

Crítica al nuevo Código Judicial.

¿DEBERIA DEROGARSE EL NUEVO CODIGO? FALTAS QUE SE COMETIERON EN SU REDACCION.

Si nuestra opinión, adversa al nuevo Código Judicial, se hallase aislada en el país, callaríamos pensando que era un error cualquier tacha que en contra del nuevo Código se nos ocurriese; pero combatida rudamente esa obra, cuando aún era proyecto, por la Corte Suprema de Justicia y en gran parte atacada por todos los Tribunales del país, causa estupor que el Congreso del año pasado la hubiese convertido en ley. ¿Se puede acaso, pasar por encima de la opinión de la Corte Suprema de Justicia sin cometer una verdadera audacia?

Para los defensores del nuevo Código Judicial, en este no se encuentra un solo defecto, ni el más leve; en concepto de otros, es una obra acabada, soberbia, aunque tenga enormes defectos; para los que no nos dejamos alucinar por algunas felices innovaciones, los defectos de que adolece el nuevo Código son lo bastante graves y numerosos para considerarlo como un inmenso desastre.

No quiere esto decir que la mayor parte de las disposiciones del nuevo Código sean absurdas o defectuosas; en globo, nosotros afirmaríamos redondamente que de los 1167 artículos que contiene, hay aceptables al rededor de 900, algunos de los cuales tienen plausibles innovaciones; también afirmaríamos que sus 267 artículos próximamente criticables son pocos relativamente al número de los que deberían aceptarse indiscutiblemente. No nos apasionamos, puesto que reconocemos como aceptables la mayor parte de las disposiciones del nuevo Código; pero queremos también que se note que un Código puede ser malísimo, no tanto por la cantidad de erróneas disposiciones que contenga cuanto por la calidad de defectos y vacíos de que adolezca.

Enhorabuena reconocemos que el Dr. Ismael Arbeláez, autor del nuevo Código Judicial, está hecho de madera de pensadores, de sabios, de legisladores y que puede calificarse, no obstante los grandes defectos de su obra, como un as entre los jurisconsultos de Colombia. No por esto extrañe la acerba crítica en que nos ocupamos; apabulla el peso de la redacción de un Código a un solo jurista, así sea el más sabio que en el mundo haya sido, sea y será.

En todos los países, la redacción de un Código es obra de una comisión formada, no por tres o cinco abogados cualesquiera que lo echarían indefectiblemente a perder, por su mediocridad científica, sino tarea que se encomienda a tres o a cinco ases espléndidamente remunerados para que concentren su atención máxima, su talento máximo, su ilustración máxima y su experiencia máxima, en tan fabuloso empeño. Don Andrés Bello, no redactó solo el Código Civil; lo asesoró una comisión de jurisconsultos que discutieron con él, en prolongadas sesiones, disposición por disposición; ni el Código de Napoleón ni el Código de Justiniano los redactó un solo jurisconsulto; intervinieron varios ases en cada una de esas obras, lo mismo que en el moderno Código Civil de Alemania.

Aquí en Colombia—país único—hemos creído que un solo jurisconsulto, un as, como el Dr. Ismael Arbeláez, podría hacer un Código Judicial; y que otro jurisconsulto como el Dr. J. V. Concha, podría redactarnos un Código Penal. Y para que no faltase error sobre error, dislate sobre dislate, se creyó cándidamente que bastaba pasar luego el proyecto respectivo al Consejo de Estado y a una Comisión de la Cámara de Representantes, en donde se encontraban abogados, pero no ases entre los jurisconsultos, para que con una sola lectura lo estudiaran y le indicasen las reformas que la primera lectura les sugiriese. El efecto debía ser necesariamente el que fué: aumentar considerablemente los errores y defectos del proyecto primitivo, echarlo más a perder. Vale ello decir que nosotros hubiéramos aceptado, por tener menos errores, el proyecto del Dr. Arbeláez, como Código, sin reforma alguna.

Mientras más pior, mejor mi don, dice un proverbio de los campesinos antioqueños. Nosotros preferiríamos que el próximo Congreso no le introdujese una sola reforma al nuevo Código; o que si reformas le introdujese, fuesen tan desacertadas como algunas de las que le introdujeron el Consejo de Estado y la Comisión de la Cámara. De esta manera, el nuevo Código se desacreditaría en más de un año lo bastante entre sus mismos adoradores, para que se derogase íntegramente y se volviese al antiguo Código. De lo contrario, podemos estar seguros de que los Congresos venideros, en estos diez años, le introducirán reformas innumerables al nuevo Código, acertadas unas y desacertadas probablemente otras; y podemos también contar con que dentro de diez años apenas estará empezando la tarea reformativa. No de otra manera puede suceder cuando se desconocen principios fundamentales de derecho y cuando se expide un Código en gran parte combatido, como proyecto, por la Corte Suprema y por los Tribunales del país.

En nada amengua esto al Dr. Ismael Arbeláez ni al Consejo de Estado ni a la Comisión de la Cámara de Representantes; es que no hay jurisconsulto por sabio que sea, que no incurra en errores de derecho; esta ciencia es demasiado difícil, y la única manera de evitar errores en un Código es la de encomendar su discusión y redacción, artículo por artículo, a una comisión de tres o cinco ases, para que los errores en que uno de ellos incurra se los señalen sus compañeros, y para que todos coadyuven, como un solo hombre, a depurarlo de todo error. Redactar un solo jurisconsulto obra semejante, y pasarla a otros jurisconsultos para que la lean y le indiquen las reformas que la primera lectura les sugiera, es no darse cabal cuenta ni de lo difícil que es el Derecho ni de la máxima gravedad de expedir un Código, por lo delicada que es la administración de justicia.

FACILIDAD DE VOLVER A EXPEDIREL ANTIGUO CODIGO SU GRAN CUALIDAD Y SU CAPITAL DEFECTO LAS NECIDADES QUE SE HAN DICHO DEL ANTIGUO Y DEL NUEVO CODIGO.

Dos ventajas tiene el nuevo Código Judicial sobre el antiguo: 1o. El orden de sus disposiciones; 2o. Haber estatuido algunos procedimientos para hacer efectivos ciertos derechos que consa-

gra el Código Civil. Una ventaja capital tiene, en cambio, el antiguo Código sobre el nuevo: el valor científico de sus disposiciones, precisamente lo que más le importa al jurisconsulto.

Mientras que al nuevo Código Judicial se le pueden señalar errores garrafales de derecho—afirmación que respaldaremos con pruebas—no se podría señalar un solo error de esa clase en el antiguo Código Judicial; ni podría haberlo en obra en cuya redacción o en sus reformas intervinieron jurisconsultos como Luis Robles, Demetrio Porras, Manuel J. Angarita, Anibal Galindo, J. M. Rojas Garrido, Nicolás Esguerra, Francisco Eustaquio Alvarez, Santiago Pérez, Juan E. Zamorra, Dionisio Arango, y otros que se nos escapan no menos eminentes. Menguado quien hable de esa colcha de retazos—aludiendo al antiguo Código Judicial—retazos de cerebro que nos legaron los más célebres jurisconsultos que han alentado en el seno de Colombia.

Generalmente, quienes abominan del antiguo Código Judicial son los que se piensan intelectualmente superiores a los grandes jurisconsultos del siglo pasado y tienen a menos los principios científicos que sentaron y se persuaden a sí mismos de que cada disposición del antiguo Código Judicial se hallaba tocada de vejez; los que neciamente creen que la ciencia del Derecho ha sufrido radical transformación; los que como señal de menosprecio para el antiguo Código Judicial afirman, como los abogados que intervinieron en la Comisión de la Cámara, que esa era una obra inspirada en la antigua legislación española; los que creen, en una palabra, que ante los abogados del siglo xx aparecería el mismo don Alfonso el Sabio como un pigmeo, si no acaso como un rábula, y que nos hablan de los principios modernos del Derecho, como si el Derecho fuese una ciencia moderna y el siglo xx fuese el de la edad de oro de esa difícilísima ciencia.

En la imposibilidad de señalar en concreto un solo error grave en el antiguo Código Judicial, se ha dicho que era un caos; como defecto capital de esa obra, se han señalado las numerosas reformas que en cincuenta años sufrió. Lo que no se ha reparado, desgraciadamente, es que los sabios jurisconsultos del siglo pasado se preocupaban de llevar cada artículo a su perfección, y de que la mayor parte de las maldecidas reformas no son reformas sino disposiciones adicionales. A partir de la ley 105 de 1890 que cubrió de gloria al Congreso de ese año por el enorme acervo de ciencia jurídica que esa ley representa, disminuyeron considerablemente las adiciones y reformas al antiguo Código, al punto de que desde 1907 fueron fenomenales y levísimas las modificaciones que a esa obra se introdujeron. El antiguo Código Judicial tocaba ya a las fronteras de la perfección y solo faltaba que se le diese una mano en ciertos detalles y se le pusiese orden numérico.

Queremos que se repare en esto: la mayor parte de los capítulos del antiguo Código Judicial no sufrieron sino la reforma de dos o tres disposiciones en cincuenta años; tales son los capítulos que se relacionan con testigos, peritos, documentos públicos y privados, entrega o remisión de autos, demanda, apoderados, juicio ordinario, etcétera; de tal modo que apenas se requería el trabajo de poner por orden numérico sus disposiciones tomando por base la edición del Dr. Rodríguez Piñeres en que se intercalaron las

adiciones y reformas. Títulos hay en el antiguo Código en que podría hacerse lo mismo por haber regulado una ley íntegramente la materia; ejemplos, el título de nulidades y el de secuestro y embargo preventivo; el uno quedó regulado en la ley 105 de 1890 y el otro en la ley 40 de 1907. El título del juicio ejecutivo, uno de los más reformados, podría reducirse fácilmente a orden numérico riguroso.

Quienes juzgan imposible reducir las disposiciones del antiguo Código Judicial a orden numérico son los que no han reparado que el Dr. E. Rodríguez Piñeres intercaló en esa obra las disposiciones adicionales y reformatorias con tan escrupuloso cuidado que en la mayor parte de sus títulos y capítulos podría indicar un niño el orden numérico de sus disposiciones. Ciertamente es que en ese Código se encuentran algunas cuantas disposiciones—pocas por cierto—en que subsiste el artículo primitivo con dos o tres adicionales o reformativos, y que es muy delicado condensarlos en una sola disposición; pero esto no es imposible. Lo delicado de la tarea de reducir a orden numérico las disposiciones del antiguo Código Judicial depende principalmente de que sería difícil resistir a la tentación de las reformas; y en esto se corre el peligro de introducir más de una innovación desgraciada. Muchísimas disposiciones censurables del nuevo Código Judicial provienen de que al querer vaciar en molde nuevo una disposición antigua, se cayó en la falta de reformar, sin meditarlo muy bien, su principio fundamental; ejemplos los arts 227, 251, 335 y 336 del nuevo Código.

Se dice que el nuevo Código Judicial está ahora de acuerdo con el Código Civil, sin pensar en que para semejante afirmación se necesita una gran dosis de soberbia; ya que tan necio concepto equivale a sostener que los Porras, los Robles, los Angaritas, los Rojas Garrido, los Pérez y esa pléyade de lumbreras del siglo pasado no sabían Código Civil puesto que habían sido incapaces de concordarlo con el Código Judicial cuando redactaron este o estudiaron las reformas que debían introducirle. No solamente no se nota grave disparidad entre el antiguo Código Judicial y el Código Civil, sino que nosotros demostraremos que el nuevo Código Judicial contiene disposiciones abiertamente contrarias a las del Código Civil; y que en otras de esas disposiciones se idearon analogías exóticas con el Código Civil como la que resulta del art 766 del nuevo Código Judicial.

Pero obra sería de romanos tomar nota de todas las necesidades que se han escrito de las excelencias del nuevo Código Judicial y de todas las maldiciones que se han dirigido al antiguo Código; recargadas unas y otras, por cierto, de literatura para disimular con esto la falta de argumentos con qué respaldar la vacuidad del concepto. Aun se ha dicho que para entender el nuevo Código Judicial es preciso olvidar el antiguo; y que si la Corte Suprema de Justicia combatió en gran parte el nuevo Código Judicial fué por la sola pereza de estudiar la obra cuando se expidiese la respectiva ley o por el pueril temor a las innovaciones. No ha faltado, en una palabra, necesidad que no se sostenga, con recargo de formas literarias, en nombre de una pretendida ciencia moderna o de una nueva concepción hecha en el siglo XX de los eternos principios del derecho.

Sin perjuicio de equivocarnos, son tan graves, a nuestro modo de ver, los errores, vacíos y defectos del nuevo Código Judicial, que no habría hipérbole en afirmar que si se redactase el antiguo Código Judicial colocando todos los artículos que contiene la edición del Dr. Rodríguez Piñeres, por orden numérico, es decir sin tomar nota de las disposiciones que han sido en parte reformadas, saldría esa obra con menos defectos graves que los de que adolece el nuevo Código.

Mas antes de acometer la crítica al nuevo Código, hacemos notar que la apoyamos no en nuestros conocimientos, que son escasos, sino en la que nos presta el antiguo Código Judicial, trasunto, según se dice, de la anticuada legislación española y refugio de rúbulas y leguleyos, según la célebre condenación que le fulminó la Comisión de la Cámara,

Es nuestro ánimo demostrar que el nuevo Código Judicial tiene al rededor de 200 disposiciones inaceptables; pero como enumerarlas simplemente sería, por razones obvias, labor estéril, preciso será hacerles separadamente un comentario. Por hoy anotamos en el nuevo Código los siguientes defectos graves:

1 Haber permitido virtualmente el nuevo Código que el demandado venda o hipoteque una propiedad en litigio, lo que autoriza esencialmente el inciso 4 del art 278 que envuelve rudo golpe a la seguridad con que debe rodearse la propiedad inmueble y constituye sangrienta burla al art 1521 del C. Civil: Aducimos un ejemplo entre muchos: un menor vende una finca; posteriormente demanda la nulidad del contrato y pide el embargo preventivo de la finca; el comprador puede evitar el embargo o hacerlo cancelar presentando el certificado de veinte años de que trata el inciso 4 del art 278. Se demuestra así el rudo golpe que a la seguridad de la propiedad ratz descarga esa exótica disposición, que parece ideada por un rábula para burlar el art 1521 del Código Civil que prohíbe enajenar cosas que se hallan en litigio. Inútil decir que puede pedirse inscripción de la demanda conforme al art 42 de la ley 57 de 1887, porque algún Juez nos manifestó que esta disposición la consideraría en adelante derogada por el inciso 4 del art 278 del nuevo Código Judicial.

Pudiera arguirse que el objeto del inciso criticado es el de impedir que alguna persona de mala fe demande a otra con el fin de hacerle embargar, por medio de un juicio temerario, algun inmueble a fin de causarle perjuicios. Mas a semejante argumento podría contestarse que los casos aislados de mala fe no tienen por qué preocupar al legislador desde que son tan inevitables como raros.

Es pueril el certificado de veinte años a que se refiere el inciso criticado, desde que el embargo preventivo de un inmueble proviene, según el mismo Código, de la demanda sobre nulidad de un contrato o de su resolución o revocación (art 278), motivo por el cual el dichoso certificado puede conseguirse de la manera más sencilla.

Debido a ese desgraciadísimo inciso, hoy será difícil saber qué se halla en litigio; ha desaparecido en una palabra, la seguridad para las transacciones de propiedad o hipotecarias; por salvar a dos o tres individuos temerariamente demandados, se abrió la puerta

a centenares de individuos de mala fe para que vendan o hipotequen, mientras se falla el litigio, el inmueble por el cual se les ha demandado. En dos líneas: magnífico refugio para los bribones es el inciso 4 del art 278 del nuevo Código.

2—Haber aumentado considerablemente las causales de nulidad en los juicios; un buen legislador en vez de idear causales y más causales para anular juicios, trata de restringirlas hasta el minimum porque la nulidad es odiosa y recurso extremo para reparar una injusticia grave o para impedir que se cometa una iniquidad.

En el antiguo Código, las excepciones dilatorias no eran motivos de nulidad; el inconveniente que presentaban era el de que se disponía que mientras se decidía el incidente de excepciones, se suspendiese el juicio. Los rúbulas, que de todo abusan, proponían a troche y moche excepciones dilatorias por demorar los juicios. El nuevo Código, en lugar de disponer que el incidente de excepciones dilatorias se surtiese en cuaderno separado de tal modo que pudiese sustanciarse el incidente y decidirse y concederse apelación sin que por ello se suspendiera el curso del juicio, que era el remedio indicado, resolvió convertir en incidentes de nulidad las antiguas excepciones dilatorias. Los rúbulas se hallan de plácemes con el nuevo Código por haber multiplicado los motivos de nulidad; esto les resulta evidentemente de más resultados que las antiguas excepciones dilatorias.

3—Haberse dado especial pábulo al rabulismo con el nuevo Código; en efecto, se recordará que la fianza de costas en juicio ordinario que podía exigirse de acuerdo con el antiguo Código servía de poderosa arma a los rúbulas quienes de todo abusan, y que lo primero que hacían era exigirla para suspender por largo tiempo el juicio. Pues bien, el nuevo Código en lugar de suprimir la malhada fianza la multiplicó en forma escandalosa; es decir, que de una arma que les daba el antiguo Código en el solo juicio ordinario, hizo el nuevo Código diez mil armas para los rúbulas. Porque creer que esas diez mil armas van a servir contra los rúbulas, es pecar de inocente; los rúbulas pueden conseguir fiadores de negocio, es decir personas de mala fe que enajenan simuladamente sus bienes si algún peligro ven de que se les hará efectiva una fianza; de manera que un rábula dará como fiador a un bribón, cuando se le exija fianza, y se valdrá del arma de la fianza para acometer con ella de tal modo que con esa arma sola puede ganar pleitos; ejemplo. el art 965 del nuevo Código.

4—Otra de las más graves tachas que se pueden hacer al nuevo Código es la de haber destruido el principio del antiguo Código de que debe el Juez declarar probada, de oficio, cualquiera excepción perentoria que resulte del pleito; principio tutelar de la administración de justicia.

5—Haber declarado el nuevo Código que no se admite como excepción perentoria sino la que pueda alegarse al tiempo de la demanda; esto se halla en absoluto desacuerdo con el C. Civil por que este admite que pueda alegarse una compensación por crédito adquirido después de la demanda en caso de no perjudicarse por ello a terceros, como se desprende del art. 1.720 de esa obra. También admite el Código Civil que se pueda celebrar una transac-

ción aunque halla pleito pendiente; pero con el nuevo Código Judicial una transacción no podría alegarse como excepción sino en caso de que se verificase antes de la demanda, sin embargo de que la transacción extingue de tal modo la obligación que tiene fuerza de cosa juzgada o de sentencia definitiva según el art 2.483 del C. Civil. Los antiguos jurisconsultos que sin duda sabían más que los que hoy se presumen más sabios que aquellos, admitían aun sin que se alegase una excepción de pago en cualquier tiempo; a hacer efectivas las reglas que trae el Código Civil sobre extinción de las obligaciones, se enderezaba el principio de que el Juez debe declarar probada de oficio cualquiera excepción perentoria acreditada en el expediente; principio que en el nuevo Código quedó arrumbado.

6—Haber suprimido el derecho de corregir la demanda, en circunstancias en que la contestación a la demanda hace a veces ineludible la reforma. El derecho de corregir la demanda antes de abrir el juicio a pruebas envuelve suspensión del principio de que una demanda no se puede corregir después de contestada por mediar un cuasi-contrato. Los redactores del nuevo Código no se dieron cuenta de esto.

7—El antiguo Código exigía que en las demandas se expresasen los fundamentos de derecho; nuestros modernos legisladores no se percataron de que esa exigencia pertenece a la esencia misma de la demanda, y la suprimieron como notabilísima innovación. No supieron que la demanda se relaciona con el título, esto es con los fundamentos de derecho (art 271 del antiguo Código), con la acción que se intenta (arts 272 y 274 *ibid*), con la cosa juzgada (arts 271 y 833 *ibid*); por eso es tan delicada una demanda. El nuevo Código desconoció, repetimos, la esencia de la demanda al no exigir que se expresasen los fundamentos de derecho y abrió ancha puerta al rabulismo.

Es cierto que no debe atribuirse al Dr. Arbeláez la innovación que criticamos, ni que algunos de los graves defectos que anotamos se le deben a él; pero nosotros estamos criticando el nuevo Código tal como lo hallamos y poco nos importa averiguar si esta o aquella disposición la inspiró el Dr. Arbeláez, el Consejo de Estado actual o la Comisión de la Cámara de Representantes.

Con los fundamentos de derecho de la demanda y con la cosa juzgada se relaciona la siguiente doctrina de grandes alcances jurídicos que sentó el 8 de julio de 1918 el Consejo de Estado, doctrina inspirada por el art 271 del antiguo Código y que podríamos confirmar con sentencias de nuestra Corte Suprema y de la Corte de Casación de Francia. «Muy bien puede una ley ser declarada exequible y válidos una resolución o un decreto ejecutivo en relación con las causas alegadas en una demanda; y nulos esos mismos resolución o decreto o inexecutable la ley por causas o razones distintas aducidas en una nueva demanda».

Otro ejemplo: objetados por el Presidente de la República algunos artículos de la ley 87 de 1915 como contrarios al artículo 31 de la Constitución, la Corte Suprema los declaró exequibles; presentaron luego algunos interesados una demanda en que alegaban la inexecutable de esas disposiciones y la Corte sostuvo su primera sentencia, en acuerdo número 11 de 1916; presentóse pos-

teriormente una nueva demanda con fundamento no ya en el art 31 sino en el art 169 de la Constitución; y entonces la Corte Suprema en acuerdo Nro 12 declaró una inexecutable que había negado dos veces. Por cierto que nuestro muy apreciado amigo el Dr. Bernardo J. Caycedo en su tesis de grado critica a la Corte Suprema por el último fallo fundado en que ningún Juez ni Tribunal puede reformar o revocar la sentencia que pronuncie. Se olvidó el Dr. Caycedo de que en el caso en cuestión no podía mediar cosa juzgada porque de acuerdo con el art. 271 del antiguo Código «el que demandare una cosa por un título y no lo probare, puede después demandarla por otro.» De ahí precisamente la necesidad de que en la demanda se expresen los fundamentos de derecho por su conexión con la cosa juzgada.

8—Con los fundamentos de derecho de la demanda se relacionan los arts 271 y 833 del antiguo Código Judicial; nuestros modernos legisladores no supieron, a lo que parece, el objeto de esas disposiciones redactadas por los sabios antiguos y no las reprodujeron, lo que constituye atentado de carácter grave contra los principios básicos del Código de procedimiento. Esas disposiciones del antiguo Código son de inapreciable valor puesto que pueden citarse millares de sentencias de los Tribunales de Francia sobre el particular, lo que prueba que hay jueces y abogados que se equivocan frecuentemente sobre los efectos de la cosa juzgada. Si acaso el doctor Ismael Arbeláez consideró inútiles esas disposiciones, ello se enlaza entonces con otra tacha.

9—Se debería entonces el vacío anteriormente anotado a un error muy explicable del doctor Arbeláez. Hoy se dice que los Códigos no deben ser casuistas; así lo proclaman quienes se consideran permanentemente bañados por las aguas de la sabiduría; los que creen que los Códigos deberían suprimirse por inútiles, por casuistas, por recortarles las alas a los cerebros luminosos de jueces y abogados. Naturalmente, a semejante sugestión no pudo escapar el Dr. Arbeláez quien redactó el Código en tal forma que podría decirse que en cada disposición se presume que será interpretada por personas que por su mucho saber no se equivocan; magno error, pero esto se relaciona con más tachas.

10—Haber hecho un caos del juicio de sucesión; se incurrió hasta en el dislate de sostener que una sucesión no es juicio como si no hubiese demanda de partición fuera de milencontradas pretensiones entre los herederos. Convertido el juicio de sucesión en un caos, sucede en Medellín que el Juez 1o. piensa así, el Juez 2o. así, el Juez 3o. de otro modo y el Juez 4o. de manera completamente distinta. Delicioso, cuatro opiniones diversas de Jueces ilustrados, es decir de personas que por su mucho saber no deben equivocarse según aquellos que desearían que los Códigos no fuesen tan casuistas. Y pasemos al juicio de sucesión.

11—Según el antiguo Código, en el mismo auto en que se hacía la declaración de herederos, se señalaba día para inventarios y se proveía de curador—ad litem a quienes lo necesitaban; practicados los inventarios, se pedía la partición; era fácil terminar una sucesión en 50 días, muchas se terminaron en menos tiempo. No se puede idear procedimiento más simple. El nuevo Código no in-

dicó procedimiento; se consideró que la sucesión no era juicio; nuestros modernos legisladores se presumieron más sabios que los jurisconsultos antiguos y resolvieron que la sucesión no era juicio puesto que nada se discutía en ella. Pero esto merece varios reparos.

12.—Ningún procedimiento se indicó en el nuevo Código para hacer la declaración de herederos; es obvio que la declaración judicial no es la que da el título de heredero, que este lo da la ley a quien puede y quiere serlo; pero el reconocimiento de herederos es cosa importantísima porque se relaciona con la transmisión y la representación (arts 1014 inciso 2, 1041 etc, C. Civil] y con la incapacidad (arts 1019—1020) y con la aceptación de herencia (art. 1297); tiene, también, por objeto determinar en forma precisa quiénes son los herederos, cuáles son relativamente incapaces, quiénes han muerto y si han dejado descendientes, cuales hay ausentes, etcétera, a fin de proveer de representante a quienes lo necesiten para que puedan ejercer el derecho de asistir a los inventarios. Además, la declaración de herederos tiene prácticamente este grande objeto: evitar que unos cuantos de los herederos se repartan entre sí los bienes, a lo león, excluyendo a los otros que por locos, impúberes, ausentes u otra causa no pueden ejercer por desvalidos la defensa de sus derechos. En la actualidad, debido al nuevo Código, se pueden cometer mil abusos escandalosos por haberse perdido la seguridad que para evitarlos se hallaba en el antiguo Código.

Las declaraciones de testigos para comprobar quiénes son herederos, según disponía el antiguo Código, tenían una inapreciable ventaja: que no era fácil que heredero alguno quedase prácticamente excluido de la sucesión; era un sistema acreditado con el mejor argumento: la experiencia de muchísimos años, y que facilitaba grandemente seguir una sucesión. Mortuorias hay de más de sesenta herederos; comprobar su carácter con partidas de estado civil es, aparte de muy costoso, cosa difícilísima entre lo más difícil, y que permite fácilmente la exclusión de una o más estirpes. Decir que a los excluidos les queda la acción de petición de herencia es no tener ni idea de lo sagrada que es la obligación de cuidar de que a cada uno se le dé lo suyo; legislador que así piense, es incompetente para asumir tan delicado empeño. Verdad sea dicha, los redactores del nuevo Código, por pretender saber demasiado, por creer saber más que los jurisconsultos del siglo pasado, no supieron la importancia de la declaración de heredero, es decir el objeto de esta al parecer banal formalidad.

13.—Viniendo a los inventarios, todos los herederos inclusive todos los menores, dementes y ausentes y demás incapaces tienen derecho de concurrir a ellos y de intervenir en su confección; porque creer que el derecho de los herederos se limita a hacer acto de presencia en los inventarios, a manera de testigos, es decir al derecho de simple asistencia, sería tanto como conceder a un solo heredero el derecho de confeccionar los inventarios con prescindencia de los otros. El derecho de asistir a los inventarios debe hacerlo efectivo el Código de procedimiento; es más: el art. 1341 del Código Civil ordena que se cite para practicar inventarios a todos los herederos, y que por medio de publicaciones se cite a todos los

acreedores. Con razón que de acuerdo con el antiguo Código en el mismo auto en que se declaraba abierto el juicio de sucesión se nombraba curador a quienes lo necesitaban para que tuviesen un representante que a su nombre ejerciese el derecho, si quería, de asistir a los inventarios.

Los redactores del nuevo Código no dieron importancia a los inventarios; creyeron que cualquier heredero podría hacerlos sin citar a los otros, quizá en atención a lo que el C. Civil autoriza a cualquiera de los herederos para obtener la calidad de curador de la herencia yacente con la simple formalidad de hacer inventario; no se reparó en que el inventario que entonces se hace es inventario de curador y que se trata de un caso especialísimo. En consecuencia, nada se proveyó en el nuevo Código para que se citase a los herederos para verificar los inventarios. En cambio, se dispuso en el nuevo Código que para hacer inventario debía citarse, so pena de nulidad, al Síndico de Lazareto (art. 1.129); es decir que para los redactores del nuevo Código tenía mas importancia el impuesto de lazareto que el indiscutible derecho de los demás herederos y de los acreedores para intervenir en los inventarios, derecho este último que prácticamente quedó burlado.

Por otra parte, se olvidó que los inventarios dan lugar a controversias entre los herederos sobre inclusión o exclusión de bienes. Convenimos en que no siempre es posible decidir el punto en un juicio de sucesión; pero no se podrá negar que muchas veces es posible resolverlo; fuera de que siempre conviene que el Juez asista a los inventarios, cuando hay desacuerdo entre los herederos, para que sirva de mediador; y que en todo caso debiera asistir cuando hay menores o incapaces, como lo disponía sabiamente el antiguo Código. Algún Juez nos decía últimamente que por su intervención se habían evitado muchos abusos, y que le dolía pensar qué sería de las viudas y de los huérfanos y de los ignorantes y de los desvalidos con el nuevo Código. Item mas: los inventarios tienen capital importancia en el Código Civil por lo que toca a la ocultación de bienes. Bien está que cuando los herederos son mayores hagan inventarios extrajudiciales y que se dividan la herencia como les plazca; pero cuando entre los herederos hay menores o incapaces, no puede aceptarse que su padre, pongamos por caso, haga por sí el inventario y carezca de este modo de aquella presión moral que ejerce un inventario con juramento y ante Juez.

Se pretendió negar en el colmo de la saña contra el antiguo Código que el inventario ante Juez fuese solemne; pero el mismo Dr. Arbeláez quien pretendió negarlo, hubo de concluir que no podía negarse que ese inventario tuviese carácter solemne y a la postre su objeción resultó en que no era conveniente ¡Criterio más extraviado!

14.—Antes de continuar sentamos estos principios: a). Los avalúos tienen grande importancia por ser el eje sobre el cual rueda la partición (arts. 1392, 1394, 1405 inciso 2 C. C.); b). Todos los herederos tienen derecho de nombrar avaluadores y en consecuencia deben de ponerse de acuerdo para el nombramiento; si entre los herederos hay incapaces o ausentes, el nombramiento de perito debe hacerse de acuerdo con el curador ad-litem que se les nombre si no tuvieren curador o representante; sólo en caso de de-

sacuerdo entre los herederos debe el Juez nombrar peritos, como lo disponía el antiguo Código; es admisible que el Síndico de Lazareto nombre su perito aunque en rigor sea discutible su derecho; c). Si todos los herederos son mayores y capaces y obran de acuerdo, pueden pedir permiso al Juez para inventarios, avalúos y partición extrajudiciales, previa declaración de ser herederos; se debe exigir permiso o venia del Juez para que este no lo conceda sino cuando los herederos sean mayores y no haya ausente o heredero en estado de demencia o incapacidad; si los herederos se hallan en desacuerdo aunque sean mayores y capaces debe hacerse judicialmente la sucesión. Y advirtiendo que esto que decimos es ajustado a derecho, en abstracto, pasemos al nuevo Código.

Ninguna importancia dieron nuestros modernos legisladores a los avalúos en los juicios de sucesión; nada se proveyó para el nombramiento de peritos cuando hay herederos incapaces o que se hayan en desacuerdo. Para nuestros modernos legisladores, los avalúos en sucesión sólo tienen por objeto pagar derechos de lazareto; en consecuencia, a esto enderezó el nuevo Código sus reglas en capítulo flamantemente llamado: «Juicio para la liquidación y cobro de los derechos de lazareto». Se creyó que bastaba que cualquiera de los herederos se pusiese de acuerdo con el Síndico de Lazareto para hacer avaluar los bienes y pagar el respectivo impuesto; y que los avalúos no tenían otra importancia.

Lamentable manera de apreciar las cosas. Si hay algo delicado en las sucesiones es el avalúo de los bienes por ser el eje sobre el cual rueda forzosamente la partición (arts. 1392, 1394, 1405 inciso 2 C. Civil) o por el gran juego que en la partición desempeñan; juego terrible en que pierden fácilmente los menores u otros incapaces o desvalidos; quizás o sin quizás, los casos de lesión enorme en la partición a que se refiere el inciso 2 del art. 1405 del C. Civil sólo tienen como causa el papel que en la partición representan los avalúos. Este fue sin duda uno de los motivos por los cuales prohibió el antiguo Código Judicial que el padre pudiese representar a sus hijos en sucesión en que aquel tuviese interés; porque es frecuente que los padres traten de engañar a sus mismos hijos en un juicio de sucesión, y por ser muy fácil causar engaños con los avalúos, cosa que podría ilustrarse con ejemplos. Tan inexacto es que los avalúos en sucesión solo tengan por objeto pagar derechos de lazareto, que no solamente el art. 1392 del C. Civil les concede excepcional importancia sino que el Código Civil se expidió en 1873 y el impuesto de lazareto solo se creó en 1.890.

15—Viniendo a la partición, no cree el Dr. Ismael Arbeláez que deba sujetarse a la aprobación judicial una partición que han hecho herederos mayores y capaces; critica por esto al antiguo Código. Esa crítica es para nosotros infundada; la partición aunque sea extrajudicial debe someterse a la aprobación del Juez a fin de que este cuide de que se cumplan las disposiciones testamentarias (art. 1.348 C. Civil) y de que se forme hijuela para cubrir las deudas (art. 1.348 C. Civil). Los casos en que no existan deudas o testamento deben someterse a la regla general, y, además, la aprobación de la partición creen algunos que es necesaria para la posesión efectiva de la herencia a que alude el art. 757 del C. Civil; más esto se relaciona con otra tacha.

16—El artículo 757 del C. Civil dice en sustancia que ningún heredero podrá vender o hipotecar inmueble alguno de una sucesión, mientras no haya obtenido la posesión efectiva de la herencia por medio de decreto judicial y se haya registrado dicho decreto. La posesión efectiva de la herencia supone seguramente la partición, porque mientras los bienes no se parten entre los herederos, no se sabe a quién le corresponderá determinado inmueble; desde la muerte del de cujus hasta la partición, los bienes forman parte de una comunidad entre los herederos a tal punto que no se puede determinar siquiera qué valor exacto corresponde a cada heredero en esa comunidad. Lo natural es que sea el decreto aprobatorio de la partición el que confiere la posesión efectiva de la herencia; a partir del registro de ese decreto se sabe jurídicamente qué bienes le correspondieron a cada heredero y cuál es el exacto valor de su cuota y qué bienes se le adjudicaron; y si se le cubrió su cuota en un inmueble se sabrá quienes son los otros comuneros y cuánto les correspondió a cada uno de éstos.

Ahora bien; en el nuevo Código Judicial se encuentra un capítulo especial sobre posesión efectiva de la herencia que no sabemos qué objeto desempeña; porque seguramente que supuesto su objeto de desarrollar el art. 757 del C. C. es claro que no lo logra antes de que se verifique la partición. Registrado ese decreto, ningún heredero podría vender o hipotecar determinado inmueble, ni probablemente habría quien lo comprase o diese sobre él su dinero con hipoteca, a sabiendas de que ese inmueble pertenece a una sucesión ilíquida. ¿A qué entonces se refiere ese capítulo?

Para nosotros ese capítulo es tan asombrosamente inútil, que en cincuenta años nadie lo echó de menos en el procedimiento judicial; argumento de tiempo, pero argumento aplastante. El Sr. Juez 4º de este Circuito trató de buscarle objeto a ese capítulo que aparece como hijo expósito en el nuevo Código, y resolvió que es preciso pedir la posesión efectiva de la herencia antes de demandar la partición. Los otros jueces no opinan lo mismo; creen que esa es una formalidad (inoficiosa como toda formalidad) para que los herederos mayores y capaces puedan practicar extrajudicialmente, ante Notario, la partición; no aceptamos esto por razones largas de explicar.

No lo hallamos objeto al capítulo del nuevo Código Judicial sobre posesión efectiva de la herencia. Razones: a) LA POSESION LEGAL de los bienes de una sucesión se efectúa por ministerio de la ley al deferirse la herencia, como terminantemente lo declara el art. 757 del Código Civil; es decir que desde el instante mismo de la muerte del de cujus la ley reconoce a los herederos como poseedores de los bienes de la herencia y, por tanto, verdaderos comuneros de una universalidad por ministerio de la ley. LA POSESION EFECTIVA a que alude el mismo artículo 757, recae no sobre todos los bienes de la sucesión sino solamente sobre los bienes que definitivamente se le han adjudicado en la partición a cada heredero. Para comprender *la mens legislatoris* basta fijarse en el contexto del art. 757 que se refiere a la posesión legal de todos los bienes hereditarios y luego a la posesión efectiva de un inmueble o de determinado bien; b) El objeto del art. 757 no fue establecer una formalidad banal llamada posesión efectiva de la he-

rencia, sino prohibir que un heredero vendiese o hipotecase inmueble o cosa alguna de la sucesión sin habérsele adjudicado en la partición; c) Suponiendo, en gracia de discusión, que el art. 757 se refiriese a un decreto preliminar a la partición llamado posesión efectiva de la herencia, como lo creyeron los redactores del nuevo Código Judicial, resulta que ese decreto ninguna posesión efectiva confiere: no la de todos los bienes hereditarios (posesión legal) que confiere la ley misma a todos los herederos por la delación de la herencia, en el instante de morir el de cujus; tampoco la de determinado inmueble de la sucesión (posesión efectiva) que solo se obtiene por el registro de la respectiva hijuela. Más aún: basta observar que supuesto ese dichoso decreto sobre posesión efectiva inventado por el nuevo Código Judicial subsiste, sin embargo, la prohibición del art. 757 de que heredero alguno venda o hipoteque determinado inmueble antes de habérsele adjudicado, para llegar a la conclusión de que ese decreto es banal o inoficioso porque ninguna posesión efectiva confiere; d) El mismo artículo 757 que habla de «el decreto que da la posesión efectiva» exige el registro de ese decreto e item más el registro de la hijuela o «de los títulos que confieren el dominio»; luego el dichoso decreto no da por sí solo la posesión efectiva puesto que es preciso registrarlo y registrar, además, la hijuela o «los títulos que confieren el dominio»; e) Puede establecerse este dilema: o el Legislador habló inpropriadamente de «decreto que confiere la posesión efectiva», o supuso al redactar el art. 757 el caso de que se verifique la partición judicial y colocado desde este punto de vista habló de decreto judicial que confiere la posesión efectiva refiriéndose a la sentencia aprobatoria de la partición, del registro de esa sentencia y del registro de la partición, esto es, de la hijuela o título que trasmite el dominio; si lo primero, sería lamentable que el Legislador hablase de un decreto que confiere la posesión efectiva pero que en realidad nada confiere; si lo segundo, es exótico en el nuevo Código Judicial el capítulo llamado «juicio para que se dé la posesión efectiva de la herencia» y era mejor el antiguo Código que no tenía ese inútil procedimiento sino que se limitaba a disponer que el Juez dictase sentencia aprobatoria de la partición y que se registrase la sentencia y que también se registrase la hijuela (Nótese que en las hijuelas se ha acostumbrado copiar la sentencia aprobatoria de la partición y la nota de registro, y que en la sentencia se ha ordenado entregar a cada heredero los bienes que le hayan correspondido); f) Se explica la sentencia aprobatoria de la partición porque es la base de la hijuela; algunos creen que esa sentencia debería reproducir la partición de manera que el registro de la sentencia y el registro de la hijuela fuesen uno mismo; así debería ser puesto que el título verdadero es la sentencia aprobatoria de la partición como lo indica el inciso 4º del artículo 765 que al hablar del justo título para poseer dice: «pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición»; g) Basta leer el artículo 688 del Código Civil de Chile para llegar a la conclusión de que nada más extraño a la posesión efectiva de la herencia que el referido capítulo del nuevo Código Judicial.

Nada diremos del exótico procedimiento ideado de demandar

entre todos los herederos al Personero Municipal, especialmente en un país en que jamás podrá ser heredero ab intestato un Municipio por ser poco menos que imposible que no se encuentre heredero dentro del décimo grado civil de consaguinidad, y en un país en que tiene premio quien denuncie bienes vacantes.

17—No haber tratado del juicio de desahucio sino en forma caótica. Se cree que lo regula el capítulo que versa sobre entrega o restitución de cuerpo cierto; capítulo que dejó abismada a la Corte Suprema de Justicia según se lee en el informe que sobre el proyecto del Código Judicial del Dr. Arbeláez elaboró hace algunos años; algunos opinan que el juicio de desahucio del antiguo Código subsiste todavía. Esto prueba el poco cuidado que hubo en la redacción del nuevo Código; pero va otra tacha.

18—Haber determinado un mismo procedimiento para juicios de naturaleza distinta. Impelido el Dr. Arbeláez por la insana tendencia de quitarle el casuismo a los Códigos, desconoció la naturaleza de muchas cosas por quererlas regular ya en una sola disposición, bien en un solo capítulo. Ejemplo: del juicio de sucesión se quiso hacer varios juicios separados (art. 1.165). Hay otro ejemplo más claro:

El antiguo Código Judicial traía un procedimiento rápido para los casos de perturbación o despojo (juicio posesorio); un procedimiento distinto, el más rápido que puede idearse, para el caso de que alguien retuviese indebidamente un inmueble por haber terminado el respectivo contrato (juicio de tenencia sumaria); y otro procedimiento distinto, el más rápido que puede también idearse, para obtener la restitución de un inmueble dado en arrendamiento indefinido (juicio de desahucio). De estos tres juicios que deben ser reconocidos como de naturaleza distinta, hizo el nuevo Código Judicial un solo juicio llamado de restitución o entrega de cuerpo cierto como puede verse en el art. 986 y en los arts. 930 a 968 estableciendo un larguísimo procedimiento en comparación con el muy rápido que para esos diversos juicios indicaba el antiguo Código. Maravilla fue que no se hubiera comprendido en ese procedimiento del nuevo Código el juicio reivindicatorio, como lo llegó a temer la Corte Suprema.

Persuadidos el Dr. Ismael Arbeláez, el Consejo de Estado y la Comisión de la Cámara, de que los antiguos jurisconsultos no sabían de la misa la media en materia de derecho, así se llamasen Demetrio Porras, Luis Robles o Nicolás Esguerra, no quisieron copiar una sola disposición del antiguo Código como si hubiese sido redactado por rúbulas o leguleyos. La realidad les ha salido al paso para demostrarles lo insano de ese proceder.

19—Resultar los redactores del nuevo Código a volcar todo el Derecho, elevaron a plena prueba el dictamen pericial contra lo que preconizan todas las legislaciones del orbe y contra lo que enseñan todos los expositores de Pruebas Judiciales, según la máxima: *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*. La tarifa legal de pruebas en materia de testigos y peritos tuvo su edad de oro en tiempo de las brujas; pero ni siquiera en tiempo de las brujas se llegó siquiera a sostener que el dictamen pericial fuese plena prueba. Muchos siglos hace que Don Alfonso el sabio sancionó con el peso de su autoridad el principio de que el dictamen pe-

rial no forma plena prueba, principio que sigue inspirando toda la legislación moderna sobre pruebas, de acuerdo con el régimen imperante en la mayor parte de los países civilizados que es el de la íntima convicción del Juez, régimen que sustituyó hace muchos años, desde la Revolución Francesa, el envejecido de la tarifa legal de pruebas con el cual se nos pretende regir todavía en Colombia, en lo que toca a testigos y peritos.

20—Haberse destruido virtualmente en el nuevo Código la prueba de inspección ocular, calificada como la más excelente por los expositores de Pruebas Judiciales. En el antiguo Código en que la misión de los peritos era ilustrar al Juez y en que el dictamen de aquellos podía tener, a juicio del Juez, plena prueba, la inspección ocular tenía todo su valor. En el sistema del nuevo Código, si el Juez se asocia de peritos, estos le imponen el dictamen por erróneo que sea; si resuelve el Juez no asociarse de peritos, pierde todas las luces que ellos le pudieran suministrar para su fallo. Por fas o por nefas, en conclusión, ha sufrido un golpe de muerte con el nuevo Código la prueba de inspección ocular.

Otras tachas haremos en oportunidad a los principios que sienta el nuevo Código sobre dictamen de peritos.

21—Haber prodigado de tal modo la fianza de costas y perjuicios, que inhabilita prácticamente a los pobres para litigar y expone sus escasos haberes a la codicia de los poderosos.

Como vamos a atacar un sistema de disposiciones que muchas alabanzas ha arrancado, es posible que no se tengan en cuenta las graves razones que vamos a aducir en contra; vivimos en una época en que no se medita lo suficiente sobre las consecuencias que pueden aparejar ciertos principios y en que todo se quiere subvertir hasta la justicia misma y en que se pretende que los que criticamos el nuevo Código Judicial lo criticamos por pereza de estudiarlo o por no haberlo comprendido. Pero vamos al grano.

No puede dudarse de que es imperiosa la necesidad de exigir esa fianza en casos excepcionalmente graves como los de que trata el art. 842 del nuevo Código; en casos semejantes las exigía también el antiguo Código, de manera que el procedimiento no es nuevo. Pero prodigar la fianza en referencia, es poner un enorme escollo a la administración de justicia. Nada más difícil que conseguir fiador, hecho indiscutible; por eso el antiguo Código daba para otorgar fianza de costas en juicio ordinario un año de plazo; por eso se paralizaban bastante los juicios en que se exigía fiador de costas. El plazo del nuevo Código para dar fianza es generalmente de cinco días, y la sanción por el hecho de no prestarla es la de pérdida del pleito como puede verse como ejemplo el artículo 965. Nada más bárbaro, nada más draconiano, nada más inicuo. No condenamos el uso racional de la fianza de costas y perjuicios; condenamos el formidable abuso que de ella hizo el nuevo Código, abuso que degenera en sistema y que vicia completamente innumerables disposiciones. Es hasta inmoral que se condene a perjuicios que no existen a quien reclame contra un dictamen pericial (arts. 449, 799).

22—Un Código debe partir de principios invariables; el Derecho es una ciencia. Pues bien; el nuevo Código sienta este principio: no debe condenarse en costas y perjuicios a los litigantes en

juicio ordinario, salvo el caso de que hubiere manifiesta temeridad de alguno de ellos; partió el Código de la base de la buena fe de los litigantes. Pero en diversos capítulos sentó este otro principio: debe condenarse en costas y perjuicios aun en los incidentes del juicio; se partió de la base de la mala fe de los litigantes. Nosotros preguntamos: ¿principios esencialmente contrarios en un Código pueden estar ajustados a la ciencia del derecho? Que contesten los ciegos adoradores del nuevo Código.

Para nosotros, el principio científico es este: debe condenarse en costas y perjuicios en la sentencia definitiva y en los incidentes de apelación confirmados, porque es de presumir que quien pierde un pleito o un recurso de apelación obra de mala fe; pero condenar en costas y perjuicios en los más nimios incidentes del juicio, verbigracia en la reclamación contra un dictamen pericial (art. 769) es inicuo y temerario; es no tener noción bastante de lo delicada que es la administración de justicia.

Pero si en principio es racional la condenación en costas y perjuicios en la forma que hemos indicado, es decir en la sentencia definitiva y en los incidentes de apelación, porque es principio que el error de derecho constituye presunción de mala fe (art. 768 C. Civil), no sería muy aconsejable el sistema en Colombia donde se sustituye frecuentemente el derecho a la fórmula, donde se han perdido pleitos por falta de una partida de bautismo o defunción y aun por falta de una estampilla, donde se están ideando cada día más fórmulas para negar los más indiscutibles derechos. Al menos el principio debería atemperarse, para no hacerlo en veces irritante, al de que no se condenaría en costas y perjuicios cuando el pleito se perdiese por falta de pruebas.

Pero volvamos a la fianza de costas y perjuicios que es cosa bien distinta.

23—El nuevo Código rompe con todas las reglas de la justicia que son las de igualdad absoluta de las partes. Mientras se sigue el juicio, no se puede saber qué parte obra de mala fe; y la fianza de costas podría llamarse fianza de no proceder de mala fe. Rompe la igualdad de las partes el nuevo Código, porque no la exige a demandante y demandado, sino sólo a uno de ellos y más generalmente al demandado.

Hemos dicho y lo repetimos que esa fianza debe exigirse a cualquiera de las partes, exclusivamente, en casos excepcionalmente graves como los de que trata el art. 842 del nuevo Código; y que solo condenamos el escandaloso abuso que de ella se hizo hasta volverla un sistema.

Expuesta nuevamente la anterior advertencia, observamos que en el antiguo Código sólo se exigía fianza de costas en los juicios ordinarios y debían darla una y otra parte si recíprocamente se la exigían; y que la fianza de responder por los perjuicios sólo se imponía en el antiguo Código en casos muy graves, como en juicio ejecutivo cuando se embargaban cosas que persona distinta a la ejecutada reclamaba como suyas. En tanto que la desigualdad que establece el nuevo Código entre los litigantes, para exigir a solo uno de ellos la fianza de costas y perjuicios, es irritante así por ese hecho, como por haberla prodigado como un sistema. Para nosotros, este es uno de los defectos que más inacep-

table hacen el nuevo Código; para corregirlo de este solo vicio, casi sería necesario derogarlo.

La fianza de costas y perjuicios adolece, además, de un defecto capital: o el litigante a quien se exige tiene con qué responder, o no; en el primer caso, la fianza degenera en una formalidad inoficiosa, como toda formalidad inútil; en el segundo caso, sucede una de estas dos cosas: o el litigante pobre no da fiador y pierde por ese hecho el pleito, lo que es inicuo y aun criminal, porque implica denegación de justicia; o da fianza porque algún compadecido se la preste; y en este caso si el pobre pierde el pleito, la sanción recae sobre persona distinta a la que debía sufrirla, es decir, sobre quien por pura caridad quiso prestar un servicio al desvalido. Por esto la fianza sólo debería exigirse en casos excepcionalmente graves que justificaran la sanción contra el fiador. Pero hay algo más:

24—Tan inicuo es el sistema de la fianza de costas y perjuicios ideado por el nuevo Código, que en diversas disposiciones se sienta este principio: si quien perdió el pleito por no dar fiador se considera damnificado, puede ocurrir al juicio ordinario «para reparar el agravio inferido» (arts. 965, 990 y 991, 1034 etc.) Se procedió, pues, a sabiendas, de que esa formalidad daría lugar a una serie enorme de injusticias; se olvidó que quien no puede dar, por ser pobre, fiador, menos puede ocurrir a un juicio ordinario «para reparar el agravio inferido»; se olvidó que la administración de justicia es algo muy serio para convertirla en una abominación. Se sacrificó de la manera más extraña, a lo Poncio Pilato, la justicia a la fórmula; el nuevo Código se lava las manos, concediendo a quien perdió el pleito, por no haber dado fiador, derecho para entablar nuevo pleito a fin «de reparar en otro juicio el agravio inferido». ¡Qué maltrecha deja el nuevo Código la administración de justicia con esa nombrada fianza!

25—Haber dificultado la administración de justicia con diversas trabas. Advertimos que no se aprecian a primer golpe de vista las que implican literalmente aplicados los arts. 329, 379, numerales 3 y 4, 378, inciso 2, 386 y 620 entre otros; ocasión llegará de analizarlos en posteriores artículos.

El obstáculo que menos se puede apreciar con la simple lectura es el de la presentación personal de que trata el art. 329, presentación que sólo se justifica cuando se dirige un memorial de una población a un Juez que reside en otra; en todo caso, ya tenemos experiencia, triste por cierto, de perjuicios causados por la sistemática presentación personal de que trata el art. 329. Ninguna de semejantes trabas que nosotros llamaríamos cucarachas, se encontraban en el antiguo Código, redactado por juristas de alto vuelo.

Es cierto que esos artículos criticados en bloque, parecen razonables; pero cuando los analicemos se verá probablemente que no es lo mismo parecer razonable una sola disposición, a serlo en realidad; baste por hoy saber que alguno de esos artículos puede, por sí solo, causar la imposibilidad absoluta de continuar un litigio, como ya habrá ocasión de demostrarlo.

Y para terminar por hoy, les rogamos a los defensores del nuevo Código, que se preocupen un poco menos de la literatura;

que se dejen de soñar con los principios modernos del derecho, o que nos los demuestren, porque entendemos que esta ciencia es muy vieja, y que las cuestiones que con ella se relacionan, se discuten oponiendo argumento a argumento, con la menor literatura posible.

IGNACIO DUQUE P.

SOCIEDADES

Miguel Moreno J.

121.—Una compañía anónima fué constituida con un capital de quinientos mil pesos, totalmente suscrito y apenas pagado en su mitad. Verificado un balance de los negocios sociales, tiénesse noticia de que los haberes pertenecientes a la compañía valen hoy sólo la cantidad de ciento cuarenta mil pesos. Así las cosas, y convencida la sociedad de que no necesita para su giro ordinario demandar a los accionistas por las cuotas debidas, porque el capital representado por los bienes que están ya en su patrimonio basta para el curso natural de los negocios, y deseosa además de empezar a repartir utilidades, quiere averiguar de qué medios legales pudiera echar mano para conseguir los fines anotados.

Descartando lo relativo a una posible reducción del capital, perentoriamente prohibida por el artículo 568 del Código de Comercio, se nos ocurren algunos sistemas para lograr esa finalidad, todos los cuales descansan sobre la base de que surja una nueva persona jurídica, que pudiera llevar, si así se desea, idéntico nombre al que hoy tiene la que habría de extinguirse.

PRIMER SISTEMA.—La compañía se disuelve. Disuelta, genera en una especie de comunidad. Los que fueron accionistas pueden reputarse comuneros para ciertos efectos. Estos constituyen una nueva compañía con un capital suscrito y totalmente pagado de ciento cuarenta mil pesos. Los constituyentes hacen todas las aportaciones en sus derechos en la comunidad, la cual, merced al fenómeno jurídico de la enajenación, pasa a integrar el fondo social. Surge así un nuevo ente en substitución del antiguo, extinguido por disolución extraordinaria.

Este procedimiento sería ideal, si no fuese porque exige la concurrencia de dos requisitos difíciles de llenar: a) el de que los comuneros quieran unánimemente reasociarse; y b) el de que todos los interesados sean capaces.

Si no se alcanzara la unanimidad, los bienes de la compañía extinta quedarían perteneciendo en común a la compañía nueva y a los copartícipes renuentes. Esto ofrecería grandes dificultades en la práctica.

Complicado también sería el entrar a tratar sobre nueva asociación y aporte con incapaces, porque éstos, especialmente tratándose de un fondo en que hay inmuebles, no podrían actuar sin la intervención judicial, lo cual se opondría a la celeridad exigida en negocios de esta laya. La liquidación, partición y adjudicación previas, con el propósito de que a los incapaces sólo-