

INFORME DEL SR. PRESIDENTE DE TESIS

Señor Rector de la Universidad de Antioquia.—Presente.

Con la mayor atención he releído la Tesis que, especialmente sobre la *Prueba indirecta en materia criminal*, ha escrito el joven José Luis Molina para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas; y como Presidente de ella—cargo con el cual se me ha honrado—tengo el gusto de informar:

Que no sólo he hallado ese excelente trabajo muy concienzudo y bien meditado, propio para acreditar al postulante digno de aquel grado, sino honroso para esta Universidad, de la cual han salido no pocas Tesis que, con razón, la hacen notable, no únicamente en Colombia, sino aún en el Exterior, de lo cual tengo conciencia. No menos que en muy altas Universidades, en ésta se hacen estudios serios, concienzudos, profundos, que, en mi sentir, hacen que se pueda esperar de ellos mucho bueno, lo cual me es grato anotar, con patrio orgullo, y como un homenaje de justicia a tan querido Instituto y a sus dignos Superiores.

Y lo digo sin temor de que me cieguen, ni mi filial cariño a esta Universidad, ni el que guardo a la memoria del dignísimo abuelo del graduando, D. Juan José Molina—condiscípulo y dulce amigo mío—quien honró a tan buena Madre y a su Patria, en el Hogar o en su familia toda, en el Profesorado, en los Parlamentos, en la Magistratura y en las Letras.

Medellín, Abril 17 de 1917.

Soy de Ud., S. R., agradecido admirador y amigo,

ALEJANDRO BOTERO U.

REPUBLICA DE COLOMBIA—DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, JORGE AGUDELO

Administrador, J. DE J. GOMEZ R.

Serie V

Medellín-1917-Marzo y Abril.

Nos. 49 y 50

PROLOGO

de la Tesis del Dr. José Luis Molina M. por el Dr. Pedro Pablo Betancourt

«Un coupable puni est un exemple pour la canaille; un innocent condamné est l'affaire de tous les honnêtes gens».

La Bruyère.

Un fenómeno de que poco nos hemos preocupado, se verifica en el ejercicio de la profesión del Derecho. Al paso que los asuntos relacionados con el ramo de lo civil se estudian de una manera detenida y profunda, que se escriben eruditos comentarios de sus leyes y que las más salientes inteligencias se consagran por completo a la dilucidación de sus problemas, la Ciencia Penal se descuida en absoluto y se coloca a un lado como cosa secundaria y casi despreciable. El ejercicio de nuestra profesión en este campo se mira como algo mecánico, como asunto sencillo, indigno de ocupar por mucho tiempo nuestra atención preferente, y corremos tras de los asuntos civiles en donde nuestras facultades pueden campear vigorosa y noblemente, venciendo los obstáculos de la hermenéutica legal para fundar un derecho de dominio, para establecer un estado civil, para repartir una herencia, para formalizar un contrato.

Los legisladores mismos dedican todo su esfuerzo a la organización de la propiedad, y van reforman-

do sus disposiciones de acuerdo con los adelantos que los modernos descubrimientos imponen; nuestra Corte Suprema y los Tribunales tienen especial empeño en la formación de su jurisprudencia, en tanto que sigue rigiendo un Código Penal arcaico y que tenemos uno de Enjuiciamiento Criminal que la civilización rechaza porque conduce fácilmente al error, y no deja campo a la reparación siquiera material de las injusticias que produce.

De esta falta de estudio de las cuestiones penales, de la poca importancia que se presta a las pruebas que a ellas conciernen, se ha ido desprendiendo una verdadera rutina en jueces, funcionarios de instrucción, fiscales y defensores que ha traído el estancamiento hasta el punto de que no tenemos la menor noción de lo que en los tiempos actuales puede significar la palabra *Criminalogía*.

Los jueces y magistrados, ceñidos a la tarifa de pruebas, parece que han llegado al convencimiento de que su misión es condenar, descansando en el lleno de esa tarifa que les deja tranquila la conciencia, sin tratar siquiera de profundizar en los móviles que han producido el acto, de sondear el alma de los desgraciados a quienes juzgan y de los testigos acusadores, mirando siempre con deferencia la acusación y con soberana desconfianza la defensa. El sentimiento de simpatía y de parcialidad por la acusación, se contempla en las sentencias de nuestros Tribunales y Juzgados en donde se ha hecho fórmula obligada la de referirse al Fiscal *colaborador*, como si la defensa no colaborara también al triunfo de la justicia. Tal criterio prima igualmente en la mayor parte de los jurados que sólo ven criminales en los que tienen la desgracia de sentarse en el banco de los acusados, y sofistas y engañadores en los que ejercen el sagrado ministerio de la defensa. Los jurados imparciales, los que por igual pesan las razones en pro y en contra del sindicado, aquellos capaces de resolver las dudas en favor de éste, tienen sobre sí la mirada escrutadora de los jueces de derecho, dispuestos a declarar injusto su veredicto cuando absuelven, y *fe*

nomenalmente cuando condenan. La disposición que da independencia a los jurados, que indica que su resolución se basa en su conciencia honrada, sin que a nadie tengan que dar cuenta de los medios de convicción que han encontrado, tropieza con la conciencia inflexible de jueces y magistrados, que sin preocuparse por la defensa y por todos los medios que los jurados han tenido presentes para su veredicto, se sujeta a la tarifa legal y pospone criterios rectos y conocidos, al testimonio de dos testigos, cuyos antecedentes se ignoran, y que sólo tienen en su favor la garantía de que acusan y que satisfacen así el prejuicio que surge cuando ocurre un hecho criminoso y se muestra, aunque sea por meras conjeturas o por testimonios calumniosos, al responsable de tal acto.

Si cuando se penetra en el salón de una audiencia y se ve a un ciudadano en presencia de sus jueces, adonde se le ha traído a responder de su conducta, nace instintivamente la idea de que ese hombre es criminal; si el solo hecho de verlo sentado en aquel lugar es un reproche para él que previene a los concurrentes desfavorablemente; si la acusación cuenta con esa disposición admirable para pedir la condenación; si, por el contrario, la defensa tiene que hacer inauditos esfuerzos por arrancar ese prejuicio y predisponer los ánimos para que la escuchen con imparcialidad, ¿no es más natural suponer que los errores del jurado deben ser mucho más frecuentes cuando condena que cuando absuelve? Y, sin embargo, los veredictos absolutorios son declarados a menudo injustos, y rara vez, *fenomenalmente*, como antes dijimos, los condenatarios.

Y es que las palabras de San Juan Crisóstomo que sirven de epígrafe al estudio de D. José Luis Molina: «Es más justo absolver al culpable que castigar al inocente, porque aunque el criminal se escape una vez, puede caer otra; pero si una vez perece el inocente, ya no puede remediarse», están gravadas de una manera indeleble en la mente de los miembros de nuestro Poder Judicial—y al expresarnos así, hablamos de la

gran mayoría de ellos—en una forma más precisa, concreta e incontrovertible, pero absolutamente contraria: «Es más justo condenar a un inocente que dejar que se escape un criminal».

Con semejante sindéresis, que hemos podido apreciar en nuestra práctica forense, no es raro que la Ciencia Penal se halle estancada, que muchos juristas dejen a un lado, como indigno de sus energías, el ejercicio profesional en el ramo que se roza con el crimen, y que tal ramo haya decaído de una manera lamentable.

Y, no obstante, ninguno de la jurisprudencia abre campo más hermoso a la investigación científica, a la observación profunda, al análisis riguroso. Ver si dos testigos están contextes en la relación de un hecho, apreciando lo material de sus palabras, nada tiene de científico: cualquier ignorante puede hacerlo. Pero penetrar en el alma de esos testigos, investigar las misteriosas evoluciones de sus espíritus, arrancar el sentido y alcance de cada una de sus palabras en el momento preciso en que rinden su exposición; sondear por igual la mente y el corazón del acusado; investigar jurídicamente las disposiciones, el grado de honradez, de imparcialidad y de discernimiento de los funcionarios de instrucción; colocarse a una altura a donde no pueda llegar el prejuicio, libre de toda sugestión, sabiamente inclinado a dar oídos a la acusación como a la defensa, o más a ésta, puesto que dispone de medios más reducidos para hacerse sentir y tiene que moverse siempre dentro de límites estrechos, todo esto requiere profundos conocimientos y fortísimo desarrollo de facultades intelectuales y morales. Y eso debe buscarse en los encargados de administrar la justicia penal, y ha de ser conocido a fondo por los que toman a su cargo la representación del Ministerio Público y los intereses de la defensa.

La apreciación de las pruebas presenta una dificultad de que pocos han llegado a penetrarse. De allí esa infinidad de sentencias, de vistas fiscales y de alegaciones destituidas de todo mérito jurídico, de toda

investigación psicológica, de todo análisis hondo. Son fórmulas secas, vacías, con las cuales se arrebató o se deja arrebatar tranquilamente la vida, la libertad y la honra a gran número de personas, en cuyas almas no ha sentado el crimen su imperio, y que muchas veces han obrado en el cumplimiento de un deber que consideran ineludible.

Todo lo que tienda, por tanto, a esclarecer estos problemas de la Ciencia Penal, a poner al alcance de los ciudadanos las cuestiones que lleven a asegurar la verdadera justicia, no la tosca caricatura que de ella se nos presenta, debe ser recibido con aplauso y con regocijo.

Y cuando el estudio que se nos da es como el del Sr. Molina sobre *Presunciones en general y Prueba de Indicios en Materia Criminal*, cuando se ha tomado como tema precisamente lo más delicado, por lo peligroso, que la Ley pone en manos de la administración de justicia, para que pueda buscar la verdad y llegar a la certeza, indispensable para toda aplicación de una pena, entonces vamos a su lectura con positivo interés y al ver que el asunto se va desarrollando con independencia y convicción, con perfecto conocimiento de la materia y en un orden riguroso, que la doctrina brota límpida al través de las diversas opiniones que se contemplan, que una crítica razonada se aplica a las disposiciones legales y a los conceptos de los más altos representantes del Poder Judicial, el interés crece progresivamente a medida que la lectura avanza, y tocamos el fin con la satisfacción de haber estudiado íntegramente un asunto y de haber aprendido muchas cosas indispensables para nuestra vida profesional.

Los conceptos generales con que el autor da principio a su monografía, en parte discutibles quizá para algunos, pero que nosotros reconocemos como fundados en estricto derecho, con base sólida en la razón, en la lógica y en las demostraciones de la historia, acreditan la importancia de profundizar en la Ciencia Penal. Esto, y la manera como desprendiéndose de

aquél todo se va penetrando naturalmente en el campo de las presunciones hasta llegar al terreno de los indicios, con verdadera facilidad, muestra el dominio completo que el Sr. Molina tiene sobre el tema elegido.

Con discernimiento perfecto se van estudiando allí las diversas teorías de los expositores, las divisiones y subdivisiones de cada punto capital, y al fin se precisa lo que parece más adaptable a nuestra jurisprudencia, lo que mejor aplicación podría tener en nuestra administración de justicia.

No obstante el reconocimiento expreso que nuestro Código Judicial hace del indicio necesario, el autor de la Tesis lo rechaza, y con sobrada razón.

Fundado siempre el indicio en la prueba completa de un hecho del cual parte la razón para llegar a la demostración de otro que se investiga, hay grandísimo peligro, dada la falibilidad humana y la limitación de sus recursos, de que se tenga como concluyente lo que en realidad es un error. Y habiendo esa puerta, movida por el interés de los que tienen la costumbre de aplicar las penas y que a todo trance quieren descubrir los delitos y los delincuentes, cosa difícil en la mayor parte de los casos, la fatiga natural que la investigación produce, el desencanto de ver que se escapa ya una, ya otra de las pistas que se han seguido, induce a creer que el Juez éntre por ella y que lo que sólo es grave se tome como necesario, y lleguemos así, en muchos casos, al derrumbamiento de la justicia, al error judicial que no tiene reparación posible.

Y he aquí el punto más serio de la justicia penal. Cuando en asuntos civiles se ha cometido un error, puede subsanarse indemnizando los perjuicios al que ha sufrido las consecuencias del fallo. Pero quien por medio de una sentencia ha arrebatado la vida a un hombre, quien lo ha privado de su libertad y de su honor haciéndolo arrastrar la cadena del presidiario o sufrir siquiera por poco tiempo las inclemencias de una cárcel, ése no logrará nunca devolver la vida, ni restituir la libertad, ni reponer la honra que arrebató.

Los bienes materiales no compensan esos derechos ultrajados que están por encima de todas las riquezas. Por eso nadie, absolutamente nadie, tiene derecho a equivocarse cuando se trata de declarar culpable a un semejante suyo.

Creemos que debería existir sanción para los jueces de hecho y de derecho que cometieran error al declarar responsable a un sindicado. Que se equivoquen en la aplicación de la pena, pase: son falibles y a ello están expuestos: pero al declarar que un individuo es responsable de tal hecho criminoso, entonces no tienen derecho a errar (1) y si yerran, deberían ser castigados. Así se estudiaría mejor la prueba, habría más rectitud de conciencia para buscar al delincuente; los indicios tendrían el valor que deben tener; el necesario se tendría como un absurdo jurídico y la justicia sería justicia y no producto de la ligereza, de los prejuicios, de las presunciones brutales e instintivas que nos hacen ver criminales en todos lo que traspasan las puertas de las cárceles o se sientan en ese banco ignominioso que llamamos banco de los acusados, y que ciertamente no debería existir con esa odiosa distinción, pues mientras el acusado no sea vencido, tiene derecho a tantas consideraciones y respeto como los mismos que lo van a juzgar.

A éstas y a muchas otras reflexiones nos ha llevado el estudio minucioso de la tesis de D. José Luis Molina, que no vacilamos en calificar de obra excelente, que merece ser conocida y apreciada por cuantos se dedican a profundizar los problemas del Derecho, y que prestará importantes servicios en la investigación y calificación de los delitos.

Tal vez en algunos de los conceptos emitidos en este ligero examen podamos ser tenidos por exagerados, especialmente cuando asentamos la especie de paradoja de que la justicia criminal no tiene derecho a engañarse al declarar la culpabilidad de un sindicado.

(1) Lailier y Vonoven—Les erreurs judiciaires et leurs causes.

Seguimos creyendo, sin embargo, que el juez en lo criminal no puede condenar mientras no apoye su convicción en una certidumbre absoluta. «En tanto que haya la *sombra de una duda*, dice Mittermaier, no hay certidumbre posible para un juez concienzudo». «Quien desee conquistar la certidumbre, dice el mismo autor, no cierre jamás la puerta a la duda; antes bien, deténgase en todos los indicios que puedan conducir a ella, y sólo cuando la haya hecho desaparecer completamente, su resolución llegará a ser irrevocable».

«Sed nec de suspicionibus aliquem damnari oportet. Satius quippe est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem danmari», expresaba la ley Trajana. Y ochocientos años después escribía Carlomagno:

«Que un Juez no condene jamás, sea a quien fuere, sin estar seguro de la justicia de su fallo; que no decida jamás de la vida de los hombres por presunciones. No es al acusado a quien se debe considerar como culpable, es a quien se ha convencido de serlo; no hay nada tan peligroso y tan injusto en el mundo como aventurarse sobre conjeturas».

Y «nueve siglos más tarde», agregan Maurice Lallier y Henri Vonoven, Voltaire, en su *Dictionnaire Philosophique*, precisaba el pensamiento de Carlomagno;

«No hay certeza, desde que es física y moralmente posible que la cosa pueda suceder de otro modo. Que! Se necesita demostración para asegurar que la superficie de una esfera es igual a cuatro veces el área de su círculo máximo, y no se necesitará para arrancar la vida a un ciudadano en un suplicio afrentoso?»

Enero 2 de 1917.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDALLIN
BIBLIOTECA
DIRECCIÓN

TESIS DE GRADO

José Luis MOLINA M.

De la clasificación de los indicios.—Del indicio necesario.

CAPITULO VIII

«Arts. 1,704 y 1,708 del C. J.»

Varias son las clasificaciones que se han hecho y pueden hacerse de los indicios, aunque no todas de mayor importancia.

Por razón del tiempo se dividen en *anteriores*, *concomitantes* y *posteriores*, según que preceden, acompañen o sigan al hecho principal. La compra de los instrumentos o medios necesarios para la comisión del delito, es ejemplo de la primera clase. La presencia en el lugar del crimen y cuantos hechos coexistieron con el principal, pertenecen a la segunda. La clandestinidad, la fuga, la ocupación de materiales o instrumentos que sirvieron o pudieron servir para la comisión del hecho, y otros semejantes, pertenecen a los últimos. Mittermaier cree que la presencia en el lugar del crimen, considerada como indicio concomitante por el Código Bávaro, puede ser también *anterior* y *posterior* según la hora en que se cometiera el crimen.

De las legislaciones americanas sólo la del Uruguay admite expresamente esta división, añadiendo varias circunstancias que pueden verse en la parte que transcribimos en el Capítulo en que tratamos de la tasación de los indicios. Nuestro Código no expresa clasificación especial, mas, como antes lo dijimos, puede el Juez adoptar la que más le parezca conforme con la naturaleza de los hechos, ya que tiene amplia libertad en esta prueba.

Nuestra Corte Suprema, en casaciones de 5 y 12 de Junio de 1909 (Gaceta J. año XV Nos. 1,261 y 1,262) ha admitido la anterior división, lo mismo que

en la sentencia dictada en la causa célebre contra José Emilio Mendieta por el asesinato perpetrado en la persona del Dr. Jesús Peralta Molano. Allí se dijo: «Acomódase la Corte a la antigua y conocida división de indicios en *antecedentes, concomitantes y subsiguientes* metodizar para el estudio y tomarlo en el orden cronológico de los sucesos».

Por razón del procedimiento empleado para inferirlos, pueden ser *mediatos e inmediatos*, deduciéndose éstos directamente, sin necesidad de recurrir a consecuencias intermedias, y aquellos, mediante éstas, como una especie de gradación o *sorites*.

Según la forma en que se presentan son *generales y particulares*, propios los primeros de todos los delitos, como los que nacen de las relaciones de *lugar* y de *tiempo*; y los segundos, sólo de algunos: así, la ocupación de troqueles es indicio propio y peculiar del delito de falsificación; las manchas de sangre, de los atentados contra las personas (lesiones, homicidio, asesinato, estupro).

Por razón del convencimiento que en el ánimo producen, divídense en *próximos y remotos*. Muyart de Vouglans añadía otro miembro a esa división: los *manifiestos*, considerando éstos como equivalentes al *necesario*, definido por nuestro Código Judicial de la manera siguiente: «Art. 1,704. Los indicios son necesarios cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos de haber existido el otro». Vouglans pone como ejemplo de él, «el salir un hombre con una espada ensangrentada en la mano de la habitación en que se hubiera cometido un homicidio con tal arma». Bonnier cree que es un ejemplo más exacto el *Solus cum sola, nudus cum nuda et in eodem lecto*, tomado de las Decretales. Ejemplos que no dan la clave exacta para explicar este indicio, pues el primero admite una prueba o circunstancia infirmativa: un contraindicio, consistente en que se puede comprobar que hubo suicidio, pudo suceder; o que el acusado había defendido a la víctima contra el matador que había desaparecido, y el segun-

do es un caso de *flagrante delicto*. Nótese que son los únicos autores que reconocen esta prueba en materia criminal, y los que la reconocen en materia civil la asimilan a la presunción de derecho: *Juris et de jure* (1).

La razón filosófica de la existencia del *indicio necesario* es la relación de necesidad que hay entre el efecto y la causa. Además, no sólo la Filosofía nos lo enseña sino también el sentido común lo patentiza, que donde quiera que se presente un efecto ha debido presentarse antes una causa suficiente; y al contrario, toda causa produce sus efectos; de donde siempre podemos inducir, sin temor de engaño, la existencia de la causa por el efecto y viceversa. Pero, un mismo efecto puede provenir de muy distintas causas; y al revés, una causa produce muy diferentes efectos.

Para afirmar la existencia de la causa por el efecto, es necesario conocer todas las causas que hayan podido producirle; y esto es difícil al hombre en su limitada inteligencia y conocimiento. *Felix qui potuit, rerum cognoscere causas*, exclamaba Cicerón, en su defensa *Pro Deyótaro*.

Atribuimos muchas veces un efecto a una causa que en verdad pudo producirle, pero que no lo produjo. La mayor parte de todos los errores que en todos los tiempos aquejaron y actualmente aquejan a la humanidad, procedieron y proceden de esta fuente.

Debiera, pues, prescindirse en nuestra ley del indicio *necesario* que, aparte de las razones anteriores sobre su falta de lógica, y sobre su negación en las acciones humanas, es ineficaz en la práctica, constituyendo más bien un peligro inminente para el inocente, ya que en unidad produce plena prueba, suficiente para condenar. En la Revista ESTUDIOS DE DERECHO, Nos. 11, 12 y 13, publicamos un artículo sobre los inconvenientes que presenta ella en la práctica. A menudo se confunde el indicio grave o vehemente con el necesario, lo cual es altamente peligroso, ya que los primeros deben concurrir en pluralidad en la causa para

(1) Presunción que, como lo explicaremos más adelante, no tiene el carácter de prueba sino el de «norma jurídica», «de regla imperativa» de la Ley» o «de un modo de juzgar».

establecer la prueba perfecta, y el último, por sí sólo está erigido, por la ley, en *prueba completa*. Además es una aventura condenar por un sólo indicio; ¿por qué no se puede condenar con la declaración de un testigo que reúna todas las condiciones requeridas por el Art. 1,675?

Nosotros estamos de acuerdo no sólo con el Tribunal Superior de Boyacá, como puede verse en su sentencia de 31 de Marzo de 1906, sino también con el Tribunal del Socorro (Sentencia de 20 de Octubre de 1896) y con la Corte Suprema, la cual, en casación de 6 de Abril de 1907 niega la existencia práctica del indicio *necesario*; no así el Tribunal Superior de Medellín, el cual, en sentencia de 30 de Junio de 1911, califica uno sólo, grave en nuestro concepto, como *necesario*. Tampoco está de acuerdo en ello el Tribunal de Buga, el cual en sentencia de 8 de Julio de 1896 reconoce como indicio necesario la presunción legal sobre hurto que fue suprimida por la derogatoria del Art. 351 de la ley 105 de 1890. (1)

«Una vez derogado por la ley 100 de 1892 el Art. 351 de la 105 de 1890, la presunción legal en él establecida ha quedado en materia de pruebas con el valor de mero *indicio común*, que no alcanza a formar plena prueba. (Socorro—Sentencia de 20 de Octubre de 1896—VII-4, 248, 2, Jurisp. de los Tribunales).

El hecho de aparecer en poder del sindicado la cosa sustraída es un grave indicio de su culpabilidad; así lo reconoce el Dr. Angarita en una nota de su Código Judicial; pero, la plena prueba no existe sino cuando ese indicio se úna a otro u otros, como por ejemplo: no dar el sindicado explicación satisfactoria de esa circunstancia. Así, aun cuando hoy se halla derogado el Art. 351 de la Ley 105 de 1890, por el Art. 87 de la Ley 100 de 1892, no quiere decir que no exista la presunción legal que él establecía, pues ella se deduce

(1) «Es indicio «necesario», y por consiguiente plena prueba para condenar, el hecho de encontrarse en poder del sindicado la cosa sustraída, siendo mala su conducta anterior y no explicando satisfactoriamente la adquisición del objeto. Esto no obstante de estar derogado el Art. 351 de la Ley 105 de 1890 que estableció esta presunción. (Buga, Sentencia de 8 de Julio de 1896)».

también de los Arts. 1,703 y 1,704 del C. J., siendo la disposición de la Ley 105 innecesaria.....

Suele también clasificarse los indicios, en *ciertos, dudosos, ligeros y vehementes, apreciables o inapreciables*, divisiones todas que expresan lo mismo en sustancia; siendo la más completa, en nuestro sentir, la de *leves, graves y concluyentes*.

Según se hallen o no incluídos en la ley y cuando ésta los enumera y determina, toman el nombre de *legales y extralegales*. Cuanto a esta división, tiene nuestra ley la siguiente doctrina: cuando se determinan los hechos y se sacan las consecuencias, se llaman *presunciones legales*; por ejemplo, la del Art. 1706; cuando simplemente se determinan los hechos sin analizar las relaciones y sin dar el resultado, se llaman *simples presunciones*; por ejemplo, la del Art. 1,545 del C. J.

En consideración a la base de donde derivan, pueden ser *reales o personales, de afectos o de intereses*. Los primeros vienen a constituir la llamada por BENTHAM prueba real, y también por otros jurisconsultos ingleses. Estos incluyen en la prueba real: 1º El cuerpo del delito; 2º Frutos o efectos; 3º Instrumentos. 4º Materiales. 5º Receptáculo. 6º Cuerpos próximos. 7º Cosas que sirven para reconocer al delincuente. 8º Posesión inculpativa de prueba real. 9º Posesión inculpativa de prueba escrita. Los personales descansan en las circunstancias de las personas, como por ejemplo: la aptitud especial de un individuo para la comisión del delito. Los de afectos e intereses, tienen por base éstos o aquellos: así el odio, la venganza, la enemistad, los celos, el amor, el *cui prodest* etc.

Los indicios, en fin, pueden clasificarse según las diversas relaciones de donde proceden, clasificación la más racional y filosófica y que parece ha seguido nuestro legislador en el Art. 1,708, y la única que puede producir ventajosos resultados en la práctica.

Con sobrada razón dijo ESCRICHE que «no se puede dividir, subdividir, clasificar, ni sujetar a cálculo, lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago; no es posible formar una tabla o escala en que se

aprecie y fije en abstracto el valor real de los indicios, simples o combinados: los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en *cada uno de los casos particulares en que se presentan*, porque los indicios varían en razón de las circunstancias y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas».

DERECHO CANONICO

(De la tesis del Dr. José Miguel Bernal)

CAPITULO V

Impedimentos y Nulidades en el Matrimonio

Tiene la Iglesia, por derecho propio, la facultad de establecer impedimentos para la celebración del matrimonio entre los cristianos. De ellos hay unos que afectan la validez del vínculo matrimonial (dirimentes), y otros que únicamente se refieren a su licitud (impedientes). Como los primeros constituyen causales de nulidad cuando no han sido oportunamente dispensados, he querido estudiarlos en este capítulo, junto con las nulidades del Derecho Civil.

Nulidades comunes al matrimonio civil y al canónico

Estas se refieren especialmente a los casos de incapacidades absolutas, de vicios en el consentimiento, a motivos de moralidad pública y a incompetencia de jurisdicción en quien autoriza el contrato.

Proviene de incapacidad para contratar:

a). **Demencia, locura, sordomudez.** Para que el contrato matrimonial pueda perfeccionarse es absolutamente indispensable el consentimiento perfecto de los contrayentes; por esta razón los dementes son incapaces de contraer matrimonio. El impedimento que nace de la demencia es indispensable, y si se verifica el matrimonio, la consiguiente nulidad no puede subsanarse en manera alguna.

Respecto de los locos que tienen intervalos lúcidos, su matrimonio sí tiene valor si el consentimiento ha sido prestado durante los intervalos dichos. Así lo reconoce el art. 144 del C. Civil que excluye la locura de las nulidades insubsanables señaladas por el art. 15 de la ley 57 de 1887.

Los sordomudos que de alguna manera puedan prestar su consentimiento contraen válidamente matrimonio ante la ley eclesiástica y ante la civil. Así lo reconoce expresamente el numeral 3º del art. 140 del C. Civil, en lo que al último se refiere.

b). **Impubertad.** Tanto la legislación canónica como la civil juzgan a los impúberes incapaces de prestar un consentimiento perfecto y de allí el que sea nulo su matrimonio. Siendo absolutamente incapaces los impúberes para toda clase de contratos, parece que ante la ley civil la nulidad de un enlace entre ellos fuera insubsanable, ya que no puede ratificarse lo que nunca ha existido. Sin embargo, según el art. 143 de la obra últimamente citada, «cuando han pasado tres meses de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque impúber, haya concebido, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio». Esta injurídica disposición responde a un motivo de conveniencia pública, porque no sería justo dejar al arbitrio del impúber el demandar en cualquier tiempo la nulidad del matrimonio que contrajo, cuando pueden haber transcurrido muchos meses o años de haber llegado a la edad adulta, y cuando pueden, también, existir hijos nacidos de esa unión, para los cuales tiene obligaciones de las que no puede descartarse por su sola voluntad.

Juzgo que en la legislación canónica el solo hecho de continuar la vida marital después de haber llegado a la pubertad, cure la nulidad de que trato; en este punto no habría duda si los menores expresa o tácitamente renuevan el consentimiento nulo que prestaron al tiempo de la celebración de su enlace. (Véase lo que sobre este particular digo al tratar del modo como se subsana el error en la persona de uno de los contrayentes).

La impubertad como impedimento canónico es difícilmente dispensable, ya que, además de lo dicho,

la ley eclesiástica asimila los impúberes a los impotentes, mientras ellos no lleguen a la edad requerida que para los hombres es de 14 años y de 12 para las mujeres.

Por vicio en el consentimiento pueden señalarse:

c) **Error.** Solamente es común a ambos derechos el error acerca de las personas de los contrayentes o de uno de ellos. El error sobre las cualidades morales de uno de los cónyuges no anula el matrimonio, ni en el fuero civil ni en el eclesiástico; así, si al celebrar el contrato se han considerado muy buenas cualidades en la mujer y en realidad carece de ellas, o se ha obrado en la persuasión de que es virgen y resulta lo contrario, no habrá lugar a demandar la nulidad por estos motivos. De manera que el error de que aquí se trata se refiere únicamente a la identidad de los contrayentes.

A este respecto dice el Dr. Fernando Vélez en sus Comentarios al Código Civil Colombiano, N^o 239, Tomo I, Pág. 121.

El error en cuanto al estado civil de uno de los contrayentes es más probable. Si un individuo que está fuera de la República se dirige a un padre de familia que lo conoce de nombre, y le pide la mano de una de sus hijas, y otro individuo logra apoderarse de las pruebas del estado civil de aquel o falsificarlas, y debido a su nombre supuesto se casa con la hija, ésta podrá solicitar nulidad del matrimonio. En este caso no hay error respecto de la persona física, porque la mujer entendió casarse con el hombre que estaba presente; pero partiendo del supuesto falso de que era el hombre que había solicitado su mano.

Creo que en este caso también sería nulo el matrimonio católico, ya que en la mujer ha existido un verdadero error, pues ella dio su consentimiento entendiendo casarse con el legítimo dueño de los papeles falsificados o robados, aunque ese consentimiento lo hubiera recibido otra persona.

Sólo puede solicitar la nulidad del matrimonio por error el cónyuge cuyo consentimiento haya sido viciado, ya que de parte del otro fue perfecto el que prestó en el acto de la celebración. Así lo determinan, tanto la legislación canónica, como el C. Civil en su art. 142.

De acuerdo con esta misma disposición legal si el cónyuge que ha padecido el error continúa la cohabitación con el otro, después de haber conocido su engaño, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio. Ante la legislación eclesiástica es preciso para que pueda

subsanarse esta nulidad, que se renueve el consentimiento viciado, ya que los tenidos como cónyuges legítimos pueden continuar haciendo vida marital, por pura concupiscencia, y sin intención de validar su unión. No deja esto de tener graves inconvenientes en la vida social, pero la Iglesia no puede aceptar las presunciones de la ley civil en esta materia, aunque ellas favorezcan al orden público, porque ella mira ante todo a la pureza del consentimiento.

d) **Fuerza o miedo.** Es nulo el matrimonio cuando se ha contraído por fuerza o miedo suficiente para obligar a alguno de los contrayentes a obrar sin libertad. No se necesita, en ninguna de las dos legislaciones que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio; puede serlo por otra persona, desde que la fuerza o el miedo basten a quitar la libertad del consentimiento necesario para el debido perfeccionamiento del matrimonio. Respecto de las personas que pueden demandar su nulidad, y de cómo ella se subsana, cabe repetir lo dicho acerca del error.

A esta causal de nulidad se refiere también el caso en que la mujer haya prestado el consentimiento estando en poder de quien violentamente la ha robado; a menos que consienta en la unión conyugal estando fuera del poder del raptor.

Agregaré que el art. 145 del C. Civil da un plazo de tres meses contados desde que ha cesado la fuerza, para que se pueda demandar la nulidad en estos dos casos, quizás en atención a que el cónyuge forzado puede sentirse cohibido en los primeros días de libertad, aunque sólo sea por temor de peligros imaginarios.

A motivos de pública moralidad se refieren las siguientes nulidades.

e) **Cognación.** El parentesco natural que en derecho civil anula el matrimonio (art. 140, numeral 9^o) es el que existe en línea recta de ascendientes y descendientes, y entre hermanos; esta nulidad es insubsanable y el juez deberá declarar aún de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a esta disposición (art. 15, Ley 57 de 1887).

En el Derecho Canónico, y como impedimento indispensable por ser de derecho natural, al menos en la línea recta, existe esta misma causa de nulidad,

también insubsanable, y que por cualquiera persona puede ser acusada.

Es de advertir que en la legislación eclesiástica la consanguinidad en línea colateral dirime el matrimonio hasta el cuarto grado inclusive, o sea hasta entre los nietos de los primos hermanos; pero solamente los parentescos de que hablé primero son indispensables. La nulidad que estos últimos producen puede subsanarse ratificando el matrimonio, previa dispensa del impedimento existente.

f) **Afinidad legítima.** De acuerdo con el numeral segundo del Art. 13, Ley 57 de 1887, el matrimonio civil es nulo «cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima». Y el art. 15 *ibídem* coloca esta nulidad entre las insubsanables.

Como impedimento canónico la afinidad legítima se extiende hasta el cuarto grado inclusive. Pero sólo es relativamente indispensable el impedimento, e insubsanable la consiguiente nulidad, en el primer grado de la línea recta.

g) **Existencia de un vínculo anterior.** Ya se vio, al tratar de los elementos esenciales del matrimonio, que la unidad es uno de ellos, tanto en el civil como en el católico. De manera que la nulidad que proviene de la existencia de un matrimonio anterior es absolutamente insubsanable, y no puede validarse ni por la posterior disolución del primer vínculo.

Creo que esta nulidad se extiende, en el foro externo, hasta en el caso de que los contrayentes aleguen y prueben que el primer matrimonio fue nulo, porque lo jurídico es considerarlo válido mientras no exista un fallo que le quite su valor, ya que la existencia legal de éste no desaparece sino por la sentencia firme de autoridad competente.

h) **Crimen.** El crimen común a ambas legislaciones es doble:

1º. **El adulterio.** Para que cause nulidad del matrimonio católico se requiere que se haya cometido mediando promesa de matrimonio aceptada por el otro, o que en caso de faltar esta, concorra también el homicidio con intención de matrimonio, aun cuando no medie promesa o manifestación de ninguna clase.

El derecho civil sólo exige que el adulterio haya sido declarado en juicio, para que por sí solo anule el matrimonio (Art. 140, ordinal 7º).

2º. **El homicidio del cónyuge.** Aquí exige la legislación eclesiástica que el delito se cometa por conspiración común y con intención de contraer matrimonio, al menos tomada y manifestada por uno, a no ser que coexistan el homicidio y el adulterio, pues en este caso no es necesario que medie conspiración o promesa alguna. La ley civil (ordinal 8º *ibídem*) sólo requiere que uno de los contrayentes haya matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.

Esta clase de nulidad es insubsanable en el Derecho Civil ya que ella responde a un grave motivo de pública moralidad, para evitar que se falte a la fe conyugal, o fría y conscientemente se asesine al cónyuge inocente con la esperanza de un futuro matrimonio. Sería gravísimo abrir la puerta a los abusos que se seguirían si se llegara a dispensar el impedimento o se diera modo de subsanar la nulidad proveniente del crimen cometido por uno de los cónyuges en la persona del otro.

El crimen como impedimento canónico es dispensable, cuando se trata del adulterio o del homicidio, y éstos obran separadamente. Pero cuando ambos concurren viene a ser relativamente indispensable.

i) **Parentesco civil.** Si el matrimonio se ha celebrado entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante, es nulo el contrato ante el Derecho Civil, y esa nulidad es insubsanable. (Arts. 140, numeral 11, del C. C. y 15 de la Ley 57 de 1887).

En D. Canónico es discutido este punto, y por eso me limito a copiar lo que dice el P. Mario Valenzuela, S. J., en su tratado de «El Código Civil ante la conciencia».

En el derecho romano hay dos clases de adopción, la **perfecta** y la **imperfecta**. En la primera el adoptado pasa a la potestad y familia del adoptante, interviene rescripto del príncipe, y el adoptado es heredero forzoso. En la segunda no pasa a la potestad del adoptante, no es heredero forzoso, aunque sí hereda **ab intestato**, y en vez del príncipe interviene una autoridad inferior.

Es muy probable que la adopción imperfecta no produce impedimento canónico, mas no podemos dar esta opinión como absolutamente cierta.

Nuestras leyes sobre adopción no son iguales a las romanas, y de aquí se origina la cuestión de si la adopción produce o no impedimento canónico.

De las tres notas con que hemos distinguido la adopción perfecta, o **arrogación**, unos autores califican de necesaria para producir impedimento canónico únicamente la de que el adoptado quede bajo la patria potestad del adoptante. (Coll. Lac. V. col. 1290). Conforme a esta doctrina, que nos parece la más fundada, es claro que la adopción en Colombia produce impedimento dirimente.

En suma, creemos muy probable que la adopción produce en Colombia impedimento dirimente canónico. Mas no se extiende en línea colateral, puesto que el que tiene descendientes legítimos no puede adoptar, y la adopción «fenece por el hecho de tener el padre o madre adoptante descendencia legítima». Y en línea recta los casos serán rarísimos, pues no se puede adoptar sino persona del mismo sexo, excepto cuando adoptan dos cónyuges. Y como no se habla de que los hijos del adoptado pasen a la potestad del adoptante, tampoco los comprenderá el impedimento. Antes bien la ley dice: «Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptado, se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.» Art. 50, C. C.

j). **Incompetencia de Jurisdicción.** Cuando el matrimonio civil no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes, es nulo por ministerio del Art. 13, ordinal 1º, de la Ley 57 de 1887. Y si el matrimonio católico no se ha contraído ante el párroco, o el Ordinario, o el sacerdote delegado por éstos, es también nulo, por existir entonces el impedimento de *clandestinidad*. Esta nulidad, por regla general, no se subsana, y el único recurso que queda a los contrayentes es celebrar un nuevo matrimonio, observando en él las formalidades legales. En esta clase de nulidad están comprendidos, también, los matrimonios contraídos por individuos que eran católicos al tiempo de su celebración.

Nulidades propias y exclusivas del matrimonio civil

k). **Matrimonio católico posterior.** De acuerdo con el art. 34 de la Ley 30 de 1888, «el matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula *ipso jure* el matrimonio puramente civil celebrado antes por los contrayentes con otra persona».

Muchas son las opiniones que se han sostenido sobre la conveniencia o inconveniencia de esta disposición, duramente atacada por unos, y con tenacidad defendida por otros. Pero como en este trabajo no me

he propuesto comentar, sino únicamente enumerar las disposiciones existentes sobre la materia que trato, mi tarea aquí se reduce a estudiar el alcance de este artículo.

A primera vista se comprende que él consagra la superioridad del matrimonio católico sobre el civil, puesto que la ley reconoce a aquél el poder de anular a éste; y también que esta nulidad es por su naturaleza perpetua e insubsanable, ya que disuelto el matrimonio católico no vuelve a revivir el civil primitivamente anulado.

Se ha sostenido, además, que dicha disposición consagra verdaderos casos de *bigamia legal*, puesto que la ley civil reconoce valor propio e iguales efectos jurídicos al matrimonio puramente civil y al celebrado de acuerdo con las prescripciones canónicas. No creo cierta esta opinión, porque el contexto del art. 34 que comento, es claro: si el matrimonio católico *anula* de pleno derecho al civil contraído anteriormente, desde el momento en que el primero se perfecciona cesa la existencia y valor jurídicos del segundo; considera la ley que dejó de existir la unión puramente civil, para dejar el campo a otra unión más estable, que no se basa únicamente en las cláusulas de un contrato, sino que su principal asiento está en las ideas religiosas profesadas por los contrayentes.

Sin embargo de lo dicho, creo que el artículo que estudio debe suprimirse de nuestra legislación. El es, en mi concepto, de carácter transitorio, y ya surtió sus efectos; tuvo razón de ser en consideración a que durante el régimen de la Constitución de 1863, muchos católicos contrajeron matrimonio puramente civil, considerado válido por las leyes nacionales, mientras el Derecho Canónico los tenía por nulos. Hoy ya no hace falta tal disposición, y quiero mostrar que, a más de inútil, es inaceptable.

Es *inútil* cuando se trate de anular con un matrimonio católico, una unión civil anterior, en la cual al menos uno de los contrayentes pertenecía a la Iglesia al tiempo de su celebración, porque entonces el primer enlace es de suyo nulo, por ir contra lo dispuesto en el Art. 17 del Concordato, y en él concurre el vicio apuntado en la letra j) de este capítulo.

Es *inacceptable* cuando se trate de un matrimonio civil legítimo celebrado por individuos no católicos, ya que esta unión no puede disolverse ante la ley canónica, sino en el caso contemplado en la excepción del *privilegio paulino* (Cap. VI); de manera que la autoridad eclesiástica no podrá celebrar el matrimonio católico posterior, en el punto que trato, mientras subsista la validez que ella misma reconoce al matrimonio legítimo contraído por personas que no han pertenecido a la Iglesia. Si uno de los cónyuges se convierte a la Religión Católica, no por eso podrá anular una unión legítima celebrada antes de su conversión; antes bien, será nulo el matrimonio que contraiga de acuerdo con las prescripciones canónicas, por existir la causal apuntada en la letra g) de este capítulo.

Por estas consideraciones he llegado a la conclusión de que el art. 34 de la Ley 30 de 1888, no debe existir en nuestra legislación, porque es injurídico sostener una disposición legal que ningún alcance tiene, y que adolece de los graves inconvenientes apuntados.

1) **Matrimonio civil «in extremis».** «Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de practicar las diligencias de que habla el art. 130, podrá procederse a la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del art. 140. Pero si pasados cuarenta días no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos si no se revalida, observándose las formalidades legales» (Art. 136 del C. C.)

De la letra de esta disposición claramente se deduce que si el matrimonio contraído en tales circunstancias no se revalida, no produce efectos, o, en otros términos, es nulo en el foro externo, ya que la mujer no adquiere la condición de esposa legítima de una manera definitiva, y entonces los hijos concebidos después de esos cuarenta días tendrán el carácter de ilegítimos o naturales según los casos.

He apuntado esta nulidad, no porque considere que exista actualmente, pues yo juzgo tácitamente derogada la última parte del art. 136 transcrito, sino porque el punto pudiera ser dudoso para algunos, a pesar

de que el art. 16 de la Ley 57 de 1887, diga claramente que «fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el art. 140 del Código y en el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial»; y que «las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el C. Penal establezca».

Nulidades propias exclusivamente del matrimonio católico

m) **Error.** El error que como causal de nulidad es propio y exclusivo del Derecho Canónico, es el que se refiere al fin primordial del matrimonio, como cuando una mujer lo contrae con ignorancia completa de que debe prestar su cuerpo al hombre, y en la simple creencia de que sólo se trata de una amistad social. En este caso se considera comunmente viciado el consentimiento que se dió al celebrar el matrimonio, y, por tanto, esta nulidad tiene los mismos caracteres que el error común a ambos derechos, del cual hablé anteriormente.

Sin embargo en la práctica sería casi imposible comprobar este hecho, porque la ley canónica presume en las personas núbiles el conocimiento de las obligaciones que el matrimonio impone, y no es fácil destruir esta presunción, por la dificultad de establecer hechos puramente subjetivos.

n) **Condición.** Este impedimento no tiene aplicación ninguna entre nosotros, por referirse al matrimonio de una persona libre con otra sometida a esclavitud.

o) **Voto.** Para que constituya impedimento dirimente es necesario que sea voto solemne de castidad por profesión religiosa en religión aprobada. Este impedimento es perpetuo, pero dispensable.

p) **Orden sagrado.** Comprende el presbiterado, diaconado y subdiaconado; como impedimento canónico es, por derecho eclesiástico, perpetuo e indispensable en lo que se refiere al presbiterado; en los otros casos ha llegado a dispensarse en algunas ocasiones.

q) **Disparidad de cultos.** Es suficiente a anular el matrimonio contraído entre bautizado y no bautizado; pero esta nulidad es subsanable y, como impedimento, dispensable.

r) **Pública honestidad.** Se extiende este impedi-

mento hasta el primer grado de los consanguíneos del otro esposo, cuando proviene de esponsales válidos; hasta el cuarto grado, cuando nace de matrimonio simplemente rato. Es dispensable como impedimento, y subsanable la nulidad consiguiente al matrimonio sin dispensa.

s) **Afinidad ilegítima.** Nace este impedimento de la cópula ilegítima tenida con alguno de los consanguíneos de la persona con quien se va a contraer matrimonio. Se extiende hasta el segundo grado, y es dispensable y perpetuo.

t) **Parentesco espiritual.** Se adquiere este impedimento por la recepción de los sacramentos del bautismo y confirmación; dirime el matrimonio entre la persona que administra el Sacramento y aquella que lo recibe o los padres de esta; también entre los padrinos y el ahijado o los padres de éste. Es dispensable y perpetuo.

u) **Impotencia.** Si uno de los cónyuges no puede llenar el fin primario del matrimonio por incapacidad para efectuar cópula que sea por sí apta para la generación, será nulo el contrato; esta nulidad es insubsanable, porque aunque la procreación no es el fin único del matrimonio, a él están subordinados los demás fines.

Es necesario distinguir en la impotencia si esta es antecedente o consiguiente, absoluta o relativa, cierta o dudosa, temporal o perpetua, pues únicamente en el caso de ser antecedente, perpetua y cierta, puede fundar la nulidad de que trato.

También es preciso distinguir la impotencia de la esterilidad. En ésta ambos cónyuges pueden verificar cópula perfecta, lo que no sucede en la primera. A este respecto se presentan con frecuencia problemas muy difíciles, que no siempre pueden resolverse de manera cierta.

PARAGRAFO

Impedimentos impeditivos

Estos son propios exclusivamente del Derecho Canónico, y cuando no han sido oportunamente dispensados, únicamente afectan la licitud del contrato matrimonial, sin llegar hasta anularlo. Son:

Prohibición de la Iglesia. Tiene lugar, generalmente, cuando median esponsales entre uno de los contrayentes y una tercera persona; cuando se temen graves inconvenientes, y cuando hay fundada sospecha de que existe algún impedimento dirimente. En casos particulares hay lugar a la prohibición de la Iglesia, cuando falta el consentimiento de los padres, cuando no se han proclamado las moniciones, y por temor de un matrimonio entre católicos y herejes.

Cuando el consentimiento de los padres falte, puede presentarse un caso dudoso si la autoridad eclesiástica solicita de los funcionarios de Policía el depósito, por causa de matrimonio, de una menor de diez y ocho años, cosa terminantemente prohibida a éstos por el art. 55 del Código de la materia.

Tiempo. Mientras en el año eclesiástico están cerradas las velaciones, quedan prohibidas las ceremonias de las nupcias.

Esponsales. Ya estudié anteriormente cómo ellos constituyen impedimento para la celebración del matrimonio con otra persona.

Voto. Hacen ilícito el matrimonio el voto simple de castidad, el voto de no casarse, el de entrar en religión y el de recibir órdenes sagradas.

Pueden señalarse como causas principales para solicitar la dispensa de los impedimentos, tanto dirimentes como impeditivos, la revalidación de un matrimonio nulo, cesación del público concubinato, remoción de graves escándalos, estrechez de lugar, avanzada edad de la mujer, etc. etc.

ACTOS DE COMERCIO

Elementos esenciales en cuanto al objeto

(Fragmento de la Tesis de Grado del Sr. Dr. León Cruz Santos—
Universidad Nacional)

Entendiendo por éste (el objeto) la materia sobre que recae la relación jurídica a que el acto mercantil se refiere, es preciso, ante todo, que el acto haga referencia a un derecho que se pueda hacer valer de una manera cualquiera. Así, de hecho, el acto es ilusorio cuando el objeto está tan vagamente indicado que no es posible determinarlo. Lo mismo sucede cuando se trata de cosas corporales que no son susceptibles de existir o que están fuera del comercio. Si es un hecho el objeto del acto, debe ser física y moralmente posible y no contrario a las leyes, las buenas costumbres o al orden público. Por último, la ley niega eficacia a los actos que tienden a un fin con respecto al cual la persona en favor de quien parecen haberse verificado no tenga ningún interés.

El objeto del acto mercantil es toda cosa o mercadería que tenga *valor de cambio*, entendiendo por esta palabra, no solamente las cosas materiales muebles, como objeto de empresa o negociación comercial, no sólo las primeras materias, los productos naturales, los artículos manufacturados, los productos de la industria y arte, sino también los títulos, los documentos de crédito y los signos representativos de valor, y aun las cosas inmateriales como los créditos o derechos personales y reales, el trabajo del hombre, su inteligencia, su aptitud en determinadas artes, su genio artístico, su capacidad técnica. Es más, se especula diariamente con el buen nombre y el crédito de las firmas sociales y de los hombres de negocios. Es lo cierto que el comercio ha adquirido tal grado de desarrollo y que la actividad mercantil ha creado tan distintas combinaciones, ni siquiera reguladas por los Códigos, que se hace imposible dar una definición concreta de las cosas objeto de comercio y una clasificación detallada de las cosas que son susceptibles de especulación. Por esto, quizás, el Legislador colombia-

no no se ha atrevido a determinar las cosas que pueden ser objeto de actos de comercio, pues aun cuando en los artículos 20 y 22 del Código de la materia señala, en el primero, los actos que deben reputarse mercantiles, y en el 22, los que no deben tenerse por tales, agrega sin embargo en el artículo 23, en presencia, sin duda, de lo muy difícil, por no decir imposible, que es abarcar en una enumeración hecha *a priori* un orden indeterminado y variable de hechos jurídicos, que estos artículos son «declaratorios y no limitativos».

Ahora bien, nos atrevemos a sostener, no apareciendo en el Código de Comercio Colombiano restricción de ninguna especie acerca de las cosas comerciales, ni disposición alguna especial que prohíba el que los bienes raíces puedan ser objeto de comercio, y reconocido, además, el carácter esencialmente mercantil de las empresas acometidas por grandes sociedades comerciales o por particulares para el laboreo de minas, la construcción y explotación de ferrocarriles y demás obras públicas, la compra de terrenos, con el objeto de venderlos en pequeños lotes o después de levantar en ellos edificios destinados a habitaciones, y la naturaleza comercial de otras empresas que especulan sobre créditos, valores y el trabajo mismo del hombre, que no cabe, lógicamente, establecer limitación ni pensar en excluir los inmuebles del tráfico comercial, porque nada identifica de manera necesaria la calidad de mercaderías y la calidad de muebles; pues aun cuando es verdad que esta clase de bienes son más a menudo objeto de especulaciones mercantiles, no es esta una razón suficiente para decir que los inmuebles no pueden serlo en ninguna forma. Por otra parte, no distinguiéndose en el fondo las transacciones sobre los inmuebles de las que se verifican sobre los muebles, parece natural y jurídico atribuirles, en igualdad de circunstancias, el mismo carácter, a menos que un texto de la ley se oponga a ello, y éste, como sabemos, no es el caso.

Se objeta que los bienes raíces carecen de precio fijo; que sus frutos, y la manera de usarse y consumirse es muy distinta de la de los muebles; que el comercio exige rapidez y facilidad en las operaciones y que estas no podrán obtenerse tratándose de la transmi-

sión de bienes inmuebles, sujetos, por razones de todos conocidas, a formalidades especiales que retardarían muchísimo las transacciones y harían imposibles algunas veces las combinaciones mercantiles; y, en fin, que por su naturaleza misma los inmuebles se resisten a admitir aquellas condiciones por las cuales una cosa cualquiera puede ser reputada mercancía.

Argumentar así, nos parece, es confundir lo que es de la *naturaleza* de la comercialidad con lo que es de su *esencia*: sin duda, los actos mercantiles son ordinariamente muy fáciles, muy sencillos, muy rápidos en realizarse; la tradición de las mercaderías se opera casi sin formalidades, el precio es fácilmente apreciable; mas ninguna disposición legal ni autor alguno, que sepamos, ha dicho que estas sean las características de los actos de comercio; al contrario, todos conciben en que el *ánimo de especular* y la *intención de revender* son las condiciones que imprimen de manera inconfundible, el carácter de comerciales a los actos, y éstas aparecen con mucha frecuencia en las negociaciones que versan sobre una y otra clase de bienes. Reconocido que la naturaleza de los inmuebles no se opone jurídicamente a que ellos puedan ser objeto de especulaciones mercantiles, es forzoso concluir que si el Legislador colombiano no incluyó en la enumeración del artículo 20, entre los actos de comercio, las operaciones que versan sobre bienes raíces, ello se debe, quizá, a que en los tiempos en que se adoptó el Código, eran poco menos que ignoradas estas especulaciones, hoy tan extendidas y vigorosas.

Esta opinión que, de seguro choca con la tradición histórica, pero que está en perfecto acuerdo con las exigencias de la complicada vida moderna, encuentra visible apoyo en las legislaciones de varias naciones europeas, principalmente en la de Italia, cuyo Código de Comercio consagra en su artículo 44 que, las transacciones sobre inmuebles, hechas con ánimo de especular, se consideran mercantiles.

EL CENTRO JURIDICO Y LAS PREFECTURAS

Honorables Diputados de la Asamblea Departamental:

Honrosamente señalados por el Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia para intervenir de oficio en el Proyecto de Ordenanza sobre creación del Régimen Provincial en este Departamento, hacemos a vosotros con respetos verdaderos las siguientes consideraciones, y os manifestamos las conclusiones a que hemos llegado después de un estudio minucioso y prevenido del asunto en cuya solución nos interesamos.

Desarrollamos las cuestiones siguientes:

1º Es inconveniente el restablecimiento completo del Régimen Provincial; y

2º Es legal la situación actual del Departamento en lo relativo a la supresión de las Prefecturas.

I

Es inconveniente el restablecimiento completo del Régimen Provincial

Hemos querido analizar esta cuestión, antes de estudiar la parte legal que asiste a la supresión de las Prefecturas, porque consideramos de perentorio valor el señalar los inconvenientes precisos que inevitablemente sucederán con el implatamiento del Régimen que hoy se quiere revivir.

a) *Obstáculo económico*.—Acontece en ocasiones que los Legisladores se encuentran en el amplio campo de una felicidad fiscal y creen de su deber el llenar el superávit marcado en las rentas con gastos las más de las veces inoficiosos y que no traen sino perjuicios manifiestos a la buena marcha de los públicos intereses. El Proyecto de Presupuesto presentado a esa Honorable Corporación por el distinguido Secretario de Hacienda del Departamento, Sr. César Piedrahita, expresa un superávit de \$ 133,176-50 oro, y para llenarlo ya se han presentado a vuestra consideración varios proyectos de auxilios, subvenciones, compras, creación de nuevos y numerosos empleos etc. etc. De forma que dolorosamente estamos preparando la bancarrota

fiscal en el próximo año económico, bancarrota que será disculpada con un aumento de cifras en el Presupuesto, que no pasará nunca a ser realidad en el producido. Este furor por llenar en los índices presupuestos las partidas de los gastos, de manera que iguallen éstos a la partida de rentas, es criticable a todas luces, y hemos tenido ocasión de apreciar sus resultados pésimos en las difíciles situaciones económicas que han sufrido nuestras entidades públicas, motivadas por la causa sujerida enantes.

Pero, sin distanciarnos del asunto materia de este estudio, recordamos a nuestros Legisladores Departamentales que mientras la Jefatura Superior de Policía sólo demanda una erogación de \$ 5,520-00 oro en el año económico, para obtener un mal servicio de Prefectos sería necesario un gasto de \$ 19,500-00 oro, sumando a los sueldos de los Prefectos y de los Secretarios, los de los Porteros-escribientes, a razón de \$ 30-00 oro mensuales, y los gastos de escritorio y arrendamiento, a razón de \$ 15-00 oro mensuales para cada Oficina. (En los datos anteriores hemos prescindido de la Prefectura de Urabá).

b) *Supresión de Visitadores Fiscales.*—Pequeña será la enunciación del perjuicio departamental por la supresión de estos empleados. Bástenos anotar que se deben en mucho los magníficos producidos de las Rentas Departamentales a la espléndida intervención de los Visitadores Fiscales. La Renta de tabaco, sobre todo, sufriría considerablemente.

Con respecto a este punto, cabe anotar aquí que los designados para Prefectos no son casi nunca empleados que puedan desempeñar de una manera competente una Visitaduría Fiscal. Además, como ya lo expresó el Sr. Secretario de Gobierno en la exposición que hizo a la H. Asamblea al discutirse en primer debate el Proyecto de Ordenanza en referencia, «los Visitadores tienen funciones especialísimas, en las cuales no pueden ser sustituidos por los Prefectos». Este es el motivo para que en los datos numéricos que hemos dado al final del considerando anterior hubiéramos prescindido de lo que demanda el buen servicio de Visitadurías Fiscales en el Departamento, y sólo hubiéramos tenido en cuenta lo que necesita la Jefatura Su-

perior de Policía para marchar de una buena manera.

c) Con la creación de las Prefecturas se llegaría inevitablemente a la desorganización de la jurisprudencia policiva en el Departamento. Este obstáculo, al parecer pequeño, afecta de manera considerable el establecimiento de las prefecturas. Bien se comprende que podrían fallar de distinta manera en casos semejantes, los empleados aludidos, y vendría a establecerse un *maremágnum* de jurisprudencia, una compilación de principios que traería consigo el desorden en la buena administración de justicia. Las Jefaturas Superiores de Policía, servidas por competentes empleados, señalan una jurisprudencia uniforme y sabia.

d) La estadística de los negocios de que conocerían actualmente los Prefectos, muestra la inutilidad de la creación de éstos. Los siguientes datos manifiestan el fracaso que sufriría el Departamento por el implantamiento del Régimen Provincial. En 70 días correspondían a las Prefecturas los siguientes negocios, de los cuales un 40% son sobreseñamientos: Provincia del Centro, 26 civiles, 489 criminales; Norte, 3 civiles, 26 criminales; Suroeste, 1 civil, 63 criminales; Occidente, 3 civiles, 36 criminales; Oriente, 3 civiles, 29 criminales; Nordeste, 6 civiles, 42 criminales; Antioquia, 1 civil, 8 criminales; Fredonia, 3 civiles, 88 criminales; Aures, 2 civiles, 3 criminales. La Jefatura Superior de Policía en los mismos 70 días ha despachado 1,091 negocios.

Bien se ve, por los datos transcritos, que la estadística rechaza las Prefecturas.

II

Es legal la situación actual del Departamento en lo Relativo a Prefecturas

La Constitución de 1886 ordenó en su artículo 182 que los Departamentos se dividieran en Provincias. Al efecto decía: «Los Departamentos para el servicio administrativo se dividirán en Provincias y éstas en Distritos Municipales». Mas para que no fuera un mandato constitucional, y que este mismo Código diera la facultad necesaria con el fin de que los Departamentos crearan Provincias si lo consideraban preciso,

vino el artículo 49 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que subrogó el 182 citado, y estatuyó la siguiente doctrina: «Los Departamentos se dividen en Distritos Municipales. Para el mejor servicio administrativo la Ley puede establecer divisiones provinciales u otras».

Es de recordar que este artículo fue propuesto a la Asamblea Nacional por la Comisión de Reformas Constitucionales formada entre otros, por los notables Jurisconsultos Hernando Holguín y Caro, Carlos J. Espinosa, Clemente Salazar, M. Gonzalo Pérez, etc. A virtud de este artículo, y en desarrollo del mismo, fue expedida la Ley 88 de 1910 que en su artículo 2º decía: «Las Asambleas Departamentales quedan facultadas para crear o suprimir Provincias, teniendo en cuenta el mayor incremento de los intereses locales».

Como ya hemos visto, los Departamentos en atención al principio constitucional de 1910 y la Ley 88 prealudida, tienen la facultad de crear o suprimir Provincias, pero en ningún caso la obligación de establecerlas. Nótese bien que la Ley 88 habla de la facultad de *suprimir*, y esta palabra tiene las siguientes acepciones: Diccionario de la Real Academia Española de 1914: «Suprimir, hacer cesar, hacer desaparecer». Diccionario de Rodríguez Navás: «Hacer cesar, hacer desaparecer alguna cosa, quitar, anular, detener o impedir el curso de alguna cosa. Extinguir alguna plaza, pensión empleo o dignidad». Diccionario de Zerolo, Toro y Gómez e Isaza: «Suprimir, hacer cesar, hacer desaparecer, quitar, anular, suprimir un empleo, cortar, omitir». Por tanto, tienen las Asambleas Departamentales la facultad de suprimir Provincias que equivale a *eliminar*, *extinguir*, y en esta situación podrían suprimirse todas las Provincias de la Nación, bajo la norma de la Ley 88, hoy la Ley 90 de 1914, sin que estuvieran fuera de la Ley los actos correspondientes.

Posteriormente vino la Ley 4 de 1913 que derogó en su artículo 340 la Ley 88 de 1910, excepción hecha del artículo 67, y consagró en lo relativo a Provincias, el *statu quo* de los regímenes creados bajo la Ley derogada. Los términos del Código Político y Municipal son claros: «Art. 131: Los Departamentos continuarán divididos en Provincias, y éstas con la organización que hoy tienen». Si este artículo, como ya lo hemos expre-

sado, se refiere solo a consagrar el *statu quo*, es aceptable, o mejor, no es rechazable a primera vista. Pero si este artículo impone un mandato; si es imperativo en afirmar que los Departamentos se deben dividir en Provincias; si considera que éstos no sólo tienen la facultad, sino la obligación de establecer el Régimen Provincial, entonces no puede admitirse porque es incompatible con el artículo 49 del Estatuto de 1910, toda vez, que se opone a él, y en virtud del artículo 40 del mismo Acto Legislativo, debe preferirse la Constitución a la Ley.

Pero aun admitiendo el principio de la Ley 4ª de 1913, la situación actual en lo relativo al Régimen Provincial encaja dentro del derecho positivo, puesto que la Ley 90 de 1914 revivió lo estatuido por la Ley 88 de 1910, y consagró por consiguiente, la facultad de los Departamentos para crear Provincias o para suprimirlas parcial o totalmente, si lo consideraba indispensable para la buena marcha de la administración pública. Transcribimos en seguida el artículo único de la Ley 90 de 1914 prenombrada: «Las Asambleas Departamentales quedan facultadas para crear o suprimir Provincias teniendo en cuenta las necesidades y conveniencias de la administración seccional». En vista de este artículo no quedará la menor duda de que teniendo presente la facultad consagrada en él, puede suprimirse por completo el Régimen Provincial, sin que éste sea un estado ilegal, sino al contrario.

Si la Ley 4ª de 1913, en su artículo 131 transcrito, ordena que los Departamentos se dividan en Provincias, esta disposición está tácitamente derogada por el artículo único de la Ley 90 de que trata el párrafo anterior, porque esta última norma, como ya lo hemos comocido, señala una facultad para hacer o no hacer una cosa, mientras que con la interpretación que se le quiere dar a la Ley 4ª, ésta no reconoce la facultad, sino que la contradice volviéndola un mandato. Nuestra afirmación de que está tácitamente derogado el artículo 131 de la Ley 4ª de 1913 por el artículo único de la Ley 90 de 1914, se funda en el principio de que cuando dos disposiciones tienen una misma especialidad o generalidad prefiere la disposición posterior, y en el caso actual es posterior la Ley 90 de 1914, cuya

doctrina invocamos en provecho de la tesis que defendemos.

Hemos llegado, por tanto, a las siguientes conclusiones:

1º Es legal la actual situación en lo relativo a Régimen Provincial;

2º Pueden suprimirse, dentro de la Ley, todas las Prefecturas y Provincias de la Nación, sin que esto sea una trasgresión de los principios legales, y

3º Los Departamentos pueden dividirse en Provincias si lo considera preciso para la buena marcha de los intereses locales la Honorable Asamblea Departamental.

Dejamos terminada nuestra misión, y esperamos que vosotros le haréis al Centro Jurídico el especial honor de prestar vuestra atención a las consideraciones que os hemos hecho con profundo respeto y verdadero acatamiento.

Medellín, Marzo 15 de 1917.

Honorables Diputados.

JOSÉ MANUEL MORA V.—JOSÉ R. VÁSQUEZ.

VARIA

RECIENTEMENTE le ha conferido la Universidad Nacional a nuestro apreciado amigo Sr. León Cruz Santos, alumno distinguido que fue de la Universidad de Antioquia, el Título de Doctor en Jurisprudencia. Versó su Tesis sobre Actos de Comercio, una de cuyas partes publicamos en esta entrega. Felicitámoslo cordialmente.

A última hora hemos sabido la muerte del Sr. padre de nuestro amigo, D. Rogelio Cruz, por la cual le expresamos el más sincero sentimiento.