

re contra el sindicado una declaración de testigo hábil, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es autor, cómplice, auxiliador, o encubridor del hecho criminoso que se averigua o que el funcionario le haya visto cometer o que sea hallado *infraganti*.

Ha querido la Ley 83 dejar al criterio del funcionario muchas cosas que antes estaban determinadas con fijeza: El artículo 1.º transcrito en parte, concede con restricciones la libertad provisional mediante caución suficiente a juicio del funcionario instructor Juez o Tribunal sin fijar mínimun. El artículo 10 establece lo mismo de modo más explícito y el 12 llega hasta eximir a los sindicados o procesados pobres que vivan de su trabajo diario y padres de familia, previa comprobación de moralidad y buena conducta, de la caución carcelera.

Rotundo y sin excepción ninguna es el artículo 3.º en su primer inciso y primer numeral. Así dicen: «En ningún caso se podrá conceder la libertad provisional: 1.º A los vagos; a los individuos de notoria mala conducta; a los ebrios consuetudinarios; a los que hubieren sido condenados a pena corporal por cinco o mas años o estén sujetos a la vigilancia de las autoridades». ¿Comprende todos los delitos aun los que se castiguen con penas insignificantes de arresto y prisión? ¿Habrá lugar en este caso y en del artículo 1.º, inciso primero, para hacer relación a los artículos 340 y 342 de la Ley 105 de 1890? Hay más razón para contestar sí a la primera pregunta y nó a la última, pero probablemente fue imprevisión en el Legislador no haber hecho las relaciones con esos artículos de manera clara, o hacer alguna otra restricción.

Parece que hubo omisión involuntaria del abuso de confianza al enumerar los delitos cuyos sindicados o procesados no pueden gozar de la libertad provisional mediante fianza—numeral 2.º artículo 3.º—Entre los delitos contra la propiedad sólo menciona, además del hurto o robo de ganado mayor, el hurto, robo o estafa que castigue la ley con más de tres años de presidio o reclusión, y es de observar que el Código Penal al castigar con penas mayores el abuso de confianza que la estafa, se ha mostrado más severo con aquel delito.

No está de acuerdo tampoco la ley 83 con el Código Penal al equiparar el robo, el hurto y la estafa para el efecto de la excarcelación. Marcada es la diferencia en cuanto a la gravedad de estos delitos.

PRUEBAS JUDICIALES

Ignacio DUQUE

Documentos privados

En los Nos. 17 y 18 publicámos un estudio sobre la falsedad en documentos privados, y negámos que las cartas o boletas tengan, por su naturaleza, carácter de documentos privados, para que su falsedad sea punible al tenor del artículo 366 del Código Penal como falsedad de documentos privados. En los Nos. 29 y 30 contradice nuestra tesis el Dr. Lisandro Restrepo G., que sostiene que las cartas o boletas son documentos privados y que su falsedad debe castigarse con la pena que apareja el artículo 366.

A si las cartas son documentos privados, concretaremos nuestro estudio de hoy; no sin recordar, de paso, al Dr. Restrepo, que nosotros no sostuvimos que el delito de falsedad no puede cometerse sino en documentos privados propiamente dichos, puesto que en las letras f) g) y h) de nuestro referido escrito, reconocemos, en algunos casos, la falsedad en simples escritos.

Las cartas o boletas no son *por su naturaleza* documentos privados; *pueden adquirir* este carácter si se presentan en juicio. Esta teoría sentámos en nuestra publicación.

Si la ley no ha descrito qué son documentos privados—dice el Dr. Restrepo G.—es necesario atenerse a las definiciones científicas y del lenguaje; y para sostener que las cartas son documentos, copia las definiciones que de documentos dan la Academia y D. Joaquín Escriche.

DEFINICION DE LA ACADEMIA: DOCUMENTO. *Escritura con que se prueba, confirma o corrobora alguna cosa. Cualquier dato, papel o instrumento que sirve para justificar una cosa».*

DEFINICION DE ESCRICHE: DOCUMENTO. *La escritura o instrumento con que se prueba o confirma alguna cosa.*

INSTRUMENTO PRIVADO. *El escrito hecho por personas particulares sin intervencion de escribano o persona legalmente autorizada para perpetuar la memoria de un hecho o para hacer constar alguna disposicion o convenio.*

Después de dar esta última definición dice Escriche que los instrumentos privados suelen reducirse por los autores a tres especies: QUIROGRAFOS, que antiguamente se subdividían y reconocían con los nombres de *apoca antápoca y singrafa*, y que comprenden: el recibo, la carta de pago, el finiquito (apoca); el papel que da el deudor a su acreedor manifestando haberle pagado tanta cantidad por razón de censo, pensión, rédito, interés u otra prestación anual o mensual (antápoca); y el papel o instrumento de un convenio firmado por las dos partes contratantes (singrafa). PAPELES, DOMESTICOS, como los libros de cuentas y de inventarios. CARTAS MISIVAS.

Aceptadas, por nuestra parte, las definiciones anteriores, lo primero que debemos observar es que el Dr. Restrepo G. piensa que para D. Joaquín Escriche, dadas las explicaciones en que entra, una carta es un documento. Así parece a primera vista; pero es preciso tener en cuenta que Escriche, cuando habla de las cartas misivas viene hablando de instrumentos privados; y que antes de tratar de éstos, define en terminos generales lo que es un instrumento.

INSTRUMENTO. *En general es todo lo que nos sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio; de modo que en este sentido pueden llamarse instrumentos las deposiciones de los testigos y sus promesas.*

Es de notar, por otra parte, la definición que Escriche da de lo que es una CARTA MISIVA: «*El escrito que uno dirige a otro que se haya ausente, comunicán-*

dole sus ideas, propuestas o resoluciones sobre algún asunto.

Ahora bien; en presencia de las definiciones copiadas, nos reafirmamos en nuestra tesis: Las cartas o boletas no son, *por su naturaleza*, documentos privados.

Una carta *por su naturaleza*, no prueba, confirma o corrobora alguna cosa. Si así fuera, todas las cartas de familia serían documentos privados.

El objeto de la carta, no es probar confirmar o corroborar alguna cosa; sino comunicar al ausente, ideas, hechos, propuestas o resoluciones.

Un recibo es un documento; su objeto es probar un pago.

¿Podrá equipararse la carta al recibo?

Si se falsifica un recibo, se falsifica una prueba, un documento. Si se falsifica una carta, no se falsifica una prueba, no puede sostenerse que se ha falsificado un documento.

Negado que la carta sea por su naturaleza un documento, no se niega que sirva a veces de documento. Ella *puede adquirir*—dijimos en nuestro estudio— el carácter de documento privado, pero para esto es necesario: 1º. Que se presente en juicio como prueba; 2º. Que el que la presente no quiera atenerse a ella en lo favorable rechazándola en lo adverso. (artículo 1763 Código Civil. 693 C. J.)».

En efecto; si Juan acepta por carta un negocio que Pedro le ha propuesto, esa carta puede servirle a Pedro, en juicio contra Juan, para probar la celebración de un contrato de aquellos que la ley permite celebrar por el simple consentimiento. Adquiere entonces, por su presentación en juicio, el carácter de un documento privado. De simple carta, se convierte en escrito que sirve para probar, confirmar o corroborar alguna cosa; o que la prueba confirma o corrobora.

Si, pues, los jurisconsultos atribuyen a la carta misiva el carácter de documento privado, es porque la consideran como un medio de prueba en juicio, como un instrumento que conduce a la averiguación de la verdad, que da luz sobre la existencia de un hecho-convenio. En este sentido, no anduvieron muy desalumbrados los jurisconsultos antiguos cuando sinni

cluír entre los instrumentos quirógrafos la carta misiva, no obstante reconocieron en esta un documento privado.

No haber incluido los antiguos juriconsultos la carta misiva en la especie de los instrumentos quirógrafos, es la mejor prueba de que reconocieron que la carta misiva no era por su *naturaleza* un documento, aunque podía adquirir este carácter.

Los escritos a los cuales reconoce la ley el carácter de documentos son de tres clases.

1^a. Escritos que por su *naturaleza* son documentos privados.

2^a. Escritos que por *disposición de la ley* son documentos privados.

3^a. Escritos que por *disposición de la ley* pueden adquirir el carácter de documentos privados.

Pertenecen a la primera clase los recibos, vales, pagarés, los escritos en que se hacen constar los contratos, y en general todos aquellos que tienen por objeto preconstituír una prueba, y que se otorgan sin intervención de un funcionario público (art. 191 C. J.)

Pertenecen a la segunda clase, las letras de cambio, las libranzas, los cheques, y en general todos aquellos escritos que por su naturaleza no son documentos privados, pero a los cuales la ley ha otorgado este carácter por su importancia en las relaciones comerciales (art. 692 C. J.)

Pertenecen a la tercera clase, las cartas misivas, los asientos, registros y demás papeles domésticos de que trata el artículo 1763 del Código Civil, los cuales pueden servir de prueba de un hecho controvertido si se presentan en juicio con ese carácter. (art. 1763 C. C. 693 C. J.)

En cuanto habla la ley de documentos privados, sin especificarlos, se refiere a las tres clases anteriores. Pero es preciso no perder de vista cuales son los documentos propiamente dichos, para no incurrir en errores que pueden ser de gravísimas consecuencias dando carácter de documentos a los que no lo son en realidad.

La distinción de tres clases de documentos, que hemos hecho, no es caprichosa. No es invención nuestra; este honor lo declinamos en los artículos 691 692 y 693 del Código Judicial.

Si las letras de cambio y las cartas misivas fuesen documentos por su naturaleza, sobrarían los artículos 692 y 693 del Código Judicial.

En materia de distinciones, la ley ha ido más lejos: tanto en el Código Civil como en el Código Judicial, al tratar de los registros, asientos, cartas misivas y demás papeles domésticos, ha esquivado darles el nombre de documentos privados; y mientras exige la solemnidad del reconocimiento en los escritos de la primera y tercera clase, no la exige para las letras de cambio y demás documentos de comercio.

Es que los documentos privados forman parte integrante de la teoría de las pruebas judiciales; y en consecuencia, es a la luz de esa teoría como deben estudiarse los escritos que son o que pueden servir de prueba.

El error de que las cartas son documentos privados, no es solo del Dr. Restrepo G.; en él ha incurrido la mayoría, si no la unanimidad de los Tribunales, observando que Escriche incluye entre los instrumentos privados las cartas misivas; que ha sido el argumento para sostener que la falsificación de una carta es falsificación de documento privado.

Desde el punto de vista de que una carta se presente en juicio como prueba, la carta es un documento; desde el punto de vista de que una carta que se escribe no tiene por objeto servir de prueba, la carta no es un documento.

Aunque hoy no son exactas las siguientes ideas de Pothier, las transcribimos para que se vea cómo este eminente juriconsulto entraba en distinciones respecto a «papeles domésticos»; distinciones que indirectamente confirman la que hemos sustentado.

«No puede dudarse que lo que escribimos en nuestros papeles domésticos no puede hacer prueba en nuestro favor contra quien no los ha suscrito: *exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotacione propria, debitorem constituit* (L. 7 cod de probat). Pero que prueba hacen contra nosotros? Boiceau distingue el caso de que lo que hubiésemos escrito tuviese por objeto hacer constar una obligación nuestra para con alguno, de aquel de que lo que

hubiésemos escrito tuviese por objeto libertar a nuestro deudor.

En el primer caso, por ejemplo, si yo he escrito en mi diario que he comprado veinte pistolas a Pedro, Boiceau, piensa que si este reconocimiento que he hecho en mi diario está suscrito por mí, hará plena prueba de la deuda contra mí y contra mis herederos; y que si no he firmado, solo hará una semi prueba que debe ser fortificada por algún indicio.

Plausible encuentro esta distinción de Boiceau (*Je trouve plausible cette distinction de Boiceau*) pero por otra razón que la que alega. Cuando no he firmado la nota de mi diario, ella no parece hecha sino para darme cuenta de la compra, y en manera alguna para que sirva de prueba a mi acreedor; no teniendo vale mi acreedor, se presume que me lo ha devuelto al pagarle; y que encontrándome asegurado por la restitución que del vale me ha hecho, he descuidado tachar la nota haciendo mención del pago verificado. Pero cuando yo he firmado esta nota, mi firma indica que he puesto la nota a fin de que a mi acreedor pudiese servirle de prueba. Ella, debe, pues, valerle. «(Pothier. Traite des obligations. Partre IV Chap. I)».

En la actualidad, esté o no esté firmada la nota, en el ejemplo que trae Pothier, mi libro de notas es un documento al ser presentado y reconocido en juicio. La nota prueba la compra de veinte escopetas; si no hay nota de pago, en mi diario y pagué, culpa mía fue; y deben mis herederos, muerto yo, probar el pago. —En cambio, si consta que pagué, ello prueba el pago. Por eso dice la ley «que los registros, asientos y papeles domésticos hacen fe contra el que los ha escrito o firmado *«con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en a parte que le fuese desfavorable»*.

Escribía Pothier en el siglo XVIII, antes de que se hubiera consagrado una regla semejante en el Código de Napoleón; pero las consideraciones que hace evidentemente no van encaminadas a otra cosa que a saber cuándo podían tener carácter de documentos privados, los papeles domésticos, según la intención del que los hubiere escrito. En el fondo, hacía Pothier la misma distinción que hacemos nosotros de documentos por *naturaleza*.

Parece que la ley equiparara los recibos a las cartas cuando tanto para los primeros como para los segundos exige la solemnidad del reconocimiento. Sin embargo, no es así. El reconocimiento judicial, no tiene por objeto darle valor de documento al recibo o de documento a la carta, sino asegurarse de su autenticidad. Mal podría tenerse como prueba un instrumento —sea recibo, sea carta—cuya autenticidad no consta.

Reconocido un recibo, tiene valor de plena prueba.

Reconocida una carta, puede que no suministre la plena prueba.

Es que no es de igual fuerza la confesión judicial que resulta acerca del *contenido* de un recibo; que la que resulta acerca del *contenido* de una carta.

Con relación al *contenido*, el objeto del recibo es servir de prueba para un litigio eventual. Es una prueba preconstituída. Reconocido por quien lo firmó, sirve para probar, confirmar o corroborar un pago.

Con relación *al contenido*, la carta que se ha reconocido en juicio como auténtica, puede suministrar: o la prueba plena del documento privado, o el indicio de un principio de prueba por escrito. Suministrará la prueba de un documento, si el hecho que con la carta se pretende justificar queda demostrado con el contenido de esta; será principio de prueba por escrito, si apenas hace verosímil el hecho que se alega.

En otros términos: con relación al contenido, la carta es un documento una vez presentada en juicio, porque es un «papel que sirve para justificar una cosa» (aunque sea el indicio de un principio de prueba por escrito); pero no por ello tiene en todo caso la fuerza probatoria del documento privado.

Se ha creído que el reconocimiento de que hablan los dos artículos que vamos a copiar es una confesión judicial; y que de aquí proviene la fuerza probatoria del documento.

Artículo 691. *Los pagarés, recibos o vales simples, las obligaciones u otros documentos privados de esta clase, tienen la fuerza de una confesión judicial acerca de su contenido, siempre que sean reconocidos, ante Juez competente, por el que los firmó*

Artículo 693. *La misma fuerza de confesión so-*

bre el contenido de cartas y otros papeles, tendrá el reconocimiento que de ellos haga una de las partes en juicio, y durante el término probatorio.

En este error incurre no solamente el Dr. Restrepo G. en el 1^{er}. acápite de la página 757 de la Revista, en que nos combate, sino también el Relator de la Corte Suprema en su nota al N.º 803 de la Jurisprudencia de los Tribunales. Es preciso quintaesenciar la ley para encontrarlo; porque a primer vista el error no parece sino verdad indiscutible.

Sin duda que el reconocimiento expreso ante Juez competente es una confesión judicial acerca del contenido del documento; pero la fuerza probatoria de este no le viene directamente de la confesión, sino del documento privado.

La ley no ha dicho que el reconocimiento es una confesión judicial; sino que tiene fuerza de confesión judicial.

«...*tienen la fuerza de una confesión judicial* ACERCA DE SU CONTENIDO....

LA FUERZA DE UNA CONFESION JUDICIAL.

¿Que fuerza tiene la confesión judicial?—La de plena prueba—

Sobre que recae la plena prueba? Sobre el contenido.

Luego la fuerza probatoria no le viene a un documento de la confesión judicial de su contenido, sino del documento mismo. Si este es nulo, nada importa que su reconocimiento tenga «la fuerza de una confesión judicial *acerca de su contenido*». Si es válido, la fuerza de la confesión judicial *acerca de su contenido* recae sobre un instrumento cuyo objeto es probar, confirmar o corroborar una cosa; y por tanto es el instrumento, cuyo contenido ha sido confesado como auténtico, el que suministra la prueba.

Sostener lo contrario, es entablar discusiones sobre lo evidente; y suponer inconsciencia en el Legislador cuando al redactar el art. 541 C. J. dijo:

Las pruebas legales son las siguientes: 1^a. *Confesión de la parte hecha en juicio o fuera de él*; 2^a. *presunción legal*; 3^a. *indicios o conjeturas*; 4^a. *declaraciones de testigos o peritos*; 5^a. *instrumentos públicos y privados*....

El objeto del reconocimiento no es la confesión judicial, sino la autenticidad del documento privado. Por eso decían los antiguos autores que los instrumentos públicos gozaban del privilegio de hacer plena prueba por sí solos, y de necesitarse considerable número de testigos para infirmarlos.

La misma ley lo da a entender cuando dice:

Artículo 694. *Un documento se tendrá por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte que lo firmó o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso en tiempo oportuno, PARA QUE LA PARTE QUE LO PRESENTO HUBIESE PODIDO PROBAR SU LEGITIMIDAD.*

En resumen:

Insistimos en sostener la teoría que sentámos en los números 17 y 18 de esta Revista, cuando negamos que la falsificación de cartas pueda castigarse como falsificación de documento privado; salvo las excepciones que en esa publicación establecimos.

CODIGO CIVIL

† Artículo 1,533 del Código Civil.

Bogotá Julio 7 de 1914.

Sr. Dr. D. Tulio Suárez—Presente.

Muy apreciado amigo:

En el estudio que Ud. presentó como tesis de grado hace Ud. una censura del artículo 1533 del Código Civil colombiano. Tuve el honor de ser su Presidente de tesis, y en el respectivo informe, me permití observar, para elogiar su obra, que Ud. criticaba con severidad un texto legal que todos creíamos *intangibile*. Su opinión fue confirmada con la muy respetable del inteligente y muy ilustrado Dr. Luis Eduardo Villegas, uno de los examinadores, quien la sostiene luminosa-