la de abogado debería reservarse para los nacionales por cuanto su ejercicio está vinculado con la organización jurídica y política del país.

RECLAMACIONES DIPLOMATICAS

Principios generales. — La renuncia a la reclamación diplomática en los contratos que celebre el Estado y las Corporaciones oficiales. — Normas extranjeras. — Reclamaciones por daños causados a los extranjeros con motivo de guerra exterior; o durante una guerra civil. — Doctrina peruana. — Casos de responsabilidad internacional: denegación de justicia. — El fallo desfavorable de los tribunales como fundamento de la protección diplomática. — Las Convenciones Internacionales Americanas y el amparo diplomático.

Principio universalmente admitido es la obligación del Estado de proteger a sus súbditos dondequiera se encuentren, mas para intervenir en su favor debe cerciorarse que su nacional ha agotado los medios legales de reparación que le proporcionan los tribunales del país donde ha sido injuriado, sin que éstos hayan acogido sus quejas.

Las reclamaciones diplomáticas han jugado rol importante en la historia del Perú, al extremo que algunos historiadores se refieren a la Etapa de las Reclamaciones Diplomáticas.

Proclamada la independencia, algunos incidentes de la guerra con España y principalmente el apresamiento que legalmente se hacía algunas veces de artículos de contrabando destinado al enemigo y la fraudulenta infracción de los reglamentos aduaneros y, posteriormente, las conmociones internas, en que el extranjero no sólo fué partícipe sino especulador para hacer después el papel de víctima y cubrir con supuesta inmunidad sus maquinaciones contra el orden público, dieron amplia base a las reclamaciones diplomáticas y a contribuir al establecimiento de una serie de exigencias de parte de los extranjeros contando con el amparo de su pabellón.

“La conducta de nuestros Gobiernos en esta materia ha sido siempre uniforme. Al principio rechazaban con energía la reclamación apoyándose en un cúmulo de razones, derivadas ya de las leyes patrias ya de los principios universalmente reconocidos y aceptados. Seguían a esta negativa reiteradas notas de los cónsules o agentes diplomáticos, protección implorada siempre por los sedicentes agraviados, no fué jamás negada para este género de asuntos. El Gobierno continuaba sosteniendo su primer rechazo y continuaba también en sus pretensiones el agente extranjero, quien al fin cerraba su correspondencia con la amenaza de cortar las relaciones diplomáticas, arrear su pabellón y retirarse a bordo de algún barco de guerra de su Nación, con cuyos cañones se conseguiría lo que por falta de buen derecho no se podía obtener via amicabile. Corrían unos días, se lanzaba un ultimatum en condiciones duras y humillantes, y el Gobierno, después de mil dificultades y esfuerzos para lograr suavizar un tanto si no el fondo al menos la forma del ultimatum, concluía por ceder, invocando es cierto la proverbial generosidad del Perú, pero olvidando que sacrificaba un derecho precioso del país, dejándolo para el porvenir a merced del primer aventurero astuto o atrevido, que con nuevas reclamaciones quisiese violarlo” (Zegarra).

La frecuencia con que se presentaban tan injustificadas reclamaciones (cuya exposición se encuentra en el libro de Zegarra), determinó al Gobierno a expedir un decreto en el que declaró que “el Gobierno del Perú no puede admitir reclamación diplomática, ni la interposición o personería de los agentes diplomáticos de otras naciones, en favor de sus súbditos, sino en caso que éstos hubiesen ocurrido a los tribunales, juzgados y demás autoridades de la República a solicitar justicia en defensa de su derecho, y constase que se les ha denegado o retardado”.

La dación del decreto motivó la protesta de los Encargados de Negocios de Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, quienes alegaron que no les permitiría cumplir una de sus principales misiones: la de defender los intereses de sus nacionales. Sin embargo, como anota Zegarra, la disposición no puso coto a las reclamaciones diplomáticas, pues precisamente las más escandalosas y arbitrarias se formularon con posterioridad.

A tal grado se llegó en el Perú a temer las reclamaciones diplomáticas, que el Gobierno no celebró transacción alguna con extranjero sin que se pactara como condición indispensable, la renuncia expresa de la acción diplomática en caso de suscitarse alguna controversia en relación con el contrato y el sometimiento en todo a la jurisdicción nacional.

La Constitución vigente, consecuente con ese principio dispone que: "En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquel en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática" (17); y en el art. 38, al declarar la igualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto a la propiedad, expresa que éstos no pueden invocar al respecto situación excepcional "ni apelar a reclamaciones diplomáticas".

La ley sobre patentes declara que "si entre los que firman el pedimento se encontrase un extranjero, hará renuncia expresa de toda intervención diplomática... y se someterá absolutamente a las leyes y tribunales de la República. Sin este requisito no se dará curso al pedimento".

La ley 6909 sobre reserva de yacimientos auríferos, en el art. 11 consigna que "en las concesiones a compañías extranjeras se considerará explícitamente la condición de que todas las dudas o controversias que puedan suscitarse entre el Gobierno y los particulares o entre estos últimos, serán decididos única y exclusivamente por los Tribunales competentes del país, de conformidad con las leyes, sin que por ningún motivo puedan ocasionarse reclamaciones diplomáticas".

Y norma semejante se encuentra para los contratos que celebren las Municipalidades.

Mas al querer de este modo poner remedio al mal, lo único que se ha hecho, como muy bien anota Zegarra, es reconocer su legalidad y prestarle toda la fuerza que da la palabra de la autoridad. Y, en efecto, la facultad de recurrir a los diplomáticos en el caso de que un extranjero crea vulnerados sus derechos, nunca se ha reconocido en derecho. Con la cláusula de la renuncia, no se hace sino reconocer en los extranjeros la facultad de invocar la intervención de los representantes de su país puesto que por esa cláusula la renuncian y no se puede renunciar sino lo que legítimamente se posee.

Disposición análoga a la del dispositivo constitucional peruano citado en primer lugar se encuentra en la Ley Fundamental del Ecuador. En términos que se verá más adelante, procuran garantizar la jurisdicción nacional las Constituciones de El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Honduras y Venezuela.

Universalmente está admitido que en el caso de una guerra exterior, el Estado no tiene responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los extranjeros domiciliados.

Respecto de los daños causados en conmociones civiles, los principios que rigen la responsabilidad internacional no afectan al Estado. No obstante, las naciones extranjeras han arrancado al Perú indemnizaciones para sus súbditos que habían sufrido aquella clase de daños, a pesar de las protestas del Gobierno que, como se ha indicado, tenía que ceder a la fuerza, sacrificando su derecho y su dignidad.

El primer derecho de todo país es proveer a su propia conservación y los daños que pudiera irrogar a los extranjeros por el ejercicio de ese derecho, no le pueden ser imputados, porque han sido necesarios para asegurar la existencia de la sociedad política y organizar los derechos individuales que gozan en su plenitud los extranjeros.

El Gobierno peruano en una circular del 26 de octubre de 1897 declaró que el Estado no asume responsabilidad por los daños y perjuicios que sufran los extranjeros como consecuencias inevitables de la rebelión, ni de los que en el curso de ésta les causen las facciones.

La doctrina peruana, que se encuentra corroborada por las conclusiones del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones, reposa en la idea del riesgo que voluntariamente afronta el extranjero que se domicilia en un país por las consecuencias que puedan resultarle de las perturbaciones políticas y sociales que producen situaciones dentro de las cuales la autoridad no puede dispensar la protección que habitualmente presta tanto a los extranjeros como a los propios nacionales en sus vidas e intereses.

El que durante una guerra civil la propiedad de los extranjeros se menoscabe, es una desgracia pública que deben sufrir lo mismo que los nacionales sin que ello les dé derecho a indemnización alguna.

Los principios sustentados en la mencionada circular sirvieron de fundamento para rechazar los pedidos de indemnización a favor de sus nacionales formulados por las Legaciones de Alemania (con motivo de la rebelión de Iquitos en 1921), España y Francia (con ocasión de los disturbios populares del 5 y 4 de enero de 1931) y de Italia (noviembre de 1934).

La no responsabilidad del Estado en estos casos está expresamente declarada en los tratados de paz y amistad celebrados con Bolivia (1863) y España (1897) a menos que resulte de culpa o falta de vigilancia por parte de las autoridades del país, declarada por los tribunales del mismo. La salvedad está indicando que previamente se requiere que el extranjero ocurra ante el juez competente a reclamar contra el Estado.

En algunas Constituciones americanas se consigna artículos sobre la materia. Así en las de El Salvador y Guatemala se declara que ni los nacionales ni los extranjeros podrán en ningún caso reclamar al Gobierno indemnización alguna por daños y perjuicios que sus personas o bienes sufrieran por cualquier movimiento faccioso; y en la de Venezuela se amplía la prohibición a las reclamaciones contra los Estados y Municipios. La Constitución de Nicaragua niega el derecho a reclamar cuando esos daños y perjuicios se deban a actos no ejecutados por autoridad legítima obrando en su carácter público.

Hay casos, sin embargo, en que debe responder el Estado. Los principios que constituyen la doctrina peruana respecto a la responsabilidad internacional están contenidos en la circular de la Cancillería del 26 de octubre de 1897.

Según ella, el Estado sólo responde por los daños y perjuicios que en su seno reciban los extranjeros cuando sean directa o indirectamente obra del Gobier-

no; cuando aquellos daños o perjuicios provienen de actos individuales, sólo es responsable el Estado para con los extranjeros a quienes negase los medios de reparación establecidos por las leyes, sin considerar ninguna imperfección de éstas, puesto que aquellos no pueden tenerlas especiales o de privilegio.

En 13 de mayo de 1940, con motivo de la propalación de falsas noticias relacionadas con la actividad de la colonia japonesa, se originó una serie de atropellos contra la propiedad de los súbditos de ese Imperio y el Gobierno, considerando que se había violado la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad decidió responder por los daños causados (d. s. 22-5-40). Esta resolución fué acertada. En efecto, cuando el daño se comete por particulares, aun cuando no medie motín, revolución o guerra civil, por el sólo hecho de ser extranjero o nacional de un Estado determinado, desaparece entonces la igualdad de tratamiento que reconoce la legislación, en perjuicio de los extranjeros y surge una responsabilidad excepcional del Estado a favor de los perjudicados.

En la Conferencia Panamericana celebrada en Washington (1889), se aprobó una recomendación cuyo segundo punto dispone que: "La Nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes"; y, en la de México (1901) se declaró que: "En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado o sus nacionales, deberá interponer su demanda ante el Tribunal competente del país; y no podrá reclamarse por la vía diplomática sino en los casos en que haya habido de parte de ese Tribunal manifiesta denegación de justicia o retardo anormal o violación evidente de los principios del Derecho Internacional".

Mientras el extranjero sea tratado del mismo modo que el natural y se le aplique la ley como existe, y en las formas por ella prefijadas, no procede amparar ninguna queja o agravio por tal motivo, desde que el poder de protección al nacional solamente está expedito cuando se le someta a un tratamiento de excepción no autorizado por la ley o cuando sea objeto de crueldad y violencia incompatibles con todo régimen legal.

La denegación de justicia la define Paul Fauchille como "el hecho, por un Estado, de no acordar al extranjero los medios y las vías de recursos necesarios a la defensa de sus derechos". La denegación de justicia es, pues, el rechazo o el impedimento o la clausura de los medios legales ordinarios para hacer valer un derecho. Se presenta, cuando dentro de un régimen jurídico de igualdad se niega al extranjero los recursos judiciales de que gozan los nacionales o se les aplica leyes que no a éstos.

La denegación de justicia no se refiere al fondo de la controversia, pues ello significaría la pérdida de la independencia de los jueces e implicaría, además, una duda sobre la rectitud de conciencia con que proceden.

Pero para que proceda la intervención diplomática, conforme a los principios y usos del Derecho Internacional "es necesario que el caso sea de suma gra-

vedad, que la denegación de justicia sea manifiesta o notoria; esto es, que se niegue al extranjero la audiencia que reclama o el recurso que interpone y, en general, que se le estorbe contra la ley el ejercicio de sus derechos y acciones, o se le someta a retardos injustificados porque todo esto envuelve y constituye una excepción odiosa, una infracción legal que puede objetivamente establecerse sin ofensa a la jurisdicción del país".

Por lo demás, la intervención diplomática, como muy bien se expresa en el art. V del Tratado celebrado con Argentina en 9 de marzo de 1874, tiene como único objeto el que las leyes sean cumplidas.

La legislación peruana no tiene disposición expresa sobre esta materia, pues como se ha indicado, la doctrina está sustentada en una circular de la Cancillería.

Más previsores resultaron los legisladores de México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua al declarar en sus Constituciones que los extranjeros no pueden ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia; y las dos últimas llegan a penar con la pérdida del derecho de habitar en la República a quienes contravengan esa disposición.

Con alguna frecuencia se ha pretendido invocar en el Perú la protección diplomática para hacer valer un derecho desestimado por los tribunales. (En las Constituciones de Honduras, Guatemala y Nicaragua, se declara que un fallo ejecutoriado desfavorable no puede ser considerado como denegatoria de justicia para los efectos de ocurrir a la vía diplomática).

Es erróneo suponer que la terminación de un proceso en el que el extranjero no ha alcanzado éxito determine la traslación del debate al terreno diplomático. Si así fuera, los intereses sobre asuntos meramente privados dificultarían las relaciones internacionales.

En concepto de Pinheiro-Ferreira, "una sentencia judicial pronunciada en definitiva, según las leyes del país debe ser observada, cualquiera que sea la opinión que tengan las partes o el Gobierno" no porque los jueces sean infalibles sino "porque esa es la ley de las partes, quienes por el hecho de vivir bajo las mismas leyes, se presume justamente que consienten en las decisiones adoptadas por sus jueces como el único medio de poner término a sus diferencias".

Así lo tiene reconocido el Perú. Con motivo de la reclamación Morris (1846) en un decreto en el que expresaba los únicos casos en que el Gobierno admitiría las reclamaciones diplomáticas, declaró que "siendo independiente del Ejecutivo la administración de justicia, y no teniendo en la República ningún Poder la facultad de abrir procesos fenecidos, sustanciarlos y resolverlos, los fallos que se pronuncien por los tribunales y juzgados de la Nación, en asuntos sobre reclamos interpuestos por súbditos de otros Estados, quedarán firmes y valederos; el Gobierno los respetará y hará cumplir como cosa juzgada, no pudiendo obrar en ningún caso contra lo que por ellos se resolviese sin infringir la Constitución de la República".

La sentencia recaída en juicio ordinario queda ejecutoriada por haberse fallado la causa en última instancia o no conceder la ley otro recurso; ella pro-

duce efectos irrevocables entre las partes y las que de ellas deriven su derecho (C. P. C. 1080 y 1082).

La ley presume, con presunción *juris et de jure*, que la cosa juzgada encierra la verdad legal, no porque el juez que falla en última instancia se halle por entero al abrigo del error, sino porque gracias al establecimiento de los medios controladores de la prueba y de las vías y recursos legales y a las garantías del saber y de la imparcialidad que ofrecen los magistrados y a la necesidad social de poner fin a los pleitos, la presunción se encuentra plenamente justificada.

La cosa juzgada ha sido elevada a la categoría de ley internacional y ningún país que se estime puede admitir que otro le discuta la fuerza y legalidad de una sentencia ejecutoriada, dictada regularmente por sus autoridades, como una emanación de su soberanía.

Aun en el caso que la sentencia implicara un error judicial, no es admisible tal intervención diplomática. El desconocimiento del derecho puede provenir de la insuficiencia de las pruebas actuadas o porque las condiciones de la naturaleza humana pueden llevar a los jueces a emitir un fallo injusto por una apreciación equivocada de los hechos o por una mala interpretación de la ley o de la doctrina.

De acuerdo con las conclusiones del informe que emitiera el Comité de Estudios para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, de la Liga de las Naciones, el deber del Estado, en lo que respecta a la protección judicial está cumplido desde el momento en que pone al alcance de los extranjeros los tribunales nacionales y los recursos que necesiten cada vez que deban hacer valer sus derechos, y la decisión judicial, cualquiera que sea y aun viciada por un error o por una injusticia, no produce la responsabilidad internacional del Estado.

Las VII y VIII Conferencias Internacionales Americanas se ocuparon de la materia.

La primera declaró que el amparo judicial no debe promoverse en favor de los extranjeros sino que éstos deben agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del país ante el cual se instaura la acción, salvo el caso de manifiesta denegatoria o retardo inmotivado de justicia, los cuales deben ser siempre interpretados restrictivamente en favor del Estado.

Recomendó, asimismo, encargar a los órganos de codificación instituidos por las Conferencias Internacionales Americanas el estudio del problema integral relativo a las responsabilidades internacionales del Estado y con referencia especial a la responsabilidad por manifiesta denegación o retardo inmotivado de justicia, coordinando sus estudios con la obra de codificación que se realiza bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones.

En la VIII Conferencia Internacional Americana, se dió cuenta de un proyecto fijando los alcances del amparo diplomático. La protección diplomática sólo será procedente cuando un extranjero sea lesionado en sus derechos por una acción u omisión que provenga de las autoridades de un Estado, sus funcionarios y empleados y siempre que tales actos puedan reputarse como contrarios a

los principios comunmente aceptados por el Derecho Internacional; pero tal amparo tendrá como límite el principio de que el extranjero no puede aspirar a un tratamiento más favorable que el nacional.

En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado o sus nacionales, deberá interponer demanda ante los tribunales o ante las autoridades competentes del país y no podrá reclamarse por la vía diplomática hasta que dicho tribunal o autoridades se hayan pronunciado en última instancia, salvo los casos de denegatoria o retardo de justicia inmotivado.

FIN DE LA CONDICION DE EXTRANJERO

Salida del país: temporal y definitiva. — Reemplazo del extranjero que sale cuando la cuota está vencida. — Expulsión del extranjero: causas que la motivan. — Quien expide la orden de expulsión. — Convenios internacionales. — Naturalización. — Quien debe concederla. — Disposiciones que la han regido. — Requisitos para naturalizarse. — Procedimiento para otorgar la naturalización. — Sistemas que se sigue en el extranjero. — Efectos de la naturalización. — Desnaturalización. — Causales. — Readquisición de la naturalización.

La condición de extranjero termina por la salida del país, voluntariamente o por expulsión, y por naturalización. Se estudia en este capítulo la ausencia del país.

La salida del extranjero puede ser temporal o definitiva. El extranjero residente que salga del territorio nacional para reingresar a él, deberá hacer esta declaración, de la que se dejará constancia en el pasaporte respectivo (D. S. 26-6-36). En la Jefatura General de Extranjería se extiende una "ficha de reingreso" en triplicado, con las fotografías y huellas dactiloscópicas, de las cuales una se entrega al interesado para ser recogida a su reingreso, otra se remite al Ministerio de Relaciones Exteriores y la tercera se archiva en la citada Jefatura (R. I. 39).

La declaración de salida temporal tiene valor por un año, al fin del cual puede ser renovada ante un Consulado del Perú (R. I. 38), salvo que se trate de nacional de un país cuya cuota estuviese ya excedida, en cuyo caso no procede la prórroga. Si el interesado omitiera hacer la declaración, será considerado como extranjero que ingresa por primera vez.

Ahora bien, si durante la ausencia del inmigrante la cuota se colmara, no podrá regresar al Perú hasta que la cuota lo permita, gozando preferencia al proveerse las vacantes.

Si estando completa la cuota respectiva, un extranjero saliera definitivamente del país, puede ingresar en su lugar otra unidad, siguiendo la siguiente pauta:

Por hombre	ingresará	hombre
„ mujer	„	mujer
„ mujer casada	„	mujer casada
„ menor de 10 años	„	menor de 10 años
„ menor de 10 a 21 años	„	otro de igual edad
„ uno de 21 a 60 años	„	otro de 21 a 60.

Este criterio de “unidad por unidad”, que fuera observado por la Legación Japonesa en razón de no convenir a sus intereses ha sido considerado por la Cancillería como de notoria equidad, pues permite reemplazar a los que regresan a su país por ancianidad, invalidez, ineptitud para la adaptación social o para el trabajo, por otros elementos que no tengan estos defectos.

La limitación a la aplicación de este régimen se explica fácilmente y tiene por objeto evitar que sus propósitos pudieran verse burlados mediante la partida de ancianos, niños o mujeres, para ser reemplazados por elementos masculinos en plena aspiración económica que vendrían a agravar la situación.

No es posible negar a un Estado el derecho de expulsar al extranjero cuya permanencia en el país sea indeseable o peligrosa para el orden público, sin que con ello pueda considerarse ofendido al Estado del que es nacional.

El derecho está consignado en la Constitución peruana al disponer que “nadie puede ser extrañado del territorio de la República, ni separado del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería” (68).

La ley a que se refiere, Nº 4145 del 22 de setiembre de 1920, declara que “pueden ser expulsados... del territorio nacional los extranjeros que hubieren entrado fraudulentamente, en violación de esta ley y de las demás sobre exclusión, o los que traficaren con mujeres o los reincidentes condenados en el país por delitos que merezcan la pena de penitenciaría o los que por actos ilícitos constituyen un peligro para la tranquilidad o la seguridad del Estado”.

Estos motivos, justificatorios de la expulsión, es posible encontrarlos en la generalidad de las legislaciones. En la bibliografía consultada, se ha encontrado en los casos de Colombia, Chile y Guatemala.

En otras Repúblicas son numerosas las causas que motivan la expulsión del extranjero y entre ellas se consigna, por ejemplo, el intervenir en asuntos políticos del país (Colombia y Nicaragua), el carecer de medios de subsistencia (Colombia y Chile), el adolecer de enfermedades que impiden el ingreso al país (Brasil y Chile), la usurpación de nombre y nacionalidad (Colombia y Guatemala). En Guatemala existe disposición en virtud de la cual, sin expresión de causa, puede expulsarse al extranjero cuya permanencia juzgue el Gobierno inconveniente para el país.

El expulsado por carecer de documentos de identidad puede regularizar su situación obteniendo los documentos que le hacen falta para volver al país.

La ley sobre vagancia (4891 del 18-1-24) considera vago al extranjero expulsado que vuelva al territorio sin permiso, declara que será expulsado y, al igual que al declarado pernicioso, le prohíbe hacer uso del recurso de habeas corpus contra los arrestos, expulsiones que respecto de ellos decretaren las autoridades de policía.

La ley 8951 del 3 de setiembre de 1939, que estableció limitaciones a la libertad de comercio mientras dure el estado de guerra en Europa, al señalar las sanciones para quienes infrinjan la ley o establezcan monopolios o acaparamientos comerciales o industriales, establece en su última parte que cuando el infractor responsable sea extranjero, podrá pedirse su expulsión del país, sin perjuicio de aplicarle las penas pecuniarias en ella señaladas.

La orden de expulsión debe ser materia de una resolución expedida por el Consejo de Ministros, con especificación de sus motivos. En la orden se concede al extranjero un plazo de 3 a 15 días para abandonar el territorio del país. (En Colombia el plazo es hasta de 30 días y en El Salvador, de 24 horas).

Si no lo hiciere, será expulsado por las autoridades de policía. Pero si las causas que la motivan hubiesen desaparecido, el Ejecutivo puede dejarla sin efecto (ley 4145, arts. 8 y 9).

En Brasil, dictada la orden de expulsión, antes de que se ejecute puede pedir el extranjero, si no hay perjuicio para el orden público o para la seguridad nacional, que se convierta en multa y expatriación. Si se trata de extranjero con familia cubana, la ley de este país declara que para que pueda llevarse adelante la expulsión se requiere sentencia judicial. En Chile se permite reclamar judicialmente ante la Corte Suprema, dentro de los 5 días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la orden de expulsión; y previo dictamen fiscal la Corte falla en el plazo de 10 días, con criterio de jurado.

El Tratado de Montevideo se ocupó de esta facultad de los Estados, respecto de los delincuentes asilados en su territorio siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por éstas acción represiva alguna (5).

De acuerdo con el tratado de paz y amistad celebrado con España en 1897, el Perú se reserva el derecho de expulsar de su territorio, de acuerdo a sus leyes, a los individuos que por su mala vida o por su mala conducta fueran considerados perniciosos; debiendo comunicarse la medida al representante de España.

Pendiente de ratificación, se encuentra un proyecto de tratado con Argentina, suscrito en 1933, en el deseo de eliminar los elementos perturbadores del or-

den social. En virtud del tratado, las partes se comprometen a expulsar de sus respectivos territorios, de acuerdo con el procedimiento que establece su respectiva legislación, a los individuos de nacionalidad extranjera cuya permanencia comprometa el orden social y a no admitir a quienes expulsan salvo que se trate de sus propios nacionales. Con esta finalidad deberán comunicarse las órdenes de expulsión y proporcionarse los elementos necesarios para la identificación del expulsado.

Puede definirse la naturalización como "el acto en virtud del cual un Estado conviene en admitir a un extranjero como ciudadano suyo, como concesión graciosa y a petición de parte".

El derecho del hombre para cambiar de nacionalidad está reconocido en doctrina por el Instituto de Derecho Internacional y se consigna, también, en el Decálogo de la Nacionalidad de Zeballos, que agrega que el Estado no puede impedir tal cambio de nacionalidad.

Por ser un acto voluntario, la naturalización implica una ruptura de los vínculos que ligaban al extranjero con su país de origen por haberse formado una unión más efectiva con el Estado en que reside. Considerada así, en forma absoluta y pura, significa el verdadero concepto de la nacionalidad.

Hasta hace poco, se consideraba la naturalización como un derecho absoluto del extranjero. Era suficiente que el interesado acreditara reunir los requisitos que señala la Constitución para que se le otorgara la nacionalidad peruana. Era, dice Ruy de Oliveira Santos, comentando la disposición brasilera, que se consideraba fácil su adaptación, pero con el intercambio espiritual por la radio, los diarios y otros medios de propaganda política internacional irradiada desde el Viejo Continente ha disminuido la capacidad de adaptación de los extranjeros y de ahí la necesidad de dictar leyes especiales sobre la materia, que exijan mayores garantías para determinar la vinculación efectiva al país.

La ley del 28 de noviembre de 1822 había declarado que competía al Congreso el conocimiento y la resolución de los expedientes sobre naturalización. La Constitución de 1828 la remitió a la competencia de las Juntas Departamentales; la del 39 a la del Supremo Gobierno y desde la de 1856 hasta la dación de la ley 9148 han sido los Concejos Municipales Provinciales los encargados de tramitar estos expedientes.

En 7 de noviembre de 1936 un decreto supremo suspendió la tramitación y otorgamiento de las cartas de naturalización mientras se dictaba disposiciones que regularan la naturalización de los extranjeros. El espíritu del decreto, según declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores, fué el de impedir que por este medio se burlara las disposiciones del decreto supremo del 26 de junio de 1936 sobre limitación de actividades de los extranjeros pues, agregaba, apenas dictado "se notó en determinada colonia extranjera una acción notoria

en el sentido de buscar la nacionalización de sus miembros y fué esta acción la que el Gobierno impidió". En lo que se refiere a la provincia de Lima, tal afirmación no era exacta, como lo probó el Alcalde, en una nota publicada en los diarios.

Sin embargo, reconociendo que entre los extranjeros existían elementos útiles y efectivamente vinculados a las actividades nacionales y que no estuvo en el pensamiento oficial clausurar la adquisición de la nacionalidad peruana a esos elementos que no la buscaban para burlar dificultades legales ni para salvar situaciones circunstanciales, una resolución suprema del 15 de enero de 1938 autorizó a los Concejos Provinciales de las Capitales de Departamento para recibir y tramitar los expedientes de naturalización, pero antes de expedir resolución debían elevar los expedientes al Ministerio de Relaciones Exteriores que autorizaba a los Concejos para expedir carta de naturalización mediante resolución ministerial expedida previo informes del Jefe del Departamento Diplomático y del Asesor Jurídico.

Mucho se criticó, y con razón, que fuera un organismo local el que tuviera a su cargo tan importante atribución que implica el ejercicio de la soberanía nacional. (En Bolivia y Cuba se sigue este sistema). En realidad, debería ser el Poder Legislativo quien decidiera el otorgamiento de la nacionalidad, mas las dificultades que se presentarían en la práctica, determinan que esa facultad se reserve al Ejecutivo, formulándose la petición ante el Despacho de Relaciones Exteriores (Colombia, México) por intermedio de la autoridad política (Honduras y Guatemala) o mediante la intervención de los Tribunales (Argentina, Brasil y México).

En el Perú, la ley 9148 y su reglamento del 22 de junio de 1940, han encargado al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores la tramitación y resolución de los expedientes de naturalización. De acuerdo con esas disposiciones, las Municipalidades remitieron a ese Ministerio los expedientes de naturalización resueltos y en tramitación, así como los respectivos Registros; y las personas que obtuvieron la nacionalidad peruana con anterioridad a la ley debieron revalidar su carta de naturalización.

Según el artículo 5º de la Constitución, "los extranjeros mayores de edad, domiciliados en la República por más de dos años consecutivos y que renuncien a su nacionalidad, pueden nacionalizarse. La nacionalidad se otorga con arreglo a la ley y sólo produce efectos individuales".

La ley a que se hace referencia tan sólo se expidió en 3 de junio de 1940 y reglamentó el 22 de ese mismo mes y año.

Se hará un ligero análisis de los requisitos que se exige para conceder la nacionalidad peruana y del procedimiento respectivo.

En primer lugar, siguiendo el orden señalado por la Carta Fundamental, se tiene la exigencia de la mayoría de edad. Los menores emancipados no pueden obtener la nacionalidad peruana.

De las legislaciones ibero-americanas mencionan este requisito para señalar capacidades especiales las de Argentina (18 años) y Chile (21 años). La ley brasilera permite adquirir la nacionalidad a los extranjeros de 18 años previo consentimiento de su padre o tutor.

Un segundo requisito es el de estar domiciliado más de dos años consecutivos. Este plazo, como lo hacen notar los comentaristas del dispositivo constitucional es demasiado corto para que pueda haber ocurrido el doble hecho que significa la naturalización: desvinculación con el país de origen y verdadera unión con el nuevo Estado.

Pero hay algo más. La Carta Fundamental exige una residencia continuada de dos años, mas no aclara la relación que debe existir entre la residencia y el pedido de naturalización. En este sentido hay que notar el acierto de las leyes chilena y brasilera que indica que debe ser inmediatamente anterior a la fecha de la respectiva solicitud y que no se interrumpa. Otro criterio también oportuno es el seguido por las legislaciones de Cuba, Brasil, México y Nicaragua que exigen la declaración previa del deseo de adquirir la nacionalidad con un periodo anterior a la formulación del pedido de naturalización.

El plazo de residencia se fijó en dos años, porque de acuerdo con el Código Civil de 1852 vigente al promulgarse la Constitución, lo mismo que con el Código vigente, el transcurso de ese plazo hace presumir la intención de permanecer en el lugar.

¿Es indispensable el requisito de la residencia? De acuerdo con la letra del artículo constitucional y del criterio sostenido por el legislador al expedir su decreto de 11 de julio de 1942, es evidente que sí y que nadie puede adquirir la nacionalidad peruana si no ha estado en el país por el tiempo mínimo señalado.

Sin embargo, con motivo de la guerra actual se contempló la posibilidad de acordar la naturalización a los extranjeros que en Europa ejercían el Consulado ad honorem del Perú y se tropezó con el obstáculo que representaba el no residir en el país. La opinión del Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones fué favorable a la naturalización.

Además del deber de solidaridad humana para con quienes dan pruebas de afecto para el país y del deber de lealtad nacional que obligaba al Perú a no desamparar a las personas que le prestaban servicios, exponía un fundamento de fuerza: la exigencia de la residencia tiene por objeto acreditar la existencia de una vinculación efectiva de quienes pretenden nacionalizarse, con el país y es evidente que quienes durante muchos años están al servicio del Perú, en la solidaridad con éste que crea el ejercicio de la función y su interés por el país que muchas veces es mayor que el de los domiciliados en el territorio, poseen ampliamente esa vinculación. Agregaba, además, que el legislador considera que quien sirve al país en el extranjero tiene como domicilio e l territorio de la República y, consecuente con este criterio, los cónsules habrían llenado el requisito constitucional, siendo su tiempo de servicios sustitutivo del domicilio físico.

Por loable que sea la finalidad que inspiró dicha opinión, es evidente que no se conforma con la exigencia constitucional, la que es del todo indispensable.

Un decreto supremo, fundándose en las recomendaciones de la Tercera Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas celebrado en Río de Janeiro (enero 1942) y del Comité Consultivo de Emergencia para la Defensa Política del Continente para dictar normas con el fin de restringir el otorgamiento de la naturalización a los súbditos de los países del Eje, amplió el tiempo de residencia exigido por la Constitución a diez años ininterrumpidos para los solteros y a cinco para los casados con peruana de nacimiento, viudos de ellas y que tengan hijos nacidos en el Perú, cuando la naturalización sea pedida por súbditos de países que no sean americanos (8-11-43).

El plazo que señala el decreto es el que ha venido insinuando el Dr. Alvarado Garrido en sus clases de Derecho Internacional dictadas en la Pontificia Universidad Católica, por considerar que el señalado por la Constitución es insuficiente para que se produzca la ruptura del vínculo con el país de origen y la adquisición de verdadero afecto al país.

El decreto, según sus considerandos, tiene carácter verdaderamente discriminatorio que se atenúa en la parte resolutive. Pero aun cuando es una medida atinada en cuanto al señalamiento del plazo de residencia, hay que reconocer que carece de valor legal por modificar terminante disposición de la Carta Fundamental. El cumplimiento del acuerdo de Río Janeiro pudo ser puesto en vigor sin necesidad de una disposición expresa del Gobierno, mediante instrucciones internas reservadas, ya que el pedido de naturalización puede ser denegado sin expresión de causa.

Vivanco en su tesis sobre naturalización indica que el decreto supremo que se comenta quedó sin efecto en 2 de enero de 1944. Al hacer este trabajo no se ha encontrado disposición de esta fecha. En cambio el decreto de noviembre fué publicado en el diario oficial, mientras que Vivanco indica que no se publicó en atención a su derogatoria.

El requisito de la residencia se encuentra en las diversas Constituciones de las Repúblicas Americanas, aun cuando varía el plazo. En Costa Rica y Ecuador es de 1 año; de 2 en Argentina, El Salvador, Guatemala y Honduras (que lo reduce a 1 para los latino americanos) y Venezuela; 3 años se exige en Bolivia; 4 años en Nicaragua (que lo reduce a 2 para los americanos y a 1 para los centroamericanos). En Colombia, Cuba, Chile y México se exige la residencia por 5 años. Y son más exigentes al fijar el plazo de residencia en 10 años: Panamá (que lo reduce a 3 para los casados con panameña), la República Dominicana (que lo baja a 5 años para quienes se encuentren al servicio del Gobierno o ejerzan alguna industria, tengan establecimientos comerciales o propiedades; a 2 años si es casado con dominicana; y a 1 si cultiva 100 hc.) y Brasil (que reduce el plazo de residencia a juicio del Gobierno si el extranjero tiene hijos brasileiros, si es casado con brasilera, si tiene propiedades inmuebles, si ha prestado servicios importantes para el Brasil, si tiene reconocida capacidad para las artes, ciencias o profesión, o si ha sido empleado en legaciones o consulados del Brasil durante veinte años).

El último requisito que señala la Constitución, es la renuncia a la nacionalidad de origen. También se exige en Cuba, Chile, El Salvador y Honduras.

Tiene por objeto la renuncia, cumplir uno de los fundamentos en que reposa la doctrina de la nacionalidad: que cada persona sólo puede tener una nacionalidad.

Ninguna ley en el Perú ha indicado la forma cómo debe formularse la renuncia. Cuando el procedimiento de la naturalización estuvo encomendado a los Concejos Municipales éstos exigían que se efectuara ante Notario público y desde entonces se ha aceptado esta forma.

El Dr. Alvarado Garrido critica este sistema por estimar que no llega a conocimiento de los representantes del país de origen y sugiere se haga conforme a la ley de la nacionalidad de origen pues la forma exigida en el Perú no satisface la condición de desligar completamente a la persona de su primitivo Estado, pues hay países cuyas legislaciones disponen un procedimiento especial para perder la nacionalidad (Francia).

La primera objeción es inoperante si se tiene presente que las autoridades comunican el hecho de la naturalización al representante del país de origen. La segunda, si bien tiene fuerza desde un punto de vista, de otro lado no es posible que en el Perú se siga un procedimiento señalado por ley extraña. Si se circunscribe el asunto al Nuevo Continente no sólo no hay problema, sino que el requisito de la renuncia casi resulta innecesario ya que —salvo Uruguay en donde la nacionalidad no se pierde por ninguna causa y Argentina donde se discute el problema, la adquisición de una nacionalidad acarrea la pérdida de la primitiva.

Otro problema que trae consigo este requisito, es el de la oportunidad en que se debe formular la renuncia. En el Perú es previa a la tramitación del expediente. En Brasil, Chile y México la renuncia es uno de los últimos trámites de la solicitud. Esta medida es más acertada que la peruana, pues evita los perjuicios que puede ocasionar a los interesados, si el pedido es denegado.

Además de los requisitos que se ha comentado, que son los exigidos por la Constitución, la ley 9148 y su reglamento mencionan los siguientes:

a) Saber leer y escribir el castellano. Es condición que no se pedía anteriormente y cuya necesidad, sin embargo, es evidente. Se prueba durante el procedimiento. Se encuentra esta exigencia en las legislaciones de Cuba, Colombia y México. En Brasil, por supuesto, se señala el portugués.

b) Ejercicio de oficio, industria o profesión. Se debe a que la gracia que significa el conceder la nacionalidad debe recaer en persona que sea digna de ella y lo menos que puede exigirse es que se encuentre en condiciones de atender a su subsistencia a fin de que no se convierta en una carga para el Estado. Este requisito se señala también en: Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador (salvo que se trate de españoles o hispano americanos), Guatemala, México

y Panamá. En otras Repúblicas se exige, en su defecto, tener propiedad inmueble (Ecuador, Panamá, Guatemala), o capitales en giro (Ecuador, Costa Rica, Panamá y Uruguay), o bienes suficientes para mantener a su familia (Brasil, México).

c) Moralidad y buenas costumbres. Se exigía desde antes y se acredita con certificado expedido por la Prefectura del Departamento. Se pide, también, en El Salvador, Guatemala, Brasil y México.

Algunas legislaciones extranjeras exigen, además, otros requisitos como el no haber sido declarado civilmente incapaz, estar exento del servicio militar (Colombia, Brasil), prestar juramento de fidelidad a la Nación (Cuba), la intención de radicarse en el país (Guatemala, Bolivia), no haber sido procesado o condenado por crímenes y no profesar ideologías contrarias a las instituciones políticas y sociales vigentes.

El procedimiento para la naturalización está señalado en la ley 9148 y en su reglamento del 22 de junio de 1940.

La naturalización es un acto eminentemente personal y debe realizarse directamente por el peticionario sin que se admita su representación por apoderado. En Brasil, en cambio, se admite esta posibilidad, aunque se deja constancia que el poder no suple la falta de residencia.

Las solicitudes se presentan en el Ministerio de Relaciones Exteriores en papel sellado de S/. 1.00 y se adhiere timbres de extranjería (R. S. 12-7-40) por valor de S/. 100.00.

En la solicitud se indica: nombre y apellidos, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, domicilio y tiempo de residencia con indicación precisa de la fecha de ingreso, de las salidas y reingresos posteriores; domicilios anteriores y último tenido en el extranjero y los motivos por los cuales se pide la naturalización. Se adjunta a ella: la carta de identidad (con el pago del impuesto de extranjería al día), el pasaporte, certificado de buena conducta, certificado médico que acredite no adolecer de enfermedad infecto-contagiosa, relación de los empleos y ocupaciones que haya tenido durante los cinco años anteriores a su ingreso al Perú, relación de cinco o más personas que conozcan al peticionario, indicando sus direcciones; en su caso, las partidas de matrimonio (si es casado con peruana) y de nacimiento de sus hijos (si nacieron en el territorio de la República) (Vivanço).

El expediente pasa a informe de la Sección de Extranjería para que verifique la forma de ingreso al país, el pago de los impuestos de extranjería y proporcione los antecedentes de que disponga. Puede pedirse, asimismo, informe a las corporaciones oficiales y a las personas e instituciones o entidades públicas y privadas de cualquier género, en relación con las actividades personales del solicitante. Estos trámites deben realizarse en el plazo de sesenta días.

Si los informes son favorables, el interesado comparece ante el Secretario General de Relaciones Exteriores (D. S. 5-5-43) para ser examinado sobre los requisitos de lectura y escritura del castellano y sobre los motivos de su petición, de todo lo cual se sienta un acta. Luego pasa el expediente a informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio y previa vista fiscal, se expide resolución suprema acordando o negando el pedido lo que puede hacerse sin expresión de causa.

Acordada la naturalización, el Ministerio de Relaciones Exteriores expide el título respectivo, que lleva timbres por S/. 100.00 (R. S. 22-1-42) y que es firmado por el Ministro y por el Director. El hecho es comunicado por la vía diplomática al Estado de origen del naturalizado.

En el Ministerio se lleva un Registro de Nacionalizados, donde se especifica nombres, país de origen, edad, estado civil y ocupación, cuyas partidas son firmadas por el interesado y el Jefe de la Sección y autorizadas por el Director.

En Guatemala el trámite es sencillo. La solicitud se presenta ante el Jefe Político del lugar acompañada de los documentos que acrediten haberse cumplido los requisitos que señala la Constitución; se remite el expediente a la Secretaría de Relaciones Exteriores la que previo examen de los documentos respectivos lo eleva al Presidente de la República para que dicte resolución.

Más complejos, pero de mayor garantía para el Estado, son los procedimientos señalados por las leyes de Brasil y México.

En Brasil, el pedido de naturalización se formula ante el juez del domicilio, el que cita a una audiencia con asistencia del Ministerio Público. En ella, el interesado ratifica su decisión y da lectura a determinados artículos de la Constitución para mostrar su conocimiento del idioma. En el mismo acto se examina si el interesado reúne los requisitos exigidos por la Constitución, se expide sentencia y se remite el expediente, con toda su documentación al Gobierno. Aquí informan: la Secretaría de Seguridad, los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Trabajo, Industria y Comercio, y de Justicia, haciéndose intertanto, publicación de avisos. La carta de ciudadanía la concede el Presidente de la República, refrendada por el Ministro de Justicia y Negocios Interiores. Durante este procedimiento, que debe durar un año, cualquier ciudadano puede impugnar el pedido, acompañando las pruebas del caso.

Decretada la naturalización y publicada la resolución, se remite al juez ante quien se inició el proceso. Este, a pedido del interesado que debe formularse en el plazo máximo de seis meses, en audiencia pública entrega el decreto al naturalizado, el que previamente presta juramento solemne de cumplir sus deberes de ciudadano y renunciar para todos sus efectos a la nacionalidad de origen, de lo que se sienta acta en el decreto que acuerda la naturalización.

En México hay, se puede decir, una etapa preliminar en la que el extranjero presenta recurso ante el Ministerio de Relaciones Exteriores declarando su vo-

luntad de adquirir la nacionalidad mexicana y de renunciar la originaria. A este recurso acompaña constancia de residencia continua e ininterrumpida de dos años, certificado de la autoridad migratoria que pruebe su ingreso legal al país, constancia médica de buena salud, de la edad mínima de 18 años y de su última residencia.

Tres años más tarde (siempre que se haya mantenido la residencia continua, la que no interrumpe la ausencia hasta por seis meses) se pide la carta de naturalización por intermedio del juez del distrito ante el cual se prueba reunir los requisitos que exige la ley. Copia de la solicitud se fija en los estrados del juzgado durante treinta días y de ella da el juez aviso a la Secretaría de Relaciones Exteriores la que manda publicar avisos en el diario oficial y en otro de amplia circulación. Se abre un periodo probatorio y el juez, luego de oír al Ministerio Fiscal, analiza las pruebas actuadas y si las encuentra conforme remite el expediente a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Luego el interesado, siempre por intermedio de su juez, solicita la carta de naturalización renunciando expresamente toda sumisión al Estado de origen y reconociendo su obligación de obedecer las leyes y autoridades de la República, de lo que se ratifica ante el juez.

Verificado todo este proceso, la Secretaría de Relaciones, si lo estima conveniente, expide la carta de naturalización.

Para aquellos a quienes se concede el beneficio de la naturalización extraordinaria y para quienes perdieron la nacionalidad mexicana, hay un procedimiento especial en que no interviene el juez.

En la legislación colombiana, autorizada la naturalización, hay un procedimiento posterior en el que la autoridad política hace comparecer al interesado y al entregarle la carta de naturalización le hace jurar o protestar solemnemente que sostendrá, obedecerá y cumplirá la Constitución y las leyes de la República; que renuncia los vínculos que le ligan al país de origen y a los derechos y privilegios que de tales vínculos pudieran derivarse. Acta de esta diligencia se sienta al respaldo de la carta de naturalización.

La naturalización, conforme estatuye el dispositivo constitucional, sólo produce efectos individuales. La declaración está de acuerdo con la Convención sobre Nacionalidad suscrita en la VII Conferencia Internacional Americana reunida en Montevideo: "La naturalización confiere la nacionalidad sólo a la persona naturalizada".

Se extiende a los hijos menores en Colombia (previa ratificación al llegar a la mayoría), Ecuador, República Dominicana y Venezuela (mientras se encuentren bajo patria potestad y después de llegados a la mayoría de edad no la renuncian). En este último país se extiende, además, a la mujer. En México la naturalización comprende a los hijos, si tienen o estaban domiciliados en la República.

La naturalización confiere los derechos e impone las obligaciones propias de la nacionalidad de nacimiento, con las limitaciones y reservas que establecen la Constitución (no pueden ser Presidente de la República, Representantes, etc.) y las leyes especiales. Surte sus efectos desde el día en que se extiende el título (debería ser desde que se expide la resolución suprema, puesto que el título es simplemente una constancia cuya entrega puede demorarse por razones diversas), pero los beneficios reservados a los peruanos de origen en las leyes sociales, así como en las de enseñanza, sólo se alcanzan después de cuatro años de residencia.

En Paraguay los derechos de ciudadanía no pueden ser ejercidos por los naturalizados hasta después de transcurridos dos años de la naturalización; en Uruguay a los tres años; a los cinco en Haití y Chile, y en Cuba a los diez años.

La carta de naturalización puede ser cancelada. Sucede esto, cuando se hace uso de la anterior nacionalidad. Ello da lugar a un procedimiento que se inicia de oficio o a petición de cualquiera.

Iniciado el expediente respectivo, se notifica al interesado para que exhiba el título de naturalización, exponga lo conveniente y presente las pruebas que considere oportunas en el plazo de treinta días, vencido el cual se pide informe a la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones y, previa vista fiscal, se expide la correspondiente resolución suprema declarando si ha lugar o no a la cancelación de la nacionalidad. En el primer caso se hace las anotaciones del caso en los Registros, se anula el título y se considera a la persona con la nacionalidad de origen para todos los efectos legales. Esta última parte no es jurídicamente aceptable ya que el Estado no puede atribuir a la persona una nacionalidad que no es la propia.

La ley 9810 del 23 de marzo de 1943 dispone que se cancelará las cartas de naturalización otorgadas a favor de súbditos de Alemania, Italia y Japón que se dediquen a propaganda subversiva. Para este efecto, ordenó al Ministerio de Gobierno y Policía remitir al de Relaciones Exteriores la nómina de los extranjeros nacionales originarios de esos países que tuvieran antecedentes de propagandistas o participantes en actos subversivos de tendencia nazi-fascista.

Un decreto supremo del 15 de mayo de 1942 dispone que los naturalizados que habiendo salido del territorio no han regresado a él durante dos años, no pueden utilizar la nacionalidad otorgada si no acreditan satisfactoriamente ante el Gobierno, su propósito de regresar para radicarse en el Perú; y que los consulados no otorguen pasaportes ni revaliden los de las personas que se hallen en esa condición.

Se funda la disposición en la necesidad de cautelar que no se abuse de la nacionalidad y en la presunción del abandono de la nacionalidad por el transcurso de dos años, consignada en el tratado celebrado con Estados Unidos y al que se ha hecho referencia en la primera parte de este estudio.

La ausencia del país del naturalizado se considera como causal de desnaturalización en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México y Paraguay si la ausencia dura dos años (prorrogable por periodo igual en Guatemala y vencido el cual debe volver a residir por lo menos cinco en el país); Brasil (dos años en el país de origen y cinco en cualquier otro), Cuba (tres años salvo que se manifieste cada tres años la voluntad de conservar la nacionalidad cubana) y Nicaragua (ausencia de cinco años).

En los países citados, sin embargo, el hecho está previsto en sus Cartas Fundamentales. En el Perú, la ley sólo contempla el caso de usar la nacionalidad de origen, de manera que el decreto del 15 de mayo de 1942 no tiene justificación jurídica.

En otras legislaciones se pierde la naturalización adquirida por ejercer actividades políticas, nocivas al interés público, por cometer delitos o incurrir en causales de indignidad (Brasil y Colombia) por haber sido condenado por delitos contra la seguridad interna del Estado (Colombia, Chile, Ecuador) o si se obtuvo fraudulentamente.

El naturalizado a quien se ha privado la nacionalidad peruana puede recuperarla siguiendo el procedimiento señalado para hacer uso de la nacionalidad peruana *jus sanguinis*, que se ha expuesto antes.

Algunas Repúblicas Latino Americanas son más liberales para el otorgamiento de su nacionalidad y además de la naturalización que se puede llamar ordinaria, a solicitud de parte, consignan en sus Leyes Fundamentales naturalizaciones extraordinarias en razón de su nacionalidad de origen: latino-americana o centroamericana (Colombia, Ecuador, El Salvador, México y Venezuela), de haber prestado servicios de importancia para la Nación (Argentina y Ecuador), o a la humanidad (Venezuela), del desempeño de funciones públicas (Argentina, El Salvador y Venezuela), de haberse casado con nacional (Argentina), por ser colono traído por el Gobierno (México) o por formar parte de la colonia poseyendo bienes raíces, ejercer profesorado, servir en el ejército y la marina, poseer establecimiento comercial o haber obtenido un invento útil, ser empresario o constructor del servicio de ferrocarriles (Argentina).