

INFORME DEL SR. PRESIDENTE DE TESIS

Medellin, Septiembre 14 de 1915.

Señor Rector de la Universidad.—Pte.

Muy atentamente he estudiado la Tesis que el joven José Macía ha preparado para optar el grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Políticas; y, como su Presidente, juzgo tan notable esa obra que temo parecer exagerado al hablar de sus méritos.

No sólo por su fondo sino en su forma, esa Tesis es ya como la obra de un crítico ejercitado y de un buen Tratadista del Derecho: en el fondo es precisa, ajustada a la buena doctrina, indagadora y sagaz al examinar en todos sus aspectos las cuestiones; y en su forma es modesta y austera, muy seria y adecuada a su objeto, y, además, tan clara que está al alcance de todos.

Entre las Tesis últimas que han salido de esa Universidad, todas le hacen honor al Instituto, por lo sólidas o prácticas, por lo útiles, por lo serias y, sobre todo, por su forma o estilo, libre ya del lirismo juvenil tan superficial y usado en otros tiempos. Pues bien; entre ellas la de José Macía me parece de lo mejor: es muy saliente. Y no tanto a mi juicio, cuanto al de Profesores en la materia de los más autorizados entre nosotros, con quienes me he entendido acerca de ella.

No sólo, pues, me es grato decir que para los efectos reglamentarios o del grado, esa Tesis es más que suficiente, sino que ella honra a la Universidad y a sus dignos superiores, no menos que al graduando, a quien de buena voluntad se la firmaría yo, seguro de que así honraría mi firma.

Soy de V. M. muy obsecuente servidor q. s. m. h.,

ALEJANDRO BOTERO U.

Nos adherimos a los anteriores conceptos.—CARLOS E. RESTREPO, DIONISIO ARANGO, CLDOMIRO RAMÍREZ.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, RAFAEL H. DUQUE

Administrador, JESUS M. MARULANDA B.

Serie III

Medellin—1915—Septiembre

Números 27 y 28

Tesis de Grado

Florencio Arango F.

Contribución al estudio del Artículo 1,500 del Código Civil.

El contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Art. 1500 C. C.)

INTRODUCCION

Al terminar estos apuntes vi, no sin pesar, que mi buena voluntad había sido incapaz de suplir en nada la casi total carencia de aptitudes con que me aventuré a tratar difíciles cuestiones jurídicas que, de seguro, no habré sabido siquiera plantear.

Es tan difícil desentrañar la trabazón que existe en esta poderosa urdimbre de disposiciones civiles, que aun los verdaderos iniciados tienen, muchas veces, que ir a pasos de ciego. Yo, sin bagaje científico, pero con el acicate de un verdadero entusiasmo por estos estudios, me atreví, como un curioso, a observar desde lejos algunos de los muchos problemas que han surgido en el campo que elegí como tema de mi tesis.

Es un trabajo muy corto, y esta es tal vez la única cualidad que posee; porque si él ha resultado de al-

guna exactitud científica, habré salvado la dificultad de comprimir en unas cuantas páginas, asuntos con los cuales podrían llenarse varios volúmenes; y, por el contrario, si lo escrito aparece erróneo totalmente o inexacto, me alegraré de no haber sido más extenso, porque así habré alejado el peligro de haber errado más.

En el amplio campo de las ciencias jurídicas, me encontré perplejo acerca del tema que había de elegir para elaborar mi tesis, y al fin hube de decidirme por un tópico que me llamó la atención, a causa de su grande importancia: el contrato solemne. Es tan perfecta la dilación que existe en las disposiciones del Código Civil que, con ser tan sencillo al parecer, el epígrafe que da principio a este trabajo, él puede servir de base para estudiar muchos problemas demasiado debatidos, y, a primera vista, ajenos a todo lo que respecto al contrato solemne pudiera decirse. Esto explicará el por qué trato yo de cesión de créditos; de algunos puntos relativos a la prueba de las obligaciones; de la simulación de contratos etc.

El plan que me he trazado es el siguiente: primeramente hago una reseña brevísima sobre el concepto general del contrato solemne entre los romanos. Luego, al tratar de la teoría jurídica del contrato formal moderno, procuro explicar su origen legal; cuáles son los elementos que lo constituyen; y cuáles los casos en que no puede existir. Después he pretendido enumerar los actos y contratos solemnes que nuestro Código Civil reconoce, reuniéndolos en grupos, según las materias sobre que versan. Con este motivo he dicho cómo los testamentos, no obstante ser privilegiados, son siempre actos solemnes; y he tocado muy de paso asunto tan difícil como es el de determinar en qué forma deben constituirse la transacción, la cesión de derechos hereditarios, el mandato para la adquisición o enajenación de bienes raíces y la cesión de un crédito hipotecario. En seguida hablo de la fuerza probatoria de las escrituras públicas, y aquí he encontrado asidero para dar una idea somera de la simulación de contratos. Por fin considero cómo las disposiciones del Art. 91 de la Ley 153 de 1887, al exigir un escrito cuando se trata de actos o contratos de cierta

cuantía, no establece un acto o contrato solemne; y en la misma parte trato a la ligera de la exclusión de la prueba testimonial, con lo cual termina este desgredado trabajo.

En mar tan inmenso de ideas y dificultades he sido guiado casi siempre por mi pobre iniciativa particular. No tiene, pues, nada de raro el hecho de que a cada paso se encuentren ideas vagas y confusas o afirmaciones inexactas, todo lo cual, no dudo, se me sabrá disculpar.

El contrato solemne, tal como existe en las legislaciones actuales es, en mi concepto, una creación del Derecho moderno. No se encuentra la clave de su origen en ninguno de los contratos solemnes del Derecho Romano. No había entonces un funcionario público que tuviera funciones semejantes a las de nuestros notarios, y ante quien las partes tuvieran que presentarse para formalizar sus convenciones.

El *nexum*, el contrato *verbal* y el contrato *litteris*, los tres grandes tipos del contrato formal, son distintos del actual contrato solemne, en lo que se refiere a las formalidades mismas, aunque sí tienen sus puntos de contacto en lo tocante a los efectos producidos. Dada la índole absolutamente formalista que, al menos en los orígenes, dio fisonomía especial al Derecho, los romanos no reconocieron más contrato que el solemne. Cosa distinta de la que acontece en el derecho nuevo, la convención era incapaz, por sí sola, de crear una obligación. A este fin los romanos crearon el *nexum*, el contrato *verbal*, de data más reciente, cuyo tipo principal es la *estipulatio*, y el contrato *litteris*. Por estos medios los ciudadanos romanos pudieron, desde una época muy remota, hacer obligatorias sus transacciones más importantes. El simple acuerdo de voluntades no tenía valor jurídico, pero las partes podían dárselo, encajando la convención dentro de las fórmulas de un contrato solemne.

El sistema formalista, que comenzó por imperar exclusivamente con el más excesivo rigor, hubo de debilitarse en vista de los inconvenientes que presentaba

al espíritu eminentemente práctico de los romanos. Entonces, al lado del contrato solemne, se crearon los contratos consensuales y los contratos reales.

Si el contrato solemne moderno se diferencia del que primitivamente reconocieron los romanos, en que aquél tiene una extensión limitada a los hechos jurídicos que la ley determina, en tanto que éste se extendía a toda clase de convenciones, se asemejan en que uno y otro son causa de acciones en justicia.

Según el Art. 1,500 del C. C., el contrato *es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.*

Si se estudia la naturaleza íntima de este contrato, se verá que en él, como en cualquiera otro, se hallan reunidos los elementos de *capacidad, consentimiento, objeto y causa*, exigidos por el Art. 1,502, C. C., como necesarios para la existencia de toda convención. Considerando la esencia del hecho jurídico conocido en la ley con el nombre de *contrato o convención*, bien puede decirse que en su formación se encuentran los elementos mencionados, desde antes que una disposición legal los hubiese declarado. En efecto: para que una relación jurídica entre deudor y acreedor pueda ser causa de un vínculo obligatorio, es preciso que en ella, aun fuera de toda ley, y atendiendo sólo a la naturaleza misma del hecho, haya un objeto sobre el cual coincida la voluntad de las partes, en el sentido de que una de ellas o ambas, según la especie de los contratos, se obligue para con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa real y cierta. Lo mismo puede observarse respecto a los demás elementos consignados en el Art. 1,502: superfluo parece decir v. gr. que, aunque no hubiera ley escrita, no por eso el consentimiento de las partes dejaría de ser necesario para producir un lazo de obligación al menos natural. La ley no aporta, pues, ningún elemento de vida nuevo a la convención ordinaria; nada crea, y no hace más que declarar y reglamentar lo que ya existe. Ella, por ejemplo, dirá quiénes son capaces, qué defectos vician el consentimiento, cuándo

hay objeto y causa ilícitos etc. Y es de necesidad jurídica que la ley, en forma de sistema, incorpore en sí misma la convención, porque si ello no fuera así, se estaría siempre dentro del régimen de las obligaciones naturales, desprovistas de acción. Fuera de la ley no hay causa alguna generadora de las acciones en justicia. El poder legal es el único en la sociedad que puede justificar y suministrar medios coercitivos que provean al cumplimiento eficaz de las obligaciones que surgen de una relación jurídica: ni los más santos deberes morales, ni la más pura justicia absoluta, por sí solos, podrían alegarse ante un Tribunal, en busca del cumplimiento de una obligación que la ley no reconoce. En tal caso resultaría que las partes quedarían obligadas en conciencia, es decir, ante la ley moral, pero no ante la ley positiva.

Si los elementos de la convención, como se ha visto, existen en sí mismos antes que la ley, esta regla tan general tiene, no obstante, una excepción: el contrato solemne. Hay en él un elemento de vida, que es creación exclusiva de la ley, sin el cual no puede existir: tal es la solemnidad. Aún más, la ley crea un contrato especial, al cual da el nombre de *solemne*. Ella lo forma con los elementos que en nuestro Código se hallan consignados en el Art. 1502, ya citado, y además aporta una condición de existencia, que consiste, generalmente, en la redacción de un escrito ante un funcionario público especial.

En el estado natural de la convención las partes no están obligadas, para poder unirse mediante un vínculo de derecho, a someterse a ninguna formalidad especial. No es necesario que su voluntad sea declarada de palabra o por escrito; puede manifestarse por signos o por hechos. En este último caso, el consentimiento es tácito y tiene la misma fuerza que si fuese expreso. Si, pues, el consentimiento, generalmente, puede darse a conocer aún por hechos que lo supongan, no hay razón para exigir que aparezca de un escrito sometido a ciertas formalidades. De lo dicho se desprende que la obligación en que están las partes, cuando del contrato solemne se trata, de váciar su consentimiento dentro del molde de ciertas formalidades, es una obligación que tiene su origen única-

mente en la ley. Esas solemnidades que dan nombre y vida a un contrato son, pues, creación específica de una disposición legal; de tal manera que si ellas no existen, se presume que no ha mediado el consentimiento de las partes, y, por tanto, el contrato será nulo o inexistente. La solemnidad se confunde, pues, con el consentimiento, y desde este punto de vista pudiera decirse que el contrato solemne no es más que la simple convención ordinaria, con la diferencia de que en aquél no está al arbitrio de las partes la elección de la forma en que deben expresar su consentimiento. Esta doctrina se encuentra confirmada por la Corte, cuando dice que «la naturaleza del contrato solemne no permite separar el acto interno del consentimiento, del acto externo que le dá efectos jurídicos». (G. J. N^o 1815).

El sistema en que las partes, dados ciertos hechos jurídicos, no pueden ser obligadas sino mediante el cumplimiento de una solemnidad legal, tiene grandes ventajas de precisión y certidumbre. Desde el punto de vista de la prueba, una solemnidad concreta eliminará la vaguedad y los inconvenientes que la prueba testimonial trae consigo. Desde el punto de vista de la conclusión misma del contrato, la necesidad de recurrir a una solemnidad para obligarse, despertará la atención de las partes, lo cual es, indudablemente, una garantía contra el fraude. En fin, y sobre todo, desde el punto de vista de la ejecución judicial, el sistema en que la obligación nace, no de una expresión de voluntad más o menos vaga, sino del cumplimiento de una solemnidad, simplifica y precisa singularmente la misión del Juez, el cual desprenderá, no de interpretaciones casi siempre variables, sino de signos materiales palpables, el hecho de saber si hay contrato y cuál es el objeto de éste.

La solemnidad es de la esencia del contrato solemne, según el Art. 1501. C. C., que dice: *Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente.*

Es clara, en mi concepto, la afirmación hecha, porque, aunque se repita muchas veces, si el consentimiento y la solemnidad que le da forma se reputan

una misma cosa, faltando dicha formalidad, aquél no pudo haber existido, y entónces el contrato será nulo de nulidad absoluta, o, en otros términos, inexistente. De tal manera que, cuando se trata de contratos solemnes no podrá, en la mayor parte de los casos, tener aplicación la parte con que termina lo que se deja copiado del Art. 1501, porque no se ve en qué contrato puede degenerar, por ejemplo, una compraventa de bienes raíces que se ha celebrado sin escritura pública, o un matrimonio en el cual no se han observado las formalidades que la ley prescribe para su perfeccionamiento.

La nulidad de que se ha hablado es aquélla a la cual se refiere el Art. 1741, cuando dice que *la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, es nulidad absoluta.* Obedeciendo la institución del contrato solemne a altos fines de orden público, bien se comprende que, tratándose v. g. del matrimonio, base primera de la sociedad, la ley debe ejercitar con toda amplitud su acción tutelar y reglamentaria en beneficio de los asociados. Ella no sería consecuente, por tanto, si reconociese vida jurídica a un acto en que se han violado los mandatos establecidos para garantizar un interés común. Por consiguiente, aunque no existiera el Art. que se comenta, la violación de las leyes en que se establecen ciertas formalidades necesarias para que el contrato tenga vida jurídica, produciría nulidad, conforme al Art. 16. C. C., según el cual *no podrán derogarse por convenio particular las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres.* Ahora bien, todas las materias sobre que recaen los actos y contratos solemnes, son, en mi concepto, de orden público, y éste es el motivo por el cual la ley ha hecho de ellos una creación especial.

¿Pueden los contratos solemnes a los cuales faltan las solemnidades que la ley requiere para su perfeccionamiento, originar obligaciones naturales? Una respuesta negativa se impone:

Dice el inciso 3^o del Art. 1527 que son obligaciones

naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

La obligación natural no se diferencia en el fondo de la obligación civil; ambas suponen una obligación jurídica entre dos personas, de las cuales la una—el deudor—se compromete a dar, hacer o no hacer alguna cosa en provecho de la otra, o sea el acreedor; existe sí la diferencia de que en la primera esa relación es imperfecta, toda vez que el acreedor no tiene acción de ninguna clase contra su deudor. Cuando la ley habla de obligaciones naturales, pártete, pues, del supuesto de que existe un vínculo de derecho que, generalmente, por razones de orden público no produce efecto civil. No se trata, por tanto, de un deber moral; éste y la obligación natural se diferencian profundamente. La obligación jurídica es susceptible de ejecución forzada, en tanto que, tratándose de deberes morales, es indispensable la más absoluta libertad, puesto que, por ejemplo, nadie puede ser obligado a tener amor para sus enemigos. Es cierto que la obligación natural no puede ser ejecutada por la fuerza, dado que se halla desprovista de acción, pero la ley podría revestirla, y elevarla a la categoría de obligación civil, lo cual sería un adefesio en lo que se refiere a deberes morales o religiosos. Ahora bien, el contrato solemne no puede existir cuando faltan las formalidades, uno de los elementos esenciales de su existencia, puesto que lo contrario pugnaría con un principio filosófico demasiado claro, principio en virtud del cual repugna que el ser pueda existir y no existir al mismo tiempo. Y como de la nada no puede nacer un vínculo de derecho, es claro que un contrato solemne nulo por defecto de solemnidades, no puede dar origen a una obligación natural. Por tanto, cuando el numeral 3º del Art. 1527 C. C., dice que son obligaciones naturales *las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles*, debe entenderse que se refiere a aquellas formalidades que no son necesarias para la existencia del acto, como por ejemplo, cuando se declara que un testamento no es válido por cuanto en él se violó un decreto administrativo que prescribe la apo-

sición de estampillas por determinado valor. Esta misma interpretación da el Dr. Fernando Vélez en su obra «Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano», y dicha interpretación parece la más correcta, pues una distinta pugnaría con claros principios jurídicos y pondría a la ley en contradicción consigo misma.

¿Cuáles son los actos y contratos solemnes que la ley establece? Para acopiar datos tendientes a resolver esta cuestión, se puede, desde luego, sentar el principio de que siempre que se requiere escritura pública, la ley entiende referirse a un acto o contrato solemne. Así parece deducirse del Art. 1760 C. C. que dice: *La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa Solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno.*

Dados los términos absolutos en que está concebido este artículo: («se mirarán como no ejecutados o celebrados»), bien se comprende que la ley cuando exige instrumento público, hace de esa formalidad un elemento constitutivo y no un medio probatorio. Ahora bien, si ésto es así, y si, como se ha demostrado, sólo en los actos y contratos solemnes, la falta de las formalidades que los constituyen, produce nulidad absoluta, que es a lo que equivale la expresión legal que se comenta, probado está que siempre que la ley exige instrumento público, crea un acto o contrato solemne.

Aún cuando a nadie se escapa que es difícil toda enumeración, por el peligro de las omisiones, es conveniente, no obstante, procurar dar a conocer los actos y contratos solemnes que, según mi modo de ver, existen en el Código Civil. Tales son:

RELATIVOS A LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CIVIL: el matrimonio, la legitimación por matrimonio posterior al nacimiento, la adopción, la emancipación voluntaria, el reconocimiento de hijos naturales.

LOS QUE TIENEN POR FIN DAR PROTECCIÓN A CIERTAS PERSONAS EN CONSIDERACIÓN A SU CALIDAD O ESTADO.—En este grupo se encuentra el inventario que deben hacer los tutores y curadores antes de entrar a ejercer su encargo.

LOS QUE SE REFIEREN A LA CONSTITUCIÓN DE UN TÍTULO LIMITATIVO DE LA PROPIEDAD, a saber: el fideicomiso, el usufructo sobre inmuebles, el derecho de uso en el mismo caso del usufructo, y el derecho de habitación.

LOS QUE TIENEN POR OBJETO CONSTITUIR UN GRAVAMEN SOBRE BIENES RAICES: las servidumbres, el censo y la hipoteca.

LOS QUE SE REFIEREN A LA TRADICIÓN DE LA PROPIEDAD RAIZ: las donaciones de bienes inmuebles, la venta y permuta de los mismos. En este caso puede colocarse la venta de una sucesión hereditaria (Art. 1857, inciso 2º) y la remisión de una deuda que versa sobre bienes raíces. También es solemne el relativo a la transmisión de la propiedad literaria o artística, y la promesa de celebrar un contrato.

OTRAS ESPECIES DE DONACIÓN: las donaciones revocables de cualesquiera bienes, cuyo otorgamiento debe hacerse bajo la forma de los testamentos; las donaciones a título universal y las donaciones a plazo o bajo condición aunque versen sobre bienes muebles. En este último caso la ley exige instrumento público o documento privado, requisitos sin los cuales el acto «no producirá efecto alguno». (Art. 1460 C. C.).

LOS ACTOS, POR LOS CUALES UNA PERSONA DEJA CONSTANCIA DE SUS ÚLTIMAS DISPOSICIONES, POR CAUSA DE MUERTE. Aquí quedan comprendidos los testamentos, tanto solemnes como privilegiados, y la revocación y reforma de los mismos.

Por no caber dentro de los grupos anteriores, dadas las materias sobre que éstos versan, es del caso hacer de la constitución de renta vitalicia y del poder general para pleitos (Art. 328 C. J.) un grupo especial.

Se ha dicho que el testamento aunque sea privilegiado es siempre un acto solemne. Esto que a primera vista parece un absurdo es, no obstante, el principio muy sabio, consignado en el Art. 1,055 C. C., artículo según el cual el *testamento es un acto más o menos*

solemne. A esta última clase pertenecen los que la misma ley llama testamentos privilegiados, y en ellos las solemnidades prescritas, pocas o muchas, deberán ser observadas, so pena de nulidad. El testamento en ciertos casos se llama, pues, privilegiado, no porque al otorgarlo el testador se encuentre desligado de toda clase de formalidades, sino porque entonces éstas son menos rígidas que las prescritas para el testamento *solemne*.

Siendo el testamento, tal vez, el acto más trascendental en la vida civil del hombre, la ley ha querido rodearlo de toda clase de garantías, y para ello ha sancionado los efectos civiles con el estrecho cumplimiento de las formas prescritas. Tanto más justa parecerá la acción tutelar de la ley, si se tiene en cuenta que en el acto de un testamento hay miles de causas que contribuyen poderosamente a obscurecer la razón del testador y a enceguez su conciencia, tales como la enfermedad y la debilidad de espíritu; estado éste tan propicio para hacer de la persona una víctima de las intrigas y de la sugestión. Pero acontece que en ciertas circunstancias, como la de encontrarse el testador en campaña, hay imposibilidad física de observar formalidades muy estrechas, y entonces la ley las substituye con otras de más fácil cumplimiento.

A veces la ley no exige escritura pública por vía de solemnidad, pero, en cambio, requiere otras formalidades distintas, sin las cuales el acto o contrato no produce efecto civil ninguno. Tal acontece, generalmente, en los testamentos privilegiados, y en las donaciones a plazo de bienes muebles, para cuyo perfeccionamiento se requiere, por vía de solemnidad, al menos la redacción de un documento privado (Art. 1,460 C. C.). Así, si de una donación a plazo que recaiga sobre bienes muebles, no se ha dejado constancia siquiera en un documento privado, el donatario no podrá hacerla efectiva, por el hecho de que tal donación no existe: faltó para su perfeccionamiento un requisito indispensable de vida, o sea el documento, que no podrá suplirse por declaraciones de terceros ni por confesión de parte. Y es porque éste no es el mismo caso previsto en el Art. 91 de la ley 153 de 1887.

El documento privado es, pues, a veces, un ele-

mento de existencia de los actos y contratos, y, a veces, un medio probatorio de los mismos. Se puede, por tanto, sentar este otro principio: Siempre que para el perfeccionamiento de un acto o contrato es preciso la redacción de una escritura pública, habrá un acto o contrato solemne; pero no siempre que hay un acto o contrato solemne, será necesaria la escritura pública.

¿La transacción es un contrato solemne?

La Corte Suprema ha dicho a este respecto: «La ley no ha enumerado entre los contratos solemnes el de transacción, ni ha exigido en parte alguna que deba constar por escrito. A él no son aplicables las reglas generales de los contratos solemnes. Puede, por consiguiente, carecer de valor el documento en que se hace constar una transacción, y sin embargo aparecer demostrada ésta por otros medios» (sentencia 3 de Oct. 1907 G. J.).

La transacción es un contrato simplemente consensual, toda vez que la ley no exige para su perfeccionamiento ninguna formalidad especial. Lo que sí es evidente es que cuando por medio de la transacción se define o se trasmite el dominio o cualquier otro derecho real sobre un inmueble, ella pasa a la categoría de contrato solemne, y en ese caso deberá constar por escritura pública.

De la doctrina de la Corte, que queda transcrita o se puede deducir un principio que está en un todo conforme con la doctrina expuesta acerca del contrato solemne. Siendo éste una creación especial de la ley, es evidente que ella debe usar de términos concretos para prescribirlo en determinados casos. Así, será preciso que diga v. gr.: tal acto o contrato, para su perfeccionamiento, deberá otorgarse ante Notario, o mediante escritura pública; o bien dirá que no produce efecto alguno si en él no se han observado determinadas formalidades; o en otras veces será más explícita y hará uso de la expresión *acto o contrato solemne*.

Lo dicho no obsta para clasificar la cesión de un derecho hereditario entre los contratos solemnes, aunque la ley no lo hubiera prescrito así en el Cap. 2º del T. 25. L. 4º C. C. En mi concepto, la ley antes de hablar de cesión de derechos había sentado ya el principio de que la tradición de todo derecho heredita-

rio debía hacerse por escritura pública, cuando en el Art. 1,871 dijo que *la venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública*. En efecto, no siendo la cesión en sí misma un título traslativo de dominio, sino que ella supone una donación, venta o permuta, es claro que la cesión de un crédito hereditario puede verificarse mediante una compraventa, y en este caso será necesario el otorgamiento de escritura pública, conforme a disposición expresa del artículo que se comenta. Ahora bien: ¿por qué la ley había de exigir instrumento público para la cesión de un crédito hereditario hecha a título de venta, y no había de exigirla cuando esa misma cesión se verifica a título de donación o de permuta? En cualquiera de los tres casos la cesión tiene por efecto la tradición del derecho, y, por tanto, respecto a todos ellos debe regir la misma disposición legal. Así es, pues, que, en mi opinión, la cesión de un derecho hereditario, a cualquier título que se haga, es un acto solemne, puesto que está sometido a la formalidad de la escritura pública.

Dada la dificultad de determinar si un derecho hereditario es mueble o inmueble, tal vez por eso la ley ha dispuesto expresamente que la tradición de aquél no se repunte perfecta mientras no se haya otorgado escritura pública; porque si el derecho hereditario hubiera sido clasificado terminantemente, en el caso de ser inmueble, su enajenación habría seguido la regla general, respecto a la forma siempre solemne en que debe verificarse la traslación de los de su clase; y, si por el contrario, la ley hubiera dicho que el derecho es mueble, es probable que él habría corrido, en cuanto a la tradición, la suerte de todo derecho mueble. No parece corriente la teoría de los que dicen que el derecho hereditario será inmueble si recae sobre bienes raíces, y mueble en el caso contrario. A esto podría objetarse que en el momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, es decir, en el momento de abrirse la sucesión, no existen inventarios ni medio alguno cierto que dé a conocer si hay o no bienes raíces, y entonces sería imposible la clasificación. Lo que sí parece evidente, es que ante la ley, dados los términos del

Art. 667 C. C., todo derecho debe ser mueble o inmueble, y no sería, por tanto, concebible un derecho que no tuviera clasificación legal ninguna. Pero sea de ello lo que fuere, es lo cierto que la cesión de un derecho hereditario, a cualquier título, debe hacerse, acatando el espíritu de la ley, bajo la forma de los contratos solemnes que requieren escritura pública.

Tal vez podría decirse también, haciendo a un lado el derecho hereditario, que la cesión de todo crédito o derecho personal, es un acto solemne, toda vez que sin la formalidad del endoso no produce efecto alguno. Parece que si dicha formalidad falta, ella no puede suplirse por la confesión del endosante, ni por simples declaraciones de terceros.

¿El mandato para comprar o enajenar bienes raíces deberá otorgarse por escritura pública, o, en otros términos, será éste un contrato solemne?

El Art. 2.149 C. C. parece claro a este respecto. Dice así: *El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la equiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.* El Art. copiado, si es cierto que habla de escritura pública, no hace de esta formalidad un requisito exclusivo de existencia, puesto que deja a las partes amplio campo para constituir el mandato, aun por medio del consentimiento tácito. La disposición está concebida en términos generales y no hace distinción alguna de los objetos sobre los cuales pueda recaer el mandato. Para que la escritura pública fuese necesaria como condición única y exclusiva para la constitución de un mandato en que se confiere poder para la adquisición o enajenación de bienes raíces, sería preciso que la ley así lo dispusiera expresamente, toda vez que ese requisito vendría a dar forma a un contrato solemne. Por otra parte, el mandato por sí solo no transfiere ningún derecho sobre cosa alguna raíz o mueble.

La Corte Suprema, sin sentar doctrina sobre el particular, en sentencia fechada el cuatro de Noviem-

bre de 1913 dijo esto: «El concepto de que el poder para comprar bienes raíces ha de otorgarse por escritura pública, puede ser erróneo, como contrario al Art. 2.149 del Código Civil...»

Parece que la ley sí debería exigir instrumento público para constituir un mandato que tuviese por objeto la adquisición o enajenación de bienes raíces. Se comprende bien que las transacciones civiles que, aún remotamente puedan rozarse con la propiedad inmueble, base primera de la riqueza pública, deben estar garantizadas de una manera concreta y eficaz, por medio de la rigidez formal de que están revestidos los actos y contratos solemnes. Por ejemplo, yo, fiado en la confianza que me inspira Pedro, le confiero un mandato verbal para que compre por mi cuenta determinada finca, única que reúne las condiciones requeridas para desarrollar una empresa agrícola que tengo entre manos. Pedro acepta el encargo y acogiéndose a la facultad que, como mandatario le confiere el Art. 2.177 C. C., compra la finca a su propio nombre. Luégo, exijo de aquél que me haga entrega del inmueble; pero es el caso que él alega no haber recibido ningún mandato de mi parte. Llevo el asunto ante los Tribunales, y al producir las pruebas correspondientes, encuentro que han muerto los testigos que presenciaron el acto en que fué conferido el poder, y Pedro, por otra parte, niega en posiciones, el hecho de que yo le hubiera conferido mandato alguno. De todo esto resultó que yo fuí defraudado, y que la finca en poder de Pedro, hombre tal vez muy inepto, ningún beneficio reportó a la industria. La mala fe encontraría, pues, una muralla y la riqueza pública ganaría mucho, si el mandato para adquirir o enajenar bienes raíces, no se reputara constituido, sino mediante la formalidad de la escritura pública. Muy plausible es la práctica de los abogados que, para preconstituir una prueba segura, aconsejan siempre escritura pública cuando de tales mandatos se trata.

¿La cesión de un crédito hipotecario deberá hacerse mediante el otorgamiento de escritura pública?

Es principio legal que todo contrato o acto entre vivos que cause mutación de la propiedad raíz, como donación, venta, permuta, etc., etc., está sujeto a la formalidad de la escritura pública. La cesión de un crédito hipotecario podrá encajarse en este caso? De ninguna manera; ella por sí sola no transfiere al cesionario más que un derecho personal, tal como el de cobrar una suma de dinero, derecho al cual, como a cosa principal, sigue la caución hipotecaria, conforme lo dispone el Art. 1964 que dice: «La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas. . . .»

Desde el momento en que la caución hipotecaria se constituyó por instrumento público debidamente registrado, se halló ya cumplido el fin de la ley. Quiere ésta que en un momento dado, con el objeto de dar seguridad y certidumbre a las transacciones relativas a bienes raíces, pueda conocerse si determinado inmueble se encuentra o nó sujeto a gravámenes, efecto que se alcanza plenamente, constituyendo la hipoteca con las formalidades de la escritura pública y el registro, medio éste seguro de publicidad. Ahora bien, no porque el crédito hipotecario se encuentre en poder del cesionario, se ha modificado en nada la hipoteca. Véase este ejemplo: Yo doy a Juan en calidad de mutuo la suma de cien mil pesos, y él, para la seguridad de la deuda, constituye una hipoteca sobre su casa de habitación. Después quiere Pedro comprar la finca de Juan, y al consultar los archivos de las oficinas de Registro y Notaría, encuentra que la finca se halla hipotecada y desiste de la negociación. Luégo, yo cedo el crédito a Diego; y al cabo del tiempo el mismo Pedro, con la esperanza de que la finca esté ya libre, quiere reanudar respecto a ella los arreglos con Juan; pero encuentra que la hipoteca subsiste y nada adelanta. El hecho de que Diego, el cesionario, tenga en su poder el crédito hipotecario, en nada ha cambiado, pues, la condición de la finca respecto al público. Pero es el caso que Pedro, que es mi enemigo, no convino en comprar la finca por cuanto ella estaba hipotecada a mi favor, y ningunas cuentas quería tener conmigo; cosa que no hubiera acontecido, sí, mediante un instrumento público registrado, él hubiese tenido un medio seguro de saber que el cré-

dito había sido traspasado a Diego. A ésto puede contestarse que culpa suya fue su ignorancia, porque, precisamente, la notificación de que habla el Art. 1960 C. C., hecha por el cesionario al deudor, tiene por efecto poner en conocimiento tanto de éste como de terceros, que el crédito fué cedido y cuál es el nombre del cesionario. Por otra parte, la ley, teniendo en cuenta la utilidad de que haya rapidez en las transacciones, ha querido desligar la cesión de un crédito hipotecario de las formalidades embarazosas de los actos celebrados ante Notario.

Respecto a la cesión de créditos hipotecarios, la Corte ha resuelto que aquélla se haga entregando el título al cesionario con las formalidades que se requieren para la cesión de derechos personales (G. J. N° 234).

En conclusión, la cesión de un crédito hipotecario no es un contrato de los que para su perfeccionamiento requieren escritura pública, por varios motivos: porque la simple cesión no implica traslación de derecho alguno sobre bienes raíces, como muchos pretenden; porque en ella no hay comprometido motivo ninguno de orden público; y porque, principalmente, la ley no exige expresamente aquella formalidad.

Hemos dicho en alguna parte de este trabajo que en los contratos solemnes, las formalidades generalmente consisten en la redacción de un escrito hecho ante un funcionario especial llamado Notario, escrito que por este motivo toma el nombre de escritura pública (Art. 1758 C. C.). También hemos visto que en algunos casos la ley exige por vía de solemnidad, es decir, como elemento esencial del acto o contrato, no un instrumento público, sino un documento privado, como acontece, por ejemplo, en las donaciones a plazo que recaen sobre bienes muebles; y hay también veces en que no obstante ser solemne el acto, no se requiere escrito de ninguna naturaleza, como v. gr. en un testamento verbal. En todos estos casos, si falta la solemnidad prescrita como elemento constitutivo, el acto o contrato no producirá efecto civil alguno, y, por tanto, no será admisible prueba ninguna en juicio, porque, como bien se sabe,

probar es aducir los medios por los cuales se establece la existencia de un hecho. Ahora bien, siendo así que el acto que carece de un requisito indispensable de vida no puede existir, es claro que sería un adefesio la admisión de cualquiera prueba, pues ello equivaldría a reconocer que es posible establecer la existencia de lo que evidentemente no existe. Por eso el Art. 1,760 C. C., establece terminantemente que el acto o contrato que no fue otorgado por escritura pública, en los casos en que la ley requiere esa formalidad, no podrá probarse por ningún medio. Pero si habiéndose otorgado esa escritura pública, ella adolece de algún vicio que la invalide, no por eso estaremos en presencia del caso previsto en el inciso 2º del artículo citado, inciso según el cual el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes. Y es porque en dos casos tiene lugar la solemnidad de la escritura pública: o bien cuando las partes necesitan de tal requisito para dar existencia legal a sus convenciones, o bien cuando ellas voluntariamente acuden al Notario para que éste dé forma auténtica a un acto a contrato que bien pudieron hacer constar en documento privado o por cualquier otro medio reconocido por la ley. En el primer caso la nulidad de la escritura implica la del acto en sí mismo; en el segundo caso, como se trata de hechos jurídicos no solemnes, la escritura no sirve sino de prueba literal; de tal manera que si la escritura es nula, no por eso el acto o contrato dejará de ser válido, si se han llenado las condiciones requeridas para su validez, y, por tanto, para establecer su existencia se puede acudir a otro de los medios probatorios que la ley establece, según los casos. En los Juzgados y Tribunales se ven casi a diario acciones entabladas en el concepto de una deplorable confusión de ideas sobre la materia de que se trata. Se cree que, por ejemplo, un mutuo de contrato real pasa a la categoría de los contratos solemnes, por el hecho de que las partes, en vez de un documento privado, prefirieron la escritura pública para asentar sus compromisos. Resulta que el instrumento por cualquier defecto de forma es nulo, y el abogado, en la idea de un contrato solemne, demanda la nulidad de éste, alegando la nuli-

dad del instrumento; pero acontece que el Juez encuentra que, si bien es cierto la escritura adolece de un vicio de forma, ella vale, no obstante, como un documento privado, capaz de establecer la existencia de un contrato que por su naturaleza no es solemne. De todo esto resultó que la acción, por estar mal entablada, no tuvo ningún éxito.

No obstante ser tan absolutos los términos en que está concebido el Art. 1760, encontramos un caso en que la escritura pública puede suplirse por la confesión de parte. Hemos visto que el título constitutivo de una servidumbre es la escritura pública, y sin embargo el Art. 940 C. C. dice: «El título constitutivo de una servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño de predio sirviente». Este reconocimiento que no es más que una confesión, suple, pues, la escritura pública en un caso en que la ley exige aquél requisito como formalidad. Esta excepción, sin embargo, en nada afecta la regla general, ni puede decirse que el Art. 940 está en contradicción con el 1,760, porque aquél se refiere a un caso particularísimo, y éste está incorporado en el capítulo que trata de la prueba de las obligaciones en general.

¿Cuál es la fuerza probatoria de las escrituras públicas?

El acto auténtico hace fe por sí mismo, con las limitaciones que, como más adelante se verá, trae el Art. 1,759; en tanto que el documento privado no valdrá sino en los casos en que es reconocido por la parte a quien se opone, o cuando la ley lo manda tener por reconocido (Art. 1,761 C. C.). Las escrituras públicas hacen fe por sí mismas porque llevan la firma de un funcionario público que tiene la misión de imprimir la autenticidad a los actos que recibe. Es cierto que la firma a veces puede ser falsificada, pero éste es un caso de excepción, motivo por el cual, como lo dice Laurent, puede sentarse la regla general de que el acto auténtico en apariencia lo es en realidad.

El Art. 1,759, ya citado, dice: «El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otor-

gado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los declarantes». La disposición de este artículo es clara. El Notario no tiene una misión ilimitada: sería imposible para él introducirse en el fuero interno de las partes y dar testimonio de si las declaraciones que ellas han hecho son verdaderas o falsas. El notario sólo puede dar fe de los hechos externos en que él mismo interviene, y de aquello que él mismo oye y ve; en una palabra, de aquello que hiere sus sentidos: éstas son las expresiones de Dumoulin. El Notario dirá, pues, según el espíritu del artículo que se comenta, que el instrumento fue otorgado en tal fecha; que las partes se presentaron ante él e hicieron tales o cuales declaraciones; hará mención de la lectura que se dio a la escritura, mención de su firma, de la firma de las partes y de los testigos. La escritura hace, pues, fe de lo que el Notario dice haber visto y oído. Por ejemplo, tratándose de un contrato de compraventa, una de las partes declara que vende la finca por determinado precio, y la otra manifiesta que la compra; después el comprador cuenta el dinero y lo entrega al vendedor en presencia del Notario. Este no puede dar testimonio sino de tales hechos materiales, pero no de la sinceridad de las declaraciones, que pueden ser simuladas. El Art. 1,759 contempla dos casos: lo que se refiere a la forma material de la escritura, y lo que se refiere a la verdad de las declaraciones contenidas en ella. En el primer caso el instrumento hace fe por sí mismo, aunque su existencia pueda destruirse probando que es falso, según el Art. 613 del C. J. En este concepto la escritura pública hace fe, tanto respecto de las partes y de los que les han sucedido a título universal o singular, como respecto de terceros. Así por ejemplo, yo compro a Juan un inmueble que no le pertenece. Pedro, el verdadero dueño, quiere reivindicarlo; pero es el caso que yo alego prescripción, fundándome en el justo título y la buena fe. En este caso la existencia del instrumento en sí mismo, produjo efecto respecto de Pedro, individuo que no intervino en la negociación.

En el segundo caso, o sea en lo que se refiere a la verdad de las declaraciones, la escritura pública no

produce efectos contra terceros. Por tanto, en el ejemplo anterior, si no se han llenado las condiciones requeridas para la prescripción, Pedro puede reivindicar el inmueble, porque no por el hecho de que Juan hubiera dicho en una escritura pública que tenía derecho de dominio sobre la finca, y la vendió, no por eso, decimos, Pedro ha perdido su derecho de reivindicación.

En lo que se refiere al efecto que en cuanto a su fondo producen las declaraciones entre las partes, se puede preguntar si cuando en una escritura pública aparece una causa del contractual que realmente no existe, las partes quedarán, sin embargo, obligadas. La Corte Suprema en sentencia de 26 de Mayo de 1899, dijo que «la simulación de un contrato es motivo de nulidad absoluta del mismo contrato, y ella puede probarse por confesión judicial, aunque el contrato conste por escritura pública, sin perjuicio de terceros». Y en sentencia del 27 del mismo mes y año, expuso este principio: «No puede aceptarse la doctrina de que, de acuerdo con nuestra legislación positiva, debe decirse que están desterradas de ella las nulidades por motivos de simulación».

El contrato simulado, podemos decir, es aquel que carece de causa real. Así será simulado, v. gr., el contrato de compraventa en que las partes digan, la una haber recibido la cosa y la otra el precio, cuando nada de ello aconteció realmente, ni en el acto de la celebración del contrato, ni posteriormente. En este caso hay una obligación que carece de causa, porque si ésta es el motivo jurídico que determina a las partes a unirse mediante un lazo de derecho, es claro que en una compraventa la causa respecto del vendedor será el precio que debe pagarle el comprador, y respecto de éste, la cosa que aquél se ha obligado a entregarle. Ahora bien, según el Art. 1,502 C. C., la causa es uno de los requisitos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad; y el Art. 1,524, concretando más el principio, dice que «no puede haber obligación sin causa real y lícita». Por tanto, el contrato simulado o que, en otros términos, carece de causa, es nulo, conforme al Art. 1,740, según el cual «es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo

acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes». Esta nulidad se entiende que debe ser absoluta, en atención a lo dispuesto en el Art. 1,741 C. C. Por consiguiente, aunque el contrato conste en escritura pública, y sea de aquellos que requieren tal formalidad para su perfeccionamiento, los interesados podrán alegar nulidad por causa de simulación, y para comprobar este hecho serán eficaces medios probatorios, tales como la confesión de parte. Así es, pues, que la escritura pública hará fe entre las partes, en cuanto a la verdad de las declaraciones, pero sólo en tanto que por la parte interesada no se pruebe que tales declaraciones son ficticias o falsas.

Dos son los casos en que las partes están obligadas a dejar constancia de sus convenciones al menos por medio de un documento privado: a veces la ley lo exige como elemento constitutivo de la convención, y a veces como medio probatorio. Este último caso es de mayor ocurrencia, pues, como se ha visto en el curso de este trabajo, pocos son los actos y contratos que requieren para su existencia la redacción de un documento privado. Para determinar con precisión, cuándo se requiere el escrito como elemento constitutivo, y cuándo como medio probatorio, basta tan sólo observar si la ley, después de imponer la obligación de redactar el documento, deja o nó a las partes el recurso de acudir a otro expediente para establecer en justicia la existencia de sus compromisos. En el concepto negativo, el documento escrito será entonces, como solemnidad, uno de los elementos indispensables para la vida jurídica del acto; y en el concepto contrario, apenas será una prueba literal que la ley manda preconstituír. Así en el caso del Art. 89 de la ley 153 de 1887 el escrito que la ley requiere para que la promesa de contrato sea válida, constituye un elemento que da forma a un contrato solemne, elemento que no puede suplirse por ninguno de los medios probatorios establecidos. Por el contrario, el Art. 91 de la misma ley al decir que los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, deberán cons-

tar por escrito, no hace más que mandar preconstituír una prueba literal, con el objeto de dar a las partes, en ciertas convenciones, seguridades contra la mala fe.

En el primero de los casos que se contemplan, el documento escrito excluye absolutamente toda otra prueba; en el segundo, sólo excluye la prueba testimonial. La idea que preside la exclusión de pruebas en uno y otro de los conceptos anotados, es distinta: cuando el escrito constituye un elemento jurídico del acto o contrato, una cuestión de lógica determina la imposibilidad de admitir prueba alguna para tratar de establecer lo que no existe; pero cuando el documento únicamente se exige como medio probatorio, la exclusión de determinada prueba que pueda substituirlo, obedece tan sólo a una idea de orden público. Si en el primer caso, faltando el documento, la admisión de la prueba confesional sería un absurdo jurídico, no lo sería en el segundo.

El mandato consignado en el Art. 91 de la Ley 153 ya citada, es la aplicación del sistema de la tarifa legal de pruebas, en su más rigurosa expresión. Siendo la convicción la base de todo fallo judicial, parece natural que el Juez pudiera emplear toda clase de medios conducentes para llegar al conocimiento perfecto de los hechos sobre que versa el debate, y así, con convicción moral y lógica, decir de parte de quién está la justicia de las alegaciones. Esto sucedía en el tiempo de los fallos *arbitrarios*; pero después, la convicción del Juez fué encadenada por medio de la tarifa legal de pruebas, y entonces la convicción moral fué substituída por la legal. Aunque es cierto que el sistema liberal en asunto de pruebas parece el más lógico, su aplicación rigurosa traería consigo la inestabilidad y, tal vez, la negación del derecho. Para que esto no sucediese, sería preciso que la moral y la ciencia de los jueces fuera como de ángeles. A todas las trabas y motivos de confusión con que el hombre tiene que luchar para adquirir aun el más leve conocimiento, vendrían a unirse la intriga, la sugestión y el soborno, a los cuales el Juez podría plegarss casi impunemente porque su fallo sería irresponsable. Por otra parte, las transacciones sufrirían inapreciables perturbaciones, porque las partes difícilmente se atre-

verían a celebrar una negociación, sin tener seguridad de sí los medios adoptados por ellas para dejar constancia de sus compromisos, serían aceptados por el Juez. El sistema de la tarifa legal, aunque es algo así como un mecanismo artificial que muchas veces, tal vez, no corresponde a la realidad de los hechos, salva en mucha parte los peligros y las dificultades mencionados. La ley ha dicho cuáles son los medios por los cuales el Juez ha de llegar a la convicción, y, con ese fin, ha enumerado las distintas clases de pruebas; también ha determinado los casos en que esa convicción debe producirse necesariamente, y entónces ha dispuesto, por ejemplo, que dos declaraciones contestes de testigos hábiles son plena prueba, lo que equivale a decir que producen convicción legal.

Ahora bien, no todos los medios probatorios reconocidos por la ley pueden aplicarse indistintamente en cada caso. La prueba testimonial es la que más trabas encuentra; y son tantos los motivos de tacha y de exclusión, que casi puede decirse que la prueba de testigos sólo es admisible excepcionalmente. En dos grupos pueden clasificarse las causas que determinan la exclusión de la prueba testimonial: unas que se refieren a la persona del testigo y otras que atañen a la naturaleza del hecho jurídico que se trata de probar. Este último punto de vista es el que se contempla en la disposición del Art. 91 de la Ley 153 de 1887, cuando al sentar la regla general de que todo acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, debe constar por escrito, excluye la prueba testimonial. Bien se comprenden las razones que tuvo en cuenta la ley al prohibir en este caso la admisión de la prueba por testigos. Ella consideró que es de grande importancia toda transacción cuya cuantía exceda de quinientos pesos, y por tal motivo quiso que su prueba realizara, hasta donde es posible, el ideal de la estabilidad y de la certidumbre. Dos testigos de igual buena fe relatan a veces de muy distinta manera los mismos hechos que ellos han visto u oído. Además, sería casi una necedad confiar a la memoria tan frágil de los hombres, hechos jurídicos de grande importancia, acerca de los cuales ellos, tal vez, no tendrán ocasión de dar

fe en justicia, sino al cabo de veinte, cincuenta o más años. Todos estos inconvenientes se salvan por medio del escrito redactado en el momento mismo en que el hecho jurídico se cumple. Por otra parte, si se diera fuerza probatoria en las obligaciones que pasan de quinientos pesos, a las deposiciones de testigos, no faltarían hombres que se prestaran a dar fe de convenciones inexistentes, a cambio de quedar muy bien pagados con una parte del fruto de su delito.

Parece que la exclusión de la prueba testimonial en el caso del Art. 91 que se comenta, es de orden público, y el Juez, por tanto, debe desecharla de oficio. Pero como el documento escrito, lo repetimos, no viene a constituir un elemento de la convención, el puede suplirse por la confesión de la parte deudora.

El Juez, como Juez, en resumen, no sólo no puede tener conocimiento de una convención que pase de quinientos pesos, empleando cualesquiera medios probatorios, sino que de los reconocidos por la ley, sólo la prueba escrita puede servirle como medio de convicción. Por eso se ha dicho que el Art. 91 de la ley tantas veces citada, es una consagración extrema del sistema de la tarifa legal de pruebas. Esta regla general que excluye la prueba de testigos, tiene, no obstante, dos excepciones: cuando hay un principio de prueba por escrito, emanada de la parte contra quien se ha entablado la demanda, y cuando ha habido imposibilidad de obtener una prueba literal.

FIN



REGLAMENTACION DE LA ABOGACIA

Honorables Senadores y Representantes:

En uso del derecho que consagra el Art. 45 de la Constitución, y en virtud de proposición aprobada por unanimidad por el Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia, en su sesión de 7 del actual, solicitamos de vosotros que reglamenteis el ejercicio de la profesión de abogado elevando a ley de la República el Decreto N.º 1165 de 1905, cuyas disposiciones juzgó inconstitucionales e innecesarias el Congreso de 1912 que lo derogó, y que a la letra dicen:

Art. 1.º Los abogados ejercerán libremente su ministerio para la defensa de la justicia y la verdad, pero deben abstenerse de toda suposición en los hechos, de toda mutilación en las citas de las disposiciones legales, de discursos inútiles y superfluos y de cualquier otro procedimiento indebido. Deben abstenerse de injurias y de personalidades ofensivas para las partes o sus defensores, de afirmar ningún hecho grave contra el honor y la reputación de las partes, a menos que la necesidad de la causa lo exija.

Ar. 2.º Los abogados no deben apartarse en sus discursos ni en sus escritos del respeto debido a la justicia, ni de las justas consideraciones que deben a cada uno de los Magistrados ante los cuales ejercen su ministerio.

Art. 3.º Los individuos que en el ejercicio de la abogacía hayan dado muestras de ignorancia e ineptitud manifiestas, y los que por sus malos procederes y notoria falta de probidad den lugar a que se les considere como rábulas perniciosos, serán privados de la facultad de litigar y gestionar ante las autoridades judiciales.

Art. 4.º Corresponde al Tribunal Superior res-

pectivo, en Sala de Acuerdo, dictar las resoluciones a que se refiere el artículo anterior; y para ello procederá de oficio o mediante denuncia de cualquiera autoridad o de individuos particulares, denuncia que podrá darse en calidad de reservado. El Tribunal allegará los datos e informes que estime convenientes para proceder con acierto, y decidirá verdad sabida y buena fe guardada.

Art. 5.º Los individuos privados de litigar al tenor de los artículos precedentes, no podrán hacer gestiones de ninguna clase ante las autoridades judiciales, y no se les permitirá el examen de los expedientes que cursan en los Juzgados o Tribunales. Podrán, empero, gestionar en causa criminal propia. Para las causas civiles en que tengan interés deberán servirse de apoderado.

Art. 6.º Los individuos privados de la facultad de litigar que contravengan a la prohibición, o que de cualquier modo intervengan en los procesos indirectamente, dirigiendo o aconsejando a las partes, sufrirán la pena de dos meses a un año de arresto. En la misma pena incurrirán los que se presten a que con su firma litiguen individuos inhabilitados.

Seguros nosotros, absolutamente seguros, de que cabe ese Decreto perfectamente dentro de las normas de nuestra Carta Fundamental, procedemos a demostrar su constitucionalidad y conveniencia; no sin que antes de esto invoquemos en nuestro favor la alta autoridad de la Corte Suprema de Justicia que en su sentencia de 3 de Septiembre de 1910, por la cual confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal del Tolima contra el abogado Emiliano Arcila E., excitó formalmente a todos los Tribunales del País a aplicar las sabias disposiciones de ese Decreto, cuando al terminar la parte motiva de su sentencia, dijo:

«.....Solo sabe agregar que contribuiría grandemente al mejoramiento de la administración de justicia, el que todos los Tribunales de la República procedieran con tanta entereza como el del

Tolima en el cumplimiento de la Ley y Decreto tan saludables como son la 12 y el 1.165, respectivamente, y que sería de notorio provecho el que los Fiscales de semejantes cuerpos se diesen con todo tesón a iniciar e impulsar las actuaciones, para que tales piezas tengan su pleno y debido cumplimiento».

En dos partes dividiremos nuestro estudio:

I. Demostración jurídica de que las disposiciones del Decreto son constitucionales.

II. Demostración de la necesidad de que se reglamente la profesión de abogado, y de las ventajas que presentan, para la recta administración de justicia, las disposiciones del citado Decreto.

I. La Constitución permite a toda persona abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin pertenecer a gremio de maestros o doctores, con excepción de la medicina respecto de la cual autoriza al Legislador para exigir títulos de idoneidad. Pero de que en nuestra Carta Fundamental se declare libre el ejercicio de la abogacía, no se deduce que no se pueda reglamentar esta profesión siempre que se respete la libertad consagrada.

Inconstitucional sería una ley que exigiese para ejercer la profesión de abogado, tener un título universitario, o haber ejercido la profesión por un determinado número de años, o haber presentado ante una Academia o Tribunal examen de competencia; porque esto a las claras violaría el Art. 44. Ninguna de estas condiciones requieren los Arts. 1 a 3 del Decreto 1165.

No solo nadie puede tachar de inconstitucionales esas tres disposiciones, sino que la tercera que es el eje del Decreto es muy sabia y muy justa. En ella no se establecen distinciones entre los abogados con título universitario y los abogados sin grado de doctor, que el título universitario no es prueba de idoneidad ni de honradez ni la carencia de título prueba lo contrario, pues acredita la experiencia que los doctores,

y los que no lo son, pueden ser, para ejercer la abogacía, tan igualmente ineptos y bribones, como capaces y honrados.

Exigirles competencia a los abogados, no es, no puede ser inconstitucional; exigirles honradez tampoco; y si en un principio invocamos en apoyo del Decreto el respetable voto del más elevado Tribunal de la República, ahora invocamos la Constitución misma en sus Arts. 19 y segundo inciso del 44 que dicen:

Art. 49. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales previniendo y castigando los delitos.

Art. 44..... Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

Letra muerta son en la actualidad estas terminantes disposiciones, en lo que toca a la abogacía, porque mal pueden las autoridades de la República proteger a los asociados de los ineptos, y mal pueden ellas inspeccionar lo relativo a la moralidad de la profesión, si vosotros no proveéis la manera de ejercer esa protección y esa vigilancia.

Demasiado imperativos son el Art. 19 y el 2.º inciso del Art. 44, para que se tema que por reglamentar la profesión de abogado, pueda violarse la Constitución; demasiado imperativos para que se dilate por más tiempo el cumplimiento de tan apremiante y tan sagrado deber, con desidia culpable o con argumentos especiosos; y demasiado claros son esos artículos, para que no sea más que indiscutible la constitucionalidad de los Arts. 1, 2 y 3 del Decreto 1.165.

¿No están definidos los hechos delictuosos que puedan cometer los abogados, o es muy elástica la expresión «*malos procederes y notoria falta de probidad*» que emplea el Art. 3.º; y según la Constitución nadie puede ser condenado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute? Pero la ley

natural es una sola y fue promulgada en el corazón del primer hombre, y sus normas no son elásticas ni se prestan a acomodaticias interpretaciones; y esa ley bien puede formar parte de la legislación penal positiva desde que ella se incorpore en la forma que lo hace el Art. 3.º del Decreto; a la manera que forman parte de la legislación colombiana las sentencias de los jurisconsultos antiguos, sentencias que por su sabiduría consagró el derecho consuetudinario con el nombre de axiomas o de aforismos jurídicos, y que manda observar, a falta de otra regla, el Art. 8 de la Ley 153.

El ferrocarril, el telegrafo, la imprenta, la difusión de la instrucción, la complicada red de los negocios, el progreso en sus múltiples formas, han transformado la delincuencia de violenta en disimulada, de descarada en astuta. No hay Código en el mundo que defina las innumerables formas del delito, y ha sido menester buscar reglas que por su generalidad puedan comprender el mayor número posible de los que se cometan; lo que sin ir muy lejos hace en más de cien artículos nuestro vigente Código Penal. Así también se ha buscado una fórmula sencilla, en el Art. 3 del Decreto, para castigar todas las bribonadas que puedan cometer los abogados.

Por lo que hace al Art. 4.º, se ha dicho que es inconstitucional porque nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; y que no dispone el Art. 4.º si se debe oír y vencer en juicio a quien se trate de privar del ejercicio de la abogacía.

Nosotros no vemos inconveniente en que se llame a juicio al sindicado, antes nos parece un deber que se tengan en cuenta las formalidades que prescribe el Código Judicial, y que se le permita una defensa tan amplia como a cualquiera; tanto más cuanto que el Art. 4.º ordena que el Tribunal allegue los datos e informes que estime convenientes para proceder con acierto, y entre esos datos e informes se comprenden, como es obvio, las explicaciones que sobre su conducta dé el reo. No hay que temer que algún Tri-

bunal deje de oírlo, o que no le admita las pruebas que en su defensa pida; fuera de que semejante suposición sería una injuria al Poder Judicial, ahí está la Corte Suprema con quien podeis ordenar que se consulte la sentencia, como lo dispuso el Art. 166 de la Ley 40 de 1907, y a la cual no llegan los prejuicios, ni las venganzas, ni los odios de las pasiones lugareñas.

Sin embargo, si vosotros considerais peligroso el silencio que sobre llamamiento a juicio y sustanciación de la causa guarda el citado Decreto, bien podrías disponer que se observaran los Arts. 1893, 1894, 1895 y siguientes del Código Judicial, que son los que en nuestro concepto son más consonos con la rapidez de la administración de justicia, con el juicio de conciencia, y con la naturaleza de la causa.

Repugna el procedimiento especial que proponemos? ¿Es odioso que el Tribunal juzgue a los abogados, y que se saque a éstos de la jurisdicción ordinaria de los Jueces? En cuanto a lo primero, basta abrir el Código Judicial en el Título X. Libro 3.º para convencerse de que no son pocas las causas de responsabilidad criminal que se surten por trámites extraordinarios, sin que nadie los haya encontrado repugnantes ni contrarios a la Constitución. En cuanto a lo segundo, no le pareció odioso al Constituyente, que al Presidente de la República y a sus Ministros los juzgara el Congreso, a pesar del peligro de la pasión política; ni creyó odioso el Congreso de 1888 disponer, en la Ley 147, que la Corte Suprema, los Tribunales y los Jueces de Circuito, juzgaran a los empleados públicos, según fuesen ya un Gobernador, ya un Juez, ya un simple Comisario de policía.

Si no es posible que a un Presidente de Colombia lo juzgue un Juez parroquial, menos es posible que a un abogado, en asunto de su profesión, lo juzguen tres ciudadanos ignorantes en Derecho, constituidos en «Jurado». Ahora, si se trata de juzgar a un abogado por malos manejos en su profesión, le conviene que su juzgador sea lo más recto, lo más ilustra-

do y lo más imparcial que sea posible; le conviene también que lo juzgue el mayor número de personas; en dos palabras: le conviene más que lo juzgue un Tribunal que un Juez; y un Tribunal en Sala de Acuerdo en Pleno, que un Tribunal común. De donde se sigue que si de algo se peca al atribuir a conocimiento de un Tribunal en Sala de Acuerdo en Pleno el conocimiento de las causas de los abogados, es de rodearlos de garantías de no ser condenados con ligereza de juicio.

Alegar la igualdad de los ciudadanos para que a un abogado no se saque del derecho común, es sostener una quimera contraria a la realidad: aunque lo presume la ley, los ciudadanos la ignoran, y por ésto no toman todas las precauciones posibles cuando cometen un delito para que no queden testigos hábiles o graves indicios; en tanto que los abogados no perpetran sus fechorías, sino cuando están seguros de que no se podrá recoger plena prueba. ¿Dónde está, por otra parte, la igualdad entre un reo a quien juzga un Jurado sin tarifa de pruebas legales, y en conciencia; y otro reo a quien juzga un Juez de Derecho con tarifa de pruebas? ¿Dónde está la igualdad entre el Gobernador a quien juzga la Corte Suprema, y el Comisario de policía a quien juzga un Juez de Circuito?

No correrá peligro la Justicia con que los Tribunales juzguen a los abogados verdad sabida y buena fe guardada, siendo así que los romanos, que fueron los que más profundizaron en la ciencia del Derecho, no de otra manera juzgaban a los reos: «*Quae argumenta et ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo satis certo modo definiri potest Sicut non semper ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentientes fama, confirmat rei, de qua quaeritur, fides. Hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cogitationem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te aestimare debere, quid aut credas*

aut parum probatum tibi opineris», decía en un rescripto el Emperador Adriano.

Lo que no se explica es que mientras todas las legislaciones modernas han establecido el juicio de conciencia para la materia criminal, (*Bonnier. Pruebas Judiciales Nos. 109, 110, 279 y 820*) volviendo a la antigua tradición, no haya en Colombia quien levante la voz para reformar nuestro sistema de pruebas, legado de épocas de barbarie; que consideremos que tres comerciantes pueden constituir «Jurado», y decidir en conciencia los delitos más graves, y que no pueden juzgar de esta manera ni los Jueces ni los Tribunales, siendo, como son, más ilustrados que, los que con el carácter de inteligentes y probos ciudadanos juzgan en «Jurado». Por lo demás, es necesario que los Tribunales juzguen a los abogados verdad sabida y buena fe guardada, porque éstos, por lo mismo que saben leyes, siempre encuentran el medio de no dejar prueba plena legal de sus latrocinios.

No puede sostenerse que cuando el Art. 162 de la Constitución declaró que la ley podía instituir el Jurado para las causas criminales, prohibió implícitamente a los Jueces de Derecho sentenciar con su convicción íntima en juicios de tal clase. Esa declaración se explica porque el Jurado no pertenece por su naturaleza a la rama judicial, sino que es un adinículo de ella, y se trataba de la organización de ese Poder. «*Vosotros no ejercéis jurisdicción—les dice la ley a los jurados—ni sois los que condenais o absolvéis, ni vuestra misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino sólo el decidir si el acusado es o nó culpable del crimen que se le imputa*». Por la misma razón de no pertenecer por su naturaleza a la rama judicial, dijo el Constituyente en el Art. 163 que la ley podía crear Tribunales de comercio; y dijo en el Art. 164 que la ley podía establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo Tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los Departamen-

tos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración.

Grave peligro ven algunos en que el Decreto autorice el que se puedan dar denuncios en calidad de reservados; pero no lo será tanto si se considera que el Art. 1,165 del C. Judicial le permite ese derecho de reserva al denunciante de un delito; y que ese Código fue expedido en tiempos del liberalismo; y que uno de los que formó la Comisión de redacción fue el ilustre jurisconsulto Dr. Nicolás Esguerra.

El Art. 5.º del Decreto no es inconstitucional. En los Arts. 19 y 44 de nuestra Carta, se encuentra el fundamento para que al comerciante que ha quebrado no se le permita ejercer de nuevo el comercio; para que al padre de familia, condenado a pena aflictiva de cuatro años, se le prive de la patria potestad y del usufructo de los bienes de sus hijos; y en esos artículos se encuentra la base para que se pueda prohibir al abogado el ejercicio de su profesión cuando sea un peligro, pues ¿qué seguridad en sus derechos tendría el ciudadano que tuviera por contraparte un abogado de reconocida mala fama, siendo así que son tantas las maneras de burlar derechos sin correr el peligro de pagar con cadena de presidio esos artificios de estafa?

Comodidades tiene el rico para buscar abogado de limpia reputación y de vastos conocimientos; en tanto que el pobre, por ser pobre, tiene que ocurrir al tinterillo que más barato le lleve y arriesgar el todo por el todo poniéndose en sus manos, so pena de no poderse defender. Es, por lo tanto, eminentemente protector de los pobres el Decreto 1,165; y viniendo al art. 5.º de ese Decreto, en él no se hace más que cristalizar esa idea protectora.

La ley protege al rico cuando prohíbe al marido y al padre vender los inmuebles de su esposa o de sus hijos, mientras que no prueben que son honrados y que la venta es necesaria o útil. ¿Por qué si la ley desconfía de maridos y padres, por qué se ha de confiar en la honradez y competencia de los abo-

gados para no reglamentar la profesión, y no se puede prohibir que ejerzan la abogacía los ineptos y los bribones?

Francamente, a nadie se le puede ocultar que el Art. 5.º del Decreto es consecuencia forzosa de los imperativos Arts. 19 y 44 de la Constitución; y que vosotros que legislais para los colombianos, de los cuales la mayoría es de ignorantes y pobres, tenéis la obligación moral ineludible de velar por ellos, dictando leyes que los protejan. Vosotros jurasteis cumplir la Constitución.

El Art. 6.º del Decreto es desarrollo del Art. 5.º que hemos venido comentando. De nada serviría la sentencia en que se prohibiese a alguno el ejercicio de la abogacía, si no hubiese pena para quien la violase.

A *prima facie* repugna la parte final del Art. 6.º; pero no se necesita hacer muchos esfuerzos para comprender que da evidente prueba de mala fe el que se preste a que con su firma litiguen individuos que por su notoria improbidad fueron inhabilitados para ejercer la abogacía. Quien tal haga, no solamente se expone al peligro de perder sus bienes, sino que expone a la parte contraria a ser burlada en sus derechos por la zancadilla del bribón; y esto tiene que ser un delito.

La antedicha disposición no es aplicable a los que busquen individuos que por su ignorancia hayan sido inhabilitados para el ejercicio de la abogacía; porque nadie hay tan estulto que sabiendo que tal o cual abogado fue declarado ignorante por sentencia, le vaya a confiar su pleito; suponerlo es un absurdo.

Podría pensarse que si un abogado inepto se trasladase a otra ciudad en donde no lo conociesen, a ejercer la profesión, burlando la sentencia que lo inhabilitó, sería injusto que se le aplicase el Art. 6.º porque mal pudo ser juzgado por ignorancia, cuando ésta no es un delito; y que tampoco sería delictuosa la violación de la sentencia por parte del abogado a quien por su mala fe se privó del ejercicio de la pro-

fesión, cuando se defiende en causa civil propia, porque todos tienen el derecho de defenderse. De dónde resulta absurdo por una parte el Art. 5.º e inicuo por la otra el Art. 6.º

Viniendo a la ineptitud, es gravísima transgresión del orden moral ejercer la abogacía (y también la medicina) sin saber la profesión, lo que reconoce la unanimidad de los teólogos que tan profundos son en cuestiones morales; así lo indica también la recta razón. El Código Penal tiene por base la moral absoluta, y en ella se apoya para castigar a quien traspase el minimum de moralidad por él establecido, dándole el nombre de delito o crimen. De manera que si el Art. 5.º del Decreto impusiese una pena corporal contra el que fuese declarado en juicio abogado ignorante, no podría ser tachado de injusto; y que si el Art. 6.º hubiese señalado una pena mayor de la que trae, y de presidio, no podría calificarse de inicuo. En ambos casos habría delito previamente definido en las leyes.

En la teoría del peligro se fundan también los Códigos penales de todo el orbe para castigar a quien lleve armas dentro de poblado, para castigar al ebrio, al jugador a juegos prohibidos, a los que ponen fuego en sus propiedades sin tomar las debidas precauciones etcétera, etcétera; de donde se sigue que si ejercer la abogacía sin saber, no fuese por sí un delito, la ley lo podría castigar como tal.

Es exacto que a nadie se debe privar del derecho de defenderse; pero ésto se entiende a condición de que no haya peligro de tercero. Porque a un abogado, por vastos conocimientos que tenga, lo puede vencer en litigio un abogado inteligente y bribón, pues son imposibles de precaver todas las fosas que a los derechos ajenos abren los abogados sin conciencia, maestros en el arte de robar con el Código Civil en la mano; por eso puede sostenerse que los Arts. 25, y 2º inciso del 44 de la Constitución restringen ese derecho. ¡Curioso sería que las autoridades estuviesen obligadas a inspeccionar la moralidad y seguridad de

la profesión; pero que dejaran ejercer libremente la abogacía a los bribones, alegando que se trata de un derecho de inspección!

II. Podría pensarse que habiendo en el país jueces que investiguen los delitos y apliquen los condignos castigos, y siendo la parte principal del Decreto la que se refiere a los abogados de notoria falta de probidad, no es menester reglamentar la profesión de abogado, tanto más cuanto que en el Código Penal está el Art. 485, que en su numeral 9.º es aplicable especialmente a los abogados. Pero ¿cómo es difícil establecer con nuestro sistema legal de pruebas que tal o cual abogado descubrió los secretos de su defendido a la parte contraria; o que después de haberse encargado de defender a la una y enterado de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonó y defendió la otra; o que estuvo encargado de la defensa de las dos partes; o que de cualquiera otro modo perjudicó a sabiendas a su parte para defender la contraria! ¡Cómo es difícil probar ésto! ¿Dónde encontrar graves indicios legalmente comprobados, o dos testigos hábiles que esos hechos acrediten?

Dejarle a la justicia ordinaria el juzgamiento de los delitos que en la abogacía se cometan, diciendo que hay más garantías de acierto, es jugar con las palabras de justicia y garantías y derecho; escrúpulos que causan lástima, inocencia que produce risa. De cien abogados, noventa y nueve saldrían absueltos por insuficiencia de prueba o por insuficiencia de ley.

La justicia no tiene interés ni en absolver ni en condenar; ella no debe ser ni severa ni clemente. El principio de que es mejor absolver cien criminales que condenar a un inocente, se entiende cuando ocurre alguna duda; tomar ese principio como un absoluto, es un dislate; y por ésto llenar de garantías a los abogados para que no se les pueda condenar sin prueba legal, a ellos que tanto saben burlar la ley.

es quitarles garantías a los ciudadanos en lo relativo a la moralidad y seguridad de esa profesión. Es sencillamente consagrar, en materia de garantías, y so pretexto de ellas, la ley del embudo; con el agravante de que de antemano se absuelve al bribón de la pena, y se condena al inocente, que en su honradez se fio, a la pérdida de sus bienes.

Por falta de plena prueba de quién cometió el delito, se queda impune el abogado que se encargue de establecer un juicio reivindicatorio por parte de quien, habiendo sido dueño de un inmueble, se sustrajo del protocolo de la notaría y de la oficina de registro la constancia de haber vendido ese inmueble; por falta de plena prueba se queda impune el abogado que se haga ceder del cliente un documento so pretexto de cobrarlo más fácilmente, y que lo cobra y que se queda con su valor; por falta de prueba, y porque la sentencia hace de lo recto curvo y de lo curvo recto, impune se queda el abogado que con un crédito cuya cancelación no consta legalmente, o con un crédito supuesto, entable juicio ejecutivo de acuerdo con su antiguo o su fingido deudor, y logrando que éste como ejecutado presente para el pago una finca que en otro tiempo fue suya, haga trabar el juicio sobre esa finca, y prevalido de informalidades de la escritura del verdadero dueño (deficiencia de linderos, carencia o deficiencia de registro), o de tantas maneras como hay para conculcar las más sagrados derechos, venza al dueño en juicio de tercería, obtenga el remate de ese inmueble, y se aproveche de los frutos de su crimen, partiendo la ganancia con el comparsa que demandó; y porque el juez le rechazaría la prueba de pago al denunciante en la vía criminal, impune se queda el abogado que valiéndose de que no se otorgó un recibo con las estampillas requeridas, entable un pleito para cobrarle al deudor lo que ya éste habíapagado.

Ninguno de estos casos ni muchísimos otros semejantes están por suceder; lo que está por suceder es que se nos indiquen las disposiciones penales apli-

cables a infinidad de hechos delictuosos que se quedan impunes porque o no caben en las muy elásticas disposiciones que trae el Código Penal (Arts. 489, numeral 9.º; 818; 820; 838 etc.) o los amparan las leyes civiles con sus reglas generales; y que se nos demuestre, además, la eficacia de nuestras leyes, con su tarifa de pruebas, para descubrir los delitos de los abogados.

Con excepción de la prueba del tormento, el siglo XX nos ha sorprendido con la tarifa de pruebas legales del bajo Imperio; sistema que no sancionaron los romanos para la materia criminal en la edad de oro del derecho, y de que abominan todas las legislaciones modernas como contrario a los intereses del reo que en ocasiones se ve imposibilitado para probar su inocencia o su inculpabilidad; y como contrario a los intereses sociales, porque por falta de prueba legal plena, se quedan impunes millares de malhechores. Con este sistema en que es con demasiada frecuencia obligatorio ver lo blanco negro y lo negro blanco, es de todo punto imposible proteger los bienes de los ciudadanos de los que usan del papel sellado para arrebatarnos en presencia y con la firma de los encargados de administrar justicia.

Presunciones legales de culpabilidad en muchos casos; presunciones, contrarias en muchísimos más, en los cuales debe probarse plenamente y por separado (Art. 2,025 del C. Judicial) que el reo procedió a sabiendas; imposibilidad de probar un delito porque el reo tuvo la suficiente malicia para no cometerlo delante de dos testigos *legalmente* hábiles; imposibilidad para el reo de probar que lo calumnian, porque tiene que acreditar plena y legalmente que los testigos que declaran en su contra son sus enemigos capitales o que fueron cohechados; exclusión absoluta del testimonio único, aunque sea de persona que por sus excepcionales prendas haya sido constituido en la más alta dignidad; admisión de la declaración del reo que confiese su delito, y rechazo completo de las circunstancias de inculpabilidad o atenuantes que alegue si no las prueba legal y plenamente. Este es el

sistema de pruebas legales de Colombia, y que se presta hasta para robar a la luz del sol en presencia de las personas privadas del derecho de ser creídas.

Razón tienen muchos abogados para regocijarse de la derogación del Decreto 1,165; y razón tienen las víctimas para no acudir, ante los encargados de investigar los delitos, a denunciar a los abogados que se quedaron con sus bienes y con los honorarios que les pagaron.

Considerad la imperfección de nuestro sistema de pruebas en materia criminal, y no podéis menos de convenir en que es necesario que los Tribunales juzguen a los abogados verdad sabida y buena fe guardada. Ellos dan mayores garantías de acierto que los Jurados, porque por su rectitud de criterio, y por su ilustración, fueron llamados hasta a declarar notoriamente injustos los veredictos de éstos.

No hay razón para temerle al juicio de conciencia; este no se funda en el capricho ni en el parecer inmotivado del Juez. Nadie se convence sin declaraciones de testigos o sin graves indicios; como el Jurado, el Juez necesita de pruebas. La única diferencia entre el juicio de *conciencia moral* y el juicio de *conciencia artificial*, es que el primero exige pruebas morales, en tanto que el segundo exige pruebas legales; el primero es la razón y le permite decir al Juez: «estoy convencido»; y el segundo se ha definido «el arte de ignorar todo lo que el mundo sabe»; el primero es propio del hombre y le deja un campo amplísimo para descubrir la verdad o para detenerse ante el enigma; el segundo es propio de la ley, que hace de la verdad un arte, pero que tiende a desconocerla y a hacer de ella un artificio. De donde se sigue que el juicio de conciencia no solo es superior al juicio de tarifa legal de pruebas, sino que los Tribunales que juzguen verdad sabida y buena fe guardada, no están incapacitados para fundar sus sentencias; debiendo, por tanto, obedecer el mandato de la Constitución de que «las sentencias deberán ser motivadas» (Art. 161), que tiende al establecimiento de la responsabilidad.

Más temible es el juicio con tarifa legal de pruebas que el juicio de convicción íntima. Si los abogados no están exentos de calumnias, tampoco lo están los simples ciudadanos; y, entre los dos sistemas, es más fácil convencer a un Juez de que quienes declaran son enemigos capitales del reo, o que fueron cohechados; que acreditar estas tachas con plena prueba legal. Tan peligroso es este último sistema, que Robespierre propuso en la Asamblea Constituyente: «*El acusado no podrá ser condenado conforme a las pruebas legales, si son contrarias al conocimiento y a la convicción íntima de los jueces*»; tan peligroso, que ha habido necesidad de sentar la jurisprudencia de que cuando el reo confiesa el hecho, y no hay otra prueba de su culpabilidad deben admitirse sus cualificaciones con violación expresa de la ley (Art. 1,664 del C. J.); tan peligroso, que cuando resulta comprobado que dos personas se hirieron recíprocamente, pero nadie presenció cómo empezaron los hechos, ha habido que sentar la jurisprudencia de la absolución, aun violando el Art. 2.º del Código Penal, por temor de condenar a quien pudo entrar en legítima defensa.

También es peligroso el sistema legal en cuanto admite la prueba de indicios. Peligrosos hay en todas las pruebas, y por eso las legislaciones modernas no tratan nunca de imponer reglas que fijen los límites que separan la duda de la certidumbre; siguen el sistema de los romanos de darles consejos a los jueces, los cuales—al decir de Bonnier—no tuvieron la pretensión irracional de encadenar la conciencia de éstos con reglas de derecho.

Aparte de que los errores judiciales se cometen generalmente en favor de los reos, el juicio de conciencia es peligroso cuando se deja a un solo criterio; no lo es cuando son varios los criterios que lo dan. El peligro que en este caso ofrecen para un error judicial es muy remoto, y si alguno queda depende de la habilidad de la naturaleza humana que no puede tener para sus juicios la infabilidad de Dios.

¿Cuales son, pues, los graves riesgos que co-

rren los abogados-reos a quienes juzguen tres, cinco o siete Magistrados, que reunidos en Sala de Acuerdo en Pleno, son los que componen cada Tribunal de la República?. Y si vosotros ordenais que sus sentencias se consulten en todo caso con la Corte Suprema de Justicia ¿no es verdad que se necesitaría plena prueba de que se equivocaron condenando un inocente, para poderlo creer? Considerad todo esto, y pensad, sobre todo, en el sinnúmero de picardías de los abogados que no quedan comprendidas en la definición que de la estafa trae el Código Penal, o que se juzgan amparadas por el Código Civil, o que por falta de plena prueba legal se quedarían impunes si no se cobijasen con una fórmula tan precisa como la expresión «*malos procederes y notoria falta de probidad*»; y tendreis que convenir con nosotros en que es necesario que los Tribunales juzguen verdad sabida y buena fe guardada; y en que es conveniente elevar a ley el en mala hora derogado Decreto 1,165.

Demasiado comprendemos, pasando a otra cuestión, que no es fácil calificar la ignorancia o ineptitud manifiestas; pero tampoco es imposible. El abogado que en lugar de entablar un juicio de cuentas lo entabla reivindicatorio; que pida la rescisión de un contrato cuando lo que debe pedir es la resolución; que demande en Bogotá lo que a las claras no puede demandar sino en Medellín; que trate de comprobar con testigos una promesa de contrato, o una deuda de mayor suma que la que permite la ley; que alegue la prescripción de una servidumbre discontinua o inaparente, etc., etc., es inepto.

Nadie es infalible, y alguna que otra equivocación o prueba de ignorancia no muy burda, al más ilustrado puede pasar. Una golondrina no hace verano. Pero quince o más manifestaciones de ignorancia o ineptitud en el termino de seis meses ¿no serán bastantes para que no quede duda de que se han dado pruebas de ignorancia claras y manifiestas? *Manifiestas* dice el Decreto; no se trata, por ende, de cualquiera manifestación de ignorancia; «*pruebas*

de ignorancia» dice el Decreto; no se trata de una sino de varias, porque es el número de pruebas lo que hace notoria la ineptitud.

Un abogado puede perder pleitos, y no hay quién no los pierda en gran número, porque son muchas las cuestiones de derecho en que los jurisconsultos no están de acuerdo, y muchos los casos difíciles que se presentan; a un Juez se le pueden revocar muchas sentencias, porque no siga las opiniones de un superior jerárquico; y bajo el techo de un mismo Tribunal puede haber Magistrados que disientan del parecer de los otros. No obstante, salvo rarísimos casos, todos están de acuerdo en el modo de entablar una demanda, en las pruebas que se deben producir y en las reglas generales de Derecho. Es al error craso, es al dislate jurídico, no a la opinión menos probable que admite un razonamiento medianamente solido, a lo que se refiere el Decreto cuando habla de pruebas de ignorancia; y es la repetición de tales errores la que tiene que inspirar la idea, y la íntima convicción, de que el abogado que los comete es un peligro para los bienes de los litigantes que a él ocurran creyéndolo capaz de defenderlos.

¿Será imposible probar tal ineptitud siendo así que son muchísimos los tinterillos que andan consultando los asuntos más triviales, y que no saben siquiera—aunque parezca exageración—que no saben consultar los casos más comunes en los Codigos? ¿Será imposible que los Jueces ordenen sacar copias de las sentencias que profieran en que conste que una de las partes perdió el pleito por una demanda descabellada o por falta de pruebas esenciales; o que se saquen copias de alegatos plagados de burdos y repugnantes disparates?

Si no es muy de esperar que tales pruebas se manden sacar de oficio, y por el contrario es muy de temer que no se haga, porque partidarios de la paz nadie quiere echarse enemigos por el prurito de defenderles sus bienes a posibles projimos que no conoce, no por eso deben suprimirse la ignorancia

manifiesta como causal de privación del ejercicio de la abogacía. El miedo de incurrir en la pena será acicate para que a los rábulas les importe no perder los pleitos ajenos por malas demandas o por falta de pruebas, y que se interesen en ganarlos como propios, y se esfuercen por ilustrarse estudiando y consultando; de lo cual resulta una tendencia a moralizar la profesión. A más de esto, la vigencia de esa causal de privación del ejercicio de la abogacía, sería la constancia de que el Legislador hace toda clase de esfuerzos por proteger los bienes de los asociados en un país en que debe permitirse el libre ejercicio de la profesión, ya por carecer la mayoría de las poblaciones de abogados con título, ya también por evitar exclusivismos extorsionadores a que darían lugar las restricciones de una reglamentación formal.

Demostrado hasta la saciedad que el Decreto N.º 1,165 cabe dentro de las normas de la Constitución, pueden señalarse como positivas ventajas del Decreto: la prohibición de que ejerzan la abogacía los ineptos a quienes en juicio se pruebe su ineptitud; la prohibición de que la ejerzan los abogados de mala fe, tengan o no título universitario, a quienes en juicio se pruebe su notoria falta de probidad; ser juzgados unos y otros en conciencia, esto es con pruebas naturales, sin la tarifa de las artificiales de la ley; estar atribuido su conocimiento a los Tribunales Superiores en Sala de Acuerdo en Pleno, lo que es una garantía de acierto, ya para el reo, ya para la sociedad; y la prohibición de dejarles examinar los expedientes a los abogados inhabilitados, a fin de que no puedan burlar su sentencia condenatoria litigando bajo firma ajena.

El Decreto N.º 1,165 es el ideal de la reglamentación de la abogacía; y tan realizable, que no hubo Tribunal que dejara de aplicarlo cuando estuvo en vigencia, a excepción de algunos que por falta de maduro estudio de la cuestión, o por miedo a ciertas personalidades de parroquia, lo consideraron inconstitucional, no obstante la excitación que para aplicarlo les

hizo la Corte Suprema de Justicia, en donde había jurisconsultos de la talla del que fué Luis Eduardo Villegas.

En las razones jurídicas y de orden moral y de conveniencia social que hemos aducido, nos fundamos para esperar que si vosotros las estudiáis con vuestro sereno e ilustrado criterio, elevareis a ley de la República el Decreto N.º 1,165 de 1905, cuya derogación, estamos convencidos, seguros, no se meditó lo suficiente, tratándose como se trataba de disposiciones eminentemente protectoras de la clase más desvalida de nuestra sociedad: el pueblo.

Ninguna reforma sustancial encontramos que deba hacerse al Decreto N.º 1,165, que, en nuestro concepto, será para la historia del Derecho Colombiano, una gloria de la administración del General Reyes; y cuyas disposiciones pasman a quien las estudia a fondo, porque mientras más se medita el por qué de cada una de ellas, más se convence, quien tal tarea acomete, que pocas ha habido tan cortas, tan trascendentales, tan sabias, y tan necesarias y convenientes, como las que él contiene.

Honorables Senadores y Representantes.

Medellín, Agosto 30 de 1915.

El Presidente,

IGNACIO DUQUE.

El Vice-Presidente,

JOSÉ URBANO MÚNERA.

El Secretario,

Jorge Agudelo.

"Estudios de Derecho"

DIRECTOR: J. IGNACIO DUQUE

Administrador: José de J. Gómez R.

Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

PRESIDENTE José Urbano Múnera.
VICEPRESIDENTE Jesús M. Marulanda B.
SECRETARIO José R. Vásquez M.
TESORERO José R. Escobar

SOCIOS HONORARIOS

Dr. Agudelo Juan Ma.
Aguirre Campo E.
Agudelo Alfredo
Arango Dionisio
Betancourt Félix
Botero Alejandro
— Julio E.
— R. Rafael
Cardona Francisco
Cock Alfredo
— Víctor
— Zacarías
Cuartas Isaías
Duque Ignacio
— José Joaquín
— Rafael H.
García Enrique
Gärtner Jorge
González José Ma.
Hernández J. A.
Higuera Antonio J.
Holguín Carlos A.
Jaramillo Bernardo

Jaramillo Miriano
Isaza Alejandro
Martínez J. E.
Montoya Antonio José
Macía José
Moreno J. Miguel
Mejía Alvarez Luis M.
Palau Clímaco
Ocampo Manuel
Ossa Salvador
Pérez Francisco de P.
Ramírez Clodomiro
Restrepo Carlos E.
— Lisandro
Tobar Francisco E.
Tobón Lázaro
Toro Manuel Ma.
Uribe E. Carlos
— Lázaro
— E. Ricardo
Uribe Víctor M.
Vélez Fernando
Yepes J. Ma.

SOCIOS NUMERARIOS

Agudelo Jorge
Arango José Luis
Bernal José Miguel
Duque Ignacio
— José Joaquín
— Rafael H.
Echeverri Jesús Ma.
Escobar J. Roberto
Gallego Romualdo
Gómez R. J. de J.
— Pedro Claver
Jaramillo Agustín

Jiménez Carlos F.
Marulanda Jesús Ma.
Mejía Alfredo
Moreno Hernando
Mora V. José M.
Moreno Otto
Múnera José Urbano
Osorio Eleuterio
Ocampo German
Pardo Antonio José
Palacio Joaquín L.
Peláez Arturo



Dr. Florencio Arango Ferrer

Después de corta e intensa dolencia, soportada con ejemplar resignación cristiana, finalizó sus días este querido amigo y socio muy saliente del Centro Jurídico de la Universidad.

Acababa apenas de coronar brillantemente su carrera de abogado y de sus claros talentos y de su ya sólida ilustración podía esperarse, con justicia, que para él estaban reservados los más altos puestos en el Foro nacional.

Contaba sólo veintitrés años y ya ocupaba puesto visible entre la juventud intelectual de Antioquia que en él veía un exponente auténtico de vigor y de avance.

Si con motivo de sus grados ESTUDIOS DE DERECHO engalanó complacida sus páginas con el retrato del Dr. Arango, con mayor razón debe hoy enlutarlas con su efigie y consagrarle estas cortas líneas, como tributo póstumo al amigo ido y como homenaje sincero a su memoria.

Descanse en paz el inolvidable compañero y reciba su familia toda nuestras expresiones de condolencia, de manera especial su señor padre, el Dr. Dionisio Arango, que es uno de los más sabios Profesores de la Facultad y un socio honorario del cual se enorgullece nuestra Corporación.

EL CENTRO JURIDICO

DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

registra con positivo pesar el fallecimiento del socio Dr.

FLORENCIO ARANGO FERRER,

espíritu amplio y profundo en sus concepciones, que fue timbre de honor para la Escuela de Derecho, y cuya desaparición deja un sensible vacío en la nueva generación de juristas.

En señal de duelo se levanta la sesión.

Transcríbase la presente Proposición a los Sres. Rector de la Universidad, Presidente de la Facultad y, por medio de una comisión especial, se pondrá un ejemplar de ella en manos del Dr. Dionisio Arango”.

El Presidente, JOSE U. MUNERA.

El Vicepresidente, Jesús M. Marulanda.

El Secretario, José R. Vásquez M.

APROBADA POR UNANIMIDAD.

Medellín, Noviembre 26 de 1915.



Dr. CARLOS A. HOLGUIN

Si se atiende a los sacrificios que para la coronación de su carrera hizo el Dr. Holguín, sin duda que su grado es uno de los más meritorios que ha conferido nuestra Universidad. Pobre vino a la ciudad con sed de ciencia, y luchando aventajadamente y con fe se creó su porvenir.

Su tesis sobre Código de Comercio recomienda honrosamente a su autor, y a la vez revela sus salientes capacidades y patentiza su erudición jurídica.

El nuevo Doctor era bien conocido del público, ya en su calidad de Juez Municipal de esta ciudad, puesto que honró con su competencia, probidad y consagración, ya como escritor de ágil pluma.

De aquí que, por todos estos méritos del Dr. Holguín, el Centro Jurídico se complazca en engalanar las páginas de la Revista con el fotograbado de su antiguo Vicepresidente y socio fundador.



INFORME

rendido por el Dr. Julio E. Botero al Sr. Rector de la Universidad, sobre la Tesis del Sr. Carlos A. Holguín.

Señor Rector:

El Sr. D. Carlos A. Holguín, me ha hecho el honor de designarme su Presidente de Tesis, y en tal carácter, tenga, el deber reglamentario de informar si el trabajo por él presentado como Tesis, reúne las condiciones que la Universidad exige. Estudia el Sr. Holguín con buen criterio, con método y laboriosidad los títulos preliminar, y primero del primer libro del Código de Comercio Terrestre. Hace una disertación erudita sobre las importantes materias de utilidad práctica allí comprendidas: prelación entre los Códigos Civil y Mercantil en asuntos mercantiles: valor legal de la costumbre: capacidad de los menores y de las mujeres casadas comerciantes, comerciantes extranjeros en Colombia: actos de comercio etc., etc.; y si bien tengo la pena de disentir en algunas de sus aseveraciones y conclusiones, especialmente en puntos opinables, ello no quita, en manera alguna, al trabajo su mérito, como ensayo recomendable de comentarios al Código de Comercio' materia—puede decirse—casi inexplorada en Colombia.

Basta lo expuesto, para fundar mi concepto de que la Tesis del Sr. Holguín satisface plenamente lo que pide el Art. 261 de los Estatutos de la Universidad de Antioquia.

Medellín, 12 de Julio de 1915.

Señor Rector.

JULIO E. BOTERO



ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, J. IGNACIO DUQUE P.

Administrador, J. de J. GOMEZ R.

Serie III

Medellín—1915—Noviembre.

Nos. 29 y 30

TESIS DE GRADO

Carlos A. HOLGUIN

Estudio sobre el Título Preliminar y Capítulos I y II del Título Primero del Libro Primero del Código de Comercio Terrestre.

OBSERVACIONES GENERALES

Parece exótico, a primera vista, exponer sobre materia comercial, si se tiene en cuenta la incuria y dejadez que entre nosotros predomina respecto al conocimiento particular y práctica forense de tan importante rama del derecho común.

Ello es que por acá aún no ha recibido el culto de la *Generalización*. Su importancia y especialidad apenas están comprendidas en el programa de estudios especulativos de unos poquísimos, que no son ni la décima parte de todos los Jueces ni de todos los Abogados. Merece ello acérrima censura, ya que la materia no es ni tan onerosamente incompatible con la profesión mercantil, ni tan extraña a las labores forenses: por lo contrario es fundamento básico de lo primero y ramo competente de lo segundo.

Sobre tales bases ¿podrá fomentarse—con el éxi-