

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

FUNDADA EN 1912

DIRECTOR: EMILIO ROBLEDO URIBE.

ADMOR: LUIS F. ORTIZ R.

Serie XII

Medellin, Noviembre de 1927

Nro. 140

MONOGRAFIA

Nullidad y rescisión en los contratos. A los distinguidos profesores Srs. Drs. Francisco E. Cobar y José Luis Molina M.—Primer premio en las monografías de 1926.

(Conclusión).

No vemos bien por qué esas donaciones o contratos restringen la libertad de testar, como lo dice el doctor Fernando Vélez, porque el artículo se refiere bien claramente a los legitimarios, y como bien sabemos, éstos son herederos forzosos. Con todo, la cuestión varía cuando se trata de desheredar. Pero como eso no es de nuestro estudio, no entramos a analizar la cuestión.

Art. 1.521: «Hay un objeto ilícito en la enajenación:

- «1.º De las cosas que no están en el comercio;
- «2.º De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;
- «3.º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;
- «4.º De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio».

Como regla general, podemos decir que este artículo se refiere a consideraciones de orden público.

Hay objeto ilícito en las cosas que están fuera del comercio. Antes dijimos que una de las condiciones que fija el Código para que una cosa sea lícita como objeto de una obligación, es la comerciabilidad de él.

Por tres (3) causas una cosa puede estar fuera del comercio:

1. Por su naturaleza misma;

II. Por ser de uso común, como el aire, la luz, etc., y

III. Por voluntad del legislador, en consideración al bien social.

La ilicitud del objeto puede ser también parcial, si así podemos llamarla, cuando las leyes mismas lo someten a disposiciones especiales. Como ejemplo de esta clase de ilicitud, podemos poner los mismos numerales 3.º y 4.º del Art. 1.521.

Los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

Bien clara es la razón de esta disposición prohibitiva, por que tales derechos o son personalísimos, como el de alimentos, o por la naturaleza de ellos, no son enajenables, como el derecho a la vida; y en el primer caso es la voluntad del Legislador, en consideración a la naturaleza misma del derecho, y en el segundo, la misma lógica, las razones que no permiten pensar siquiera en la transmisión de esos derechos;

Los dos numerales restantes, como dijimos, sólo establecen una ilicitud parcial, porque no hacen sino someter los objetos en ellos comprendidos, a disposiciones especiales como son el consentimiento del acreedor o el permiso del Juez, para el numeral 3.º o sólo ésta última, en el caso del 4.º.

Art. 1.523: «Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes».

Verdadero resúmen de las disposiciones antes copiadas es el precepto que contiene este artículo, y, bien clara es su razón filosófica: el Legislador sagaz, previsor y buen tutor del orden social (?), debe prohibir, y eso es lo que hace, todo aquello que directa o indirectamente pueda afectar ese orden; por esto prohíbese que se estipulen intereses de intereses.

POSIBILIDAD.—Entre los romanos existía el principio de que era nula la obligación imposible (*impossibilium nulla est obligatio*). Ese principio pasó al derecho moderno, y está consagrado en nuestro Código.

Este hace una división partiendo de la clase de objeto: 1.º cuando es una cosa, y 2.º cuando es un hecho; y como sólo con relación a esta segunda clase se da imposibilidad, de ella nos ocuparemos.

Física y moral puede ser la imposibilidad, según el inciso 3.º del Art. 1.518. El mismo inciso dice que es necesario, para que un hecho sea objeto de una obligación el que tenga esas condiciones; de manera que la posibilidad física y moral es un elemento esencial del objeto y por lo mismo una obligación.

Un hecho es físicamente posible cuando no es contrario a las leyes de la naturaleza física; y moralmente, cuando es conforme con las leyes, las buenas costumbres o el orden público. De aquí que el objeto imposible produzca la nulidad absoluta de dos maneras: o por carencia del objeto, puesto que a esto queda reducido el objeto físicamente imposible; o por ilicitud del mismo, en cuanto a la moralidad.

El Dr. Fernando Vélez observa que la imposibilidad debe existir para todo el mundo y no para el deudor solamente, es decir, no ser relativa. Respetando la autoridad de nuestro gran

civilista, y refiriéndose a la imposibilidad física, en la observación a que aludimos, creemos que esa observación sobra, según la definición que de imposibilidad física nos da el Código: «Es físicamente imposible lo que es contrario a la naturaleza», porque lo antinatural no reconoce excepción en persona, a no ser que se trate de un milagro.

La moralidad del hecho, como acabamos de ver, se confunde con la licitud del mismo, y por miedo a repetir, no hacemos más consideraciones, que las hechas al estudiar la licitud.

DETERMINACION.— Si el objeto es una cosa debe ser determinado.

La determinación del objeto es necesaria para que pueda existir la obligación, porque hablar de obligación con objeto indeterminado es un absurdo.

Esta condición, que también existía en el Derecho Romano, no necesita explicación, pues la tiene en sí misma.

Pero no es necesario que la determinación sea individualizando el objeto, sino que puede serlo en cuanto al género, y cuando se trata de cantidad, basta con que sea determinable, pudiendo hasta ser incierta, con tal que en el acto o contrato se fijen reglas o contenga datos que sirvan para su determinación.

La palabra género que emplea el inciso primero del Art. 1.518, para indicar en cierto modo la indeterminación, no está tomada en el sentido verdadero o filosófico que ella tiene, sino como significativa de especie.

COMERCIABLE.— No repetimos lo dicho sobre esta condición al hablar de la ilicitud del objeto, *pues todo* lo que está *por estar* fuera del comercio, es ilícito.

Veamos, además, otras condiciones, que se desprenden lógicamente de las disposiciones contenidas en el Código con relación al objeto de la obligación. Son dos, y se relacionan con el momento en que debe existir el objeto.

PRESENTE Y FUTURO.— El objeto de la obligación debe tener existencia real, porque de lo contrario la obligación sería nula absolutamente.

Para la realidad del objeto trae una excepción el Art. 1.518, cuando en el inciso primero dicen que pueden ser objeto de una obligación las cosas que se espera que existan, excepción ésta que se refiere más bien a ampliar esa disposición y no a variar la regla general en ella contenida.

Dice el Dr. Fernando Vélez que respecto a las cosas tuturas pueden existir dos casos:

«1º.— Que el objeto de la obligación propiamente sea la esperanza de que la cosa exista, caso en que el contrato será aleatorio, (Art. 1.498). Esto no puede resultar sino de que se diga expresamente, o de la naturaleza del contrato, porque de éste aparezca, por ejemplo, que se compró la suerte (Art. 1.869). . . .

2º.— Que el objeto de la obligación no sea la esperanza sino la cosa misma. Entonces el contrato se entenderá hecho bajo la condición de que la cosa exista. Luego si no existe o se ve que es imposible que exista, no habrá contrato».

CARENCIA ABSOLUTA DE OBJETO.— El legislador, sa-

bio como hay que considerarlo, aun cuando a veces confuso, ha tenido el cuidado de fijar en reglas cortas y precisas las relaciones que resultan de los vínculos jurídicos con que se ligan las personas, y los efectos que producen las obligaciones que de él nacen, como los actos o contratos que se amoldan a sus disposiciones. Y en materia de nulidad ha observado esta regla y mostrado buen método, no igualado por el Legislador Francés.

En observancia de esas reglas, se ha cuidado de las repeticiones, por ejemplo, de la de consignar en un artículo que la carencia de objeto produce nulidad absoluta.

De cierto modo podría decirse que si consignó tal disposición en el Art. 1.502, pero fácil es responder que en él no se enumeran las causas que producen la nulidad absoluta, aunque sí los cuatro elementos que toda obligación debe contener necesariamente.

El único artículo en que se nos habla de causas de nulidad, es el 1.741, y en él, como se veía, sólo se dice, con relación al objeto, que la produce el objeto ilícito. Pero no erró al escoger el camino de la no repetición, porque bien claramente se deduce, de las disposiciones que al objeto se refieren, que la carencia de causa produce nulidad absoluta.

Y en cuanto a que pueda darse obligación, o mejor, ausencia de obligación, sin objeto, creemos que no haya duda.

Veamos ahora cómo se deduce:

En primer lugar, del artículo 1.052 citado, porque los cuatro elementos por él enumerados son esenciales para que el acto o declaración de voluntad sea perfecto o pueda dar nacimiento a la obligación.

En segundo, porque siendo esencial el objeto, su falta da por resultado la no existencia de la obligación; y como el objeto de la nulidad absoluta es impedir la existencia de la obligación, se confunde la obligación que no existe y la obligación nula absolutamente.

Y en tercero y último, porque el Código coloca al hecho ilícito y al imposible en una misma línea: según lo que antes vimos, si el objeto de la obligación es imposible, la obligación no existe, es nula absolutamente; de la misma manera y a la inversa, que el objeto ilícito produce la nulidad absoluta de la obligación, es decir, impide que ella nazca; luego lo mismo es que el objeto sea imposible que ilícito: ambos producen la nulidad absoluta.

Siendo la imposibilidad lo mismo que carencia, es del todo lógico que la falta del objeto produce nulidad absoluta.

En el orden en que el artículo 1.502 enumera los elementos esenciales de una obligación, ocupa la causa el cuarto lugar.

Causa es, según el inciso 2º. del Art. 1.504, el motivo que induce al acto o contrato.

Confusa es esa definición, porque con ella no podemos saber, en un momento, cuál es el motivo, porque el acto o contrato puede tener varios, que deben tenerse como causa, y por lo mismo debe ser lícito, para que pueda existir o ser válido el acto

o contrato. Es, pues, del todo necesario precisar el concepto de causa para analizar la licitud de ella.

Para ello tomemos el contrato de compraventa, por ejemplo, y veamos cuál es la causa que mueve al vendedor y cuál la que mueve al comprador.

Ese contrato es bilateral: produce obligaciones recíprocas para los contratantes; tanto el vendedor como el comprador son acreedores y deudores a la vez. La obligación del vendedor es entregar la cosa vendida, y la del comprador la de pagar el precio.

Cuál es la causa de la obligación del vendedor?

Generalmente se contesta a esta pregunta diciendo que es la de obtener del comprador que se obligue a pagar el precio, y como consecuencia, que la causa de la obligación del vendedor es la obligación del comprador, puesto que pagar el precio es la obligación de éste, y viceversa.

Pero con todo el respeto que se merecen los que así dicen, no participamos de esa opinión, porque la consecuencia de que la causa de la obligación del vendedor sea la obligación del comprador y viceversa, es errónea, porque si así fuera, una de ellas tenía que nacer antes que la otra, y como se sabe no es así; y porque como nacen al mismo tiempo, cada cual sería a la vez causa y efecto, lo cual es un absurdo.

No puede decirse, si se analiza con cuidado, sino que la causa de la obligación del vendedor es la voluntad de obtener de la otra parte, el comprador, la ejecución de la prestación que ha prometido, porque así no se incurre en el manifiesto absurdo de que el efecto y la causa estén en un mismo sujeto.

La obligación del comprador dijimos, es la de pagar el precio y la causa de su obligación, aplicando el razonamiento anterior, es la voluntad de obtener la entrega del objeto, que es la prestación que promete el vendedor.

De aquí que la causa no sea simplemente el motivo que induce al acto o contrato, sino el fin próximo y directo, el fundamento inmediato que determina a una persona a obligarse.

El motivo que induce al acto o contrato, en nada influye para su existencia o validez; puede variar indefinidamente, y es el fin indirecto, el fundamento mediato que determina a una persona a obligarse.

Precisada la noción de causa, veamos cuáles son las condiciones que ella debe reunir para que pueda dar nacimiento al acto o contrato. Esas condiciones nos las enumera el artículo 1.524, cuando dice: «No puede haber obligación sin una causa real y lícita»; y agrega: «pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es suficiente».

Es necesario, pues, que la causa sea real y lícita, pero no es necesario expresarla.

CAUSA REAL.— La realidad exigida para la causa se confunde, en nuestro concepto, con la existencia de la misma. Por ejemplo: si un individuo que siempre se ha ocupado en el comercio, le firma a otro, con quien ha tenido bastantes negocios, un documento, reconociéndole una deuda; pero después, ese in-

dividuo se convence de que nada le debe a su presunto acreedor. Entonces, el hecho de haber firmado el documento, no puede hacer nacer en él obligaciones de deudor, porque la causa de su obligación, la deuda, no existe. Por lo mismo, esa obligación es nula por falta de causa.

Como dijimos atrás, el motivo de una obligación para nada influye en su existencia; por consiguiente, puede ser real o no (existe o no) y la obligación será válida.

Causa falsa o errónea es lo mismo que causa que no existe, con relación a una obligación determinada. Lo que hay, en realidad, es error en la apreciación.

Causa falsa o errónea es también lo mismo que causa simulada, adicionando ésta con el hecho de haberse ocultado maliciosamente el verdadero fundamento de la obligación. De aquí se deduce que los contratos simulados siempre son nulos absolutamente, porque la causa de ellos no existe, no es real.

CAUSA ILÍCITA.—La causa, además de ser real, debe ser lícita. Es ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Art. 1.524).

Un ejemplo de causa prohibida por la ley nos lo da el artículo 1.533. Según él, la condición negativa que consiste en que el deudor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición. Entonces, si una persona se compromete a dar cierta suma de dinero porque otra termine con ciertas relaciones ilícitas, su compromiso no genera obligación alguna, porque ella adolecería de causa ilícita por inmoralidad; no hay obligación porque es nula absolutamente. De la misma manera es nula la obligación que contrae una persona al prometer dinero a otra porque deje el vicio del juego, porque éste es un hecho prohibido por las leyes.

La ilicitud de la causa producida por contrariar las buenas costumbres, tiene la misma razón que la del objeto en iguales circunstancias; y como esto ya lo dijimos, no hay para qué repetirlo.

La causa que es contraria al orden público es ilícita porque las disposiciones de esta clase, aun cuando tienen por fin inmediato el interés individual, tienen relación muy estrecha con aquello que mira a la buena marcha y organización de la sociedad; forman el sistema jurídico fundamental.

El Dr. Fernando Vélez dice, y con razón, que la frase «disposición de orden público» se refiere tanto a las que tienen el carácter de tales, como a las de derecho público, que son las que tienen por fin inmediato la organización del Estado.

Preciso es también distinguir la causa de la obligación, de la causa del contrato, porque en los contratos bilaterales se dan siempre dos o más causas.

Por demás está decir que es sutil esa distinción, pero no por eso deja de tener importancia, sobre todo cuando se trata de la nulidad absoluta producida por la causa ilícita.

En efecto: tomando el contrato de compraventa, tipo de los bilaterales, vemos que son diferentes esas causas.

Un individuo compra un caballo.Cuál fue la causa que lo

determinó a comprar? La buena formación del animal, la necesidad de hacer un largo viaje, etc; y cuál la que lo determinó a pagar el precio?, la voluntad de obtener del vendedor, la entrega del caballo.

Según esto, causa de la obligación es el fin próximo y directo, la voluntad de obtener la ejecución de la prestación prometida, que determina a una persona a obligarse. Y causa del contrato, es, el fin mediato e indirecto que determina a una persona a obligarse.

Hicimos esta distinción, aun cuando en rigor no es necesaria, pero sí importante, porque antes habíamos hecho la distinción entre lo que es causa de la obligación y motivo de la misma, como también dijimos que la primera influye directamente en la validez del contrato o del acto, al paso que la segunda no.

En último término, causa del contrato es lo mismo que motivo; y causa de la obligación, lo mismo que causa simplemente.

CARENCIA DE UN REQUISITO O FORMALIDAD DE LOS QUE LA LEY PRESCRIBE PARA EL VALOR DEL ACTO O CONTRATO, EN CONSIDERACION A LA NATURALEZA DE EL.—En tercer lugar hemos colocado esta causa de nulidad absoluta, no porque le restemos importancia, sino por seguir el orden lógico que trae el artículo 1.741 del Código, en el cual está colocada después del objeto o causa ilícita.

Creemos más que necesaria, esencial, la distinción que debe hacerse entre los términos formalidad y requisito, porque no pueden ser sinónimos, como parece que lo fueran en el artículo que enumera las causas de nulidad absoluta.

La palabra *requisito* viene del Latín *requisitus*, y significa todo aquello que es fundamental, necesario para la existencia misma de la cosa. Y aplicando este significado al lenguaje jurídico, según el artículo 1.741, se refiere a todos aquellos elementos que la ley exige para que los actos o contratos puedan tener existencia jurídica.

En cambio, la palabra *formalidad* viene del Latín *formalis*, y significa aquello que se refiere a la forma. Y dándole la aplicación que le corresponde, significa aquel elemento externo de forma que, según la ley, es también necesario para la existencia del contrato o del acto.

Y como en esta parte nos proponemos analizar la carencia de algún requisito o formalidad de aquellos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato, en consideración a su naturaleza, como causa de nulidad absoluta, tenemos necesidad de separarnos transitoriamente de aquella diferencia, porque no cabe en este lugar, pues lo que vendría a ser forma, es una verdadera solemnidad.

Advertimos además, cuán grande es la diferencia que hace el Código respecto de las solemnidades que exige para la validez de los contratos o actos en consideración a la naturaleza de ellos, y las mismas, con relación a la calidad o estado de las personas que ejecutan o celebran el acto o el contrato, porque las primeras, sin duda alguna, producen nulidad absoluta, al pa-

so que las segundas, según el artículo 1.741 no la producen sino relativa.

El Art. 1.501 nos distingue las cosas que son *esenciales*, *naturales* y *accidentales* en un contrato, señalando como tales aquellas sin las cuales el contrato no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente, o las que sin ser esenciales, le pertenecen sin necesidad de cláusula especial, o aquellas que esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales expresas, respectivamente.

Según el Art. 1.502, los requisitos esenciales para toda obligación son cuatro: capacidad de los contratantes, consentimiento sin vicio, objeto lícito y causa lícita.

En el Art. 1.741 encontramos una clasificación de las cosas esenciales en todo contrato, y vemos allí una diferencia con la del artículo 1.502, porque en aquél no se comprende la incapacidad, exceptuando la absoluta, como causal de nulidad absoluta. Pero no era necesario que aquel artículo lo dijera, porque la capacidad es una regla común para todos los actos o contratos.

Con relación a la clasificación que ofrece el Art. 1.501, diremos que a nada conduce, porque de los requisitos esenciales y los accidentales, que a eso se reduce ese artículo, (*porque de los requisitos esenciales y accidentales*) sólo se habla en el artículo 140 del Código y el 13 de la Ley 153 de 1837.

Dijimos que los requisitos se reducían a esenciales y a accidentales, y es por esto:

Las cosas que son de la esencia de un contrato, son aquellas que son necesarias para que él tenga existencia, para que sea válido; a ella se refiere la primera clase de las indicadas por el Art. 1.051, con la misma palabra esencial.

Para reducir las naturales y accidentales a las últimas, veamos algunos ejemplos:

Las cosas naturales se entienden pertenecer al contrato sin necesidad de cláusula especial, no obstante no ser esenciales, como el saneamiento en el contrato de compraventa. Según el Art. 1880 el saneamiento es una de las obligaciones del vendedor, de la cual puede eximirse por estipulación expresa según el Art. 1.909. Entonces, si nada se dice en el contrato de compraventa, el saneamiento que es una de las cosas que pertenecen naturalmente a este contrato, es un derecho para el comprador y una obligación para el vendedor.

Por el contrario, las cosas accidentales en los contratos, necesitan ser puestas expresamente por los contratantes, pero una vez puestas, es claro que hacen nacer un derecho para el uno, y una obligación para el otro, como sucede con el pacto de retroventa.

De manera, pues, que las cosas naturales y las accidentales, se reducen a los derechos y obligaciones que producen los contratos. Y por lo mismo, lógica es la reducción de esas cosas a accidentales solamente.

Recordando la clasificación de las leyes imperativas, prohibitivas y permisivas; y procurando acomodar a una de estas tres clases de leyes las disposiciones que exigen requisitos o forma-

lidades, vemos que ellas cuadran perfectamente en las imperativas, porque como dejamos dicho, éstas nos mandan que hagamos, significado que les es propio a las disposiciones que exigen requisitos o formalidades para la validez de los actos o contratos.

Y, abriendo un paréntesis, nos permitimos aclarar o completar un concepto, si quedó oscuro o incompleto, al tratar de la división de las leyes.

Dijimos allá que la ley prohibitiva entraña siempre nulidad absoluta, excepto cuando se fija, para la contravención, una sanción diferente. Pero aun cuando esa regla es absoluta, es necesario tener sumo cuidado al analizar una disposición de aquellas que sólo tienen el carácter de prohibitivas aparentemente, porque lo que en realidad existe, es que esas disposiciones sólo exigen ciertas formalidades, y como hemos visto, éstas no se refieren sino a la forma, a la parte externa del contrato, puesto que ellas no se piden como solemnidades que sean necesarias para la validez del contrato. Y como en este caso no hay disposición prohibitiva, no producen nulidad absoluta la contravención a las disposiciones que tienen apariencia de tales. Tal es, por ejemplo, la obligación que se impone a los tutores y curadores de vender los bienes raíces de pupilo en pública subasta, y previa autorización del Juez.

Hecha, pues, la distinción entre requisito y formalidad y deducido que la falta de los primeros produce nulidad absoluta y la de los segundos nulidad relativa, aunque no siempre, nos ocuparemos por ahora, de los requisitos y de las formalidades que se exigen en consideración a la naturaleza del acto o contrato. Al tratar de cada uno de ellos, señala una serie de requisitos especiales que miran a la naturaleza, y otros generales, que miran, casi siempre, a la capacidad. Esto no impide que en ocasiones exija sólo requisitos especiales.

Pero bien puede el Legislador —y eso no es lo que ocurre—, exigir formalidades so pena de nulidad absoluta, para ciertos actos y contratos, por consideraciones de orden público la mayor parte de las veces, y que vienen a constituir, como ya lo dijimos, un elemento que es necesario como solemnidad, y por lo mismo, como elemento para la validez. Tal es el caso de la escritura pública, para la enajenación de los bienes raíces, y otros contratos relacionados con ellos; para los testamentos, la presencia del Notario y tres testigos, o ante cinco testigos hábiles, en tratándose de solemne y abierto, etc., etc.

El Art. 22 del Código dice: «En los casos en que los códigos o las leyes de la Unión exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en asuntos de la competencia de la Unión, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas».

Y el 1.760 del mismo: «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.

«Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes».

Estos artículos corroboran lo que acabamos de decir, puesto que se refieren a actos o contratos solemnes, es decir, aquellos que, para existir legalmente, requieren ciertas formalidades, sin las cuales no producen ningún efecto, puesto que no son legales, según el artículo 1.500.

Entre actos y contratos solemnes, encontramos los siguientes, que traemos por vía de ejemplo:

La legitimación. Para ella, nos dice el artículo 239, fuera de los casos de los artículos 237 y 238, el matrimonio posterior no produce *ipso jure* la legitimación de los hijos, sino que es necesario, para que ella se produzca, que los padres designen en el acta de matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren el beneficio de la legitimación.

Para la adopción es necesario el otorgamiento de escritura, que además de las formalidades necesarias para la validez de esa clase de documentos, debe llevar la firma del Juez que concede el permiso para adoptar, y la del adoptante.

La tradición de un derecho de servidumbre debe hacerse, so pena de nulidad, por escritura pública.

Y para no cansar con ejemplos, indicaremos el más común de los contratos en el cual se exige la escritura pública bajo la sanción de nulidad absoluta, y es la compraventa de bienes raíces.

Sólo por motivos de orden público, pues el contrato de venta en sí es consensual, se perfecciona por el sólo consentimiento (Art. 1.500), ha querido el Legislador que aquellos contratos que tienen por objeto la enajenación de un bien raíz, consten por escritura pública.

INCAPACIDAD ABSOLUTA DE LAS PERSONAS QUE CONTRATAN O DE UNA DE ELLAS.—En materia de capacidad y en algunas otras, el Código presume la regla general, y declara las excepciones. En esta parte, ya que tratamos de la nulidad absoluta, nos proponemos estudiar lo relativo a la incapacidad de esa clase, pues la relativa la veremos al tratar esa nulidad.

Dice el Art. 1.504: «Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

«.....»

En el primer inciso de este artículo copiado observamos que sobra una coma, y es la que se coloca después de la palabra sordomudo, porque la frase «que no pueden darse a entender por escrito» es determinativa, y se refiere a sordomudo. Este exceso de puntuación es inconveniente porque en ese inciso se en-

tiende que la incapacidad absoluta de los dementes y de los impúberes, sólo existe cuando no pueden darse a entender por escrito, lo cual es absurdo.

El Código, en el Art. 1.502, inciso segundo, define la capacidad así: «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra».

Luego toda persona que no pueda obligarse por sí misma es incapaz.

En absoluta, relativa y especial se divide la incapacidad, y los fundamentos de cada una de esas, son bien claros: en las primeras la ley ha considerado que existe una inhabilidad natural; no así en la relativa ni en la especial, porque para aquéllas tomó en consideración el orden público, y para éstas, su voluntad, unida a consideraciones diferentes, dada la incapacidad que establece.

Veamos las incapacidades absolutas.

DEMENTES. — Todos los comentadores están de acuerdo al afirmar que la palabra demente está tomada por el Código en un sentido más amplio, puesto que en ella se comprende todo lo que diga relación a enfermedad mental.

El consentimiento es elemento esencial para que haya acto o contrato, y en general obligación; y el consentimiento presupone inteligencia clara, que conozca, y voluntad libre que determine el acto del consentimiento, el querer. De lo contrario, no hay consentimiento.

Pero la ley exageró al considerar en un mismo pte. al mismo nivel, a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, porque en éstos las facultades intelectivas y volitivas no funcionan, por regla general.

Pero la dificultad de la cuestión no está en que la ley considere como incapaz absolutamente a un demente, sino en saber cuándo existe ésta, y si para que un demente sea incapaz absolutamente es necesaria la interdicción.

Negamos que la incapacidad absoluta del demente necesite de previa interdicción judicial, porque en el presente caso se trata de perturbación del entendimiento y de la voluntad, que es natural, y por lo mismo, no se trata de efectos sino de causas.

No se trata de efectos sino de causas, porque antes de la interdicción es necesario probar la demencia, lo cual no sucede cuando existe ésta, porque entonces basta presentar el decreto para que se presuma de derecho que el acto o contrato por el demente celebrado, es nulo absolutamente.

Por último el Art. 8º de la ley 95 de 1.890, que dice: «El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos», vino a despejar el estado caótico en que se hallaban los imbéciles en nuestra legislación, en cuanto a su capacidad, porque no podían considerarse como absolutamente incapaces, pues no estaban comprendidos en la enumeración taxativa del inciso primero del Art. 1.504, ni podían comprenderse entre los incapaces relativa-

mente, por la misma razón, y por lo absurdo que sería reconocer un efecto menos grave a una causa más grave, ni entre los capaces por todas las razones dadas para sostener la incapacidad del demente.

Ese artículo vino a comparar al imbécil con el demente para la privación de la administración de sus bienes, y no podríamos, ampliando un poco la interpretación, decir que para la incapacidad?

IMPUBERES. — En estos como en los dementes no se da un perfecto funcionamiento de las facultades intelectivas y volitivas, no por perturbación sino por falta de desarrollo.

El Art. 34 llama impúber al varón que no ha cumplido 14 años y a la mujer que no ha cumplido 12.

La distinción que se hizo en Chile, en sentencia de 1879, citada por el Dr. Fernando Vález, al decir que la incapacidad absoluta de los impúberes no es para adquirir sino para obligarse, es un poco sutil, y en nuestro concepto, no debería hacerse, porque en los impúberes el juicio es tan imperfecto para adquirir como para obligarse.

La falta de desarrollo suficiente para consentir que se da generalmente en los impúberes; es fundamento suficiente para que la ley los llame incapaces absolutamente y, por lo mismo, para que sus actos o contratos no existan.

SORDOMUDOS. — Como dijimos, el fundamento de la incapacidad absoluta de los sordomudos es bien diferente del de la de los dementes e impúberes. Para hacer tal declaración la ley sólo tomó en cuenta la dificultad de comunicación con sus semejantes, la cual se deduce de la excepción hecha para los que pueden darse a entender por escrito.

Esta diferencia de fundamento se explica, porque en el sordomudo pueden estar desarrolladas suficientemente las facultades intelectiva y volitiva, todo lo contrario de lo que pasa con los dementes y los impúberes.

La exteriorización del consentimiento que exige la ley es necesario tenerla en cuenta, porque se presume que hay el consentimiento interno, y porque los hombres no legislan para las conciencias. Y si un sordomudo no puede darse a entender por escrito, le queda muy difícil manifestar su consentimiento claro y perfectamente. Esto tiene como única excepción la manifestación externa del consentimiento, en tratándose del matrimonio, porque en éste contrato la ley permite que se manifieste por señales, cosa que puede hacer el sordomudo; pero esto no ocurre en los demás actos de la vida civil en los cuales debe manifestarse la voluntad de palabra o por escrito.

Los sordomudos incapaces absolutamente son hoy muy reducidos debido a los adelantos de la pedagogía que ha ideado métodos verdaderamente apropiados para dar alguna educación a esos individuos.

NATURALEZA DE LA NULIDAD ABSOLUTA. — Hasta ahora creemos haber estudiado las causas que producen la nulidad absoluta. Para continuar con método, debemos hablar de

la naturaleza de la nulidad absoluta, para ver en seguida los efectos que produce.

Sin causa no puede haber efecto.

Qué es lo nulo? Lo que no tiene valor, aquello que no ha existido: es la carencia absoluta de existencia.

Al Código le bastó decir que aquellos actos o contratos a los cuales falta alguno de los requisitos esenciales para que existan, son nulos. Pero, no obstante, quiso agregarle — para los requisitos y algunas formalidades — la palabra *absoluta*, que indica el máximo de la afirmación o de la negación, y en nuestro caso es esta última.

Si la nulidad absoluta es, según el significado y la aplicación que le da el Código, la inexistencia, es necesario concluir que sólo hay una clase de nulidad absoluta, porque de lo contrario vendríamos a caer en inconsecuencia al asignar a los efectos de cuatro causas idénticas, una naturaleza distinta.

Para que haya obligación es necesaria la concurrencia de todos los requisitos que enumera el artículo 1.502 del C. Civil. De manera que la falta de uno de ellos produce la nulidad absoluta de la obligación, o mejor, no la deja nacer, porque le falta un componente, algo que es de su esencia.

De aquí la *unidad* de la obligación en sí, y de su indivisibilidad en cuanto a su existencia y valor.

Pero fuera de la falta de un requisito esencial, produce nulidad absoluta, según el Código, la falta de una formalidad esencial, exigida por la ley, para el valor del acto o contrato, en consideración a su naturaleza, y casi siempre, por consideraciones de orden público. Y aquí, el querer del Legislador viene, ni más ni menos, a constituir un requisito, tomando esta palabra en su verdadero significado, porque la voluntad del hombre y la del Legislador, la ley, son las únicas causas o fuentes de derechos y obligaciones, pero con la advertencia de que una de esas fuentes o causas no lo es en sí misma, sino con fundamento en la otra; la voluntad del hombre debe fundarse en la ley, porque si no es así, ella no reconoce existencia al derecho o a la obligación.

Si lo nulo absolutamente es lo que no existe, como acabamos de ver, erró el Legislador al decir, en el Art. 15 de la ley 95 de 1.890, que la nulidad absoluta no puede sanearse ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años.

Y erró, porque lo nulo es lo que no existe, aún tomando la palabra empleada por él, según su significado, y porque como dice el Sr. Fabres: «El tiempo no puede por sí mismo dar vida a lo que exige la obra del hombre para existir: puede crear un derecho o una obligación, porque la ley lo autoriza para ello, pero no puede crear un acto o un contrato que no ha existido. La venta de un fundo por escritura privada, seguida de la entrega y el transcurso de treinta años, confiere al comprador el dominio, de la misma manera que se lo conferiría el hecho material de la misma manera que se lo confería el hecho material. El contrato de venta no ha contribuido entonces con un ápice para la adquisición del dominio: no es, por consiguiente, el contrato

el que se ha saneado, es sólo el tiempo el que confirió el derecho por disposición de la ley. Aquí la prescripción no está fundada en título. Tan cierto es que el tiempo no sana un acto no ejecutado, en vano contara cincuenta años de fecha, no se ha será válido; y aunque fue para casos semejantes para lo que se inventó la regla catoniana que venimos examinando, la legislación la aceptó no obstante, más tarde, como general para todas las nulidades absolutas. Quítese al tiempo la fuerza de crear por sí sólo el derecho y la obligación, y veremos cómo desaparece el saneamiento del acto o contrato nulos. Supóngase la venta de una parte del alta mar, del derecho de administrar justicia (contratos nulos por ilícito del objeto) y agréguese el transcurso de cien años, se habrá saneado el título o el contrato? no, porque ambas cosas están fuera del comercio, son imprescriptibles: el tiempo no es poderoso para constituir el dominio o el derecho. No se puede decir entonces, en nuestro caso que el tiempo sana, sino que crea, porque no puede sanearse lo que no existe».

EFFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA. — Antes de hablar de los efectos que produce la nulidad absoluta (?), creemos en un todo necesario estudiar la declaración de la misma.

Dice el artículo 15 de la Ley 95 de 1.890: «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que haya ejecutado o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y a petición del Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.

Interesantes son estas reglas, motivo por el cual hablaremos ligeramente de ellas.

I. — Verdadera excepción a la regla de que el Juez no puede fallar sino sobre aquellos puntos que se le presentan en los litigios, es el primer principio consagrado por aquel artículo; pero esta excepción es tanto más puesta en razón, cuanto que la nulidad absoluta entraña siempre una infracción de las leyes imperativas que miran al orden público y de las prohibitivas.

Según la definición de cada una de esas clases de leyes, se ve bien que quedan comprometidos, desconocidos el interés social y el orden público; y el Legislador en ningún caso podría consentir o permitir que los individuos pudieran, de una manera manifiesta, contravenir las instituciones fundamentales de la existencia de la sociedad misma.

Pero es necesario, como dejamos dicho, que la nulidad aparezca de manifiesto, estableciendo así una atenuación a tal excepción.

II. — «Todo el que tenga interés en ello» puede pedir la declaración, excepto el que ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Inútil es la acción de nulidad, dice el Sr. Fabres, porque lo nulo es lo que no existe, y lo que no existe no puede estorbar el ejercicio de los derechos que cada cual tenga, y porque los de-

rechos no nacen o mueren con esa declaración, por cuanto no han desaparecido, ni nacido o existido.

Muy sutil es el argumento del Sr. Fabres, para concluir que la acción de la nulidad es inútil, pero esa sutilidad no le quita el valor verdaderamente filosófico que tiene el argumento, porque como lo veremos dentro de poco, —aunque prometimos hablar de los efectos de la nulidad absoluta, pero es que no se puede decir de otra manera, —lo nulo no produce efectos; y como para destruir éstos es para lo que se da la acción, no existiendo ellos, ninguna razón de ser tiene la acción.

Quién puede tener interés en la declaración de nulidad de un acto o contrato?

La contestación no se hace esperar: o los mismos contratantes, o quien los ejecuta. Pero también puede darse interés en terceros, como en los herederos de aquel que ejecutó el acto o celebró el contrato, los cuales según el artículo 15, pueden pedir la declaración.

Pero aquel que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, no puede pedir la declaración, como castigo de la misma ley a la infracción de las disposiciones fundamentales del orden público y de la estabilidad social.

Y si es útil la acción, para qué la concede la ley? Para destruir situaciones de hecho verdaderamente anómalas que originan un acto o contrato nulo, cuando se ha ejecutado; y para prevenir así el desconocimiento de derechos, cuando la nulidad no puede ser declarada de oficio por el Juez, es decir, cuando no aparece de manera manifiesta.

III.—La declaración de la nulidad puede pedirse por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.

El Dr. Fernando Vélez al explicar esta regla, y después de citar al Sr. Fabres, se produce así: «De modo que si el representante de una persona jurídica política, como el Procurador de la Nación, tiene conocimiento de un contrato que viole la moral o la ley positiva, tales serían uno para establecer casas de juegos prohibidos o casas de prostitución, o para perjudicar las rentas públicas haciendo contrabando, etc., puede demandar que se le declare nulo, aunque la nulidad no sea manifiesta o haya que comprobarla. Esto se funda en que la sociedad está interesada en que se cumplan las leyes morales y las positivas. También podría intervenir el Agente del Ministerio Público correspondiente en un juicio en que se tratase de un acto o contrato que él considerare lesivo de la Moral o del Derecho Positivo, principalmente del público interno, como de las leyes fiscales, administrativas o de policía (Art. 532). Si la nulidad de un contrato depende de que le faltan las formalidades exigidas por su naturaleza, no se explicaría que interviniese el Ministerio Público para declarar su nulidad, o mejor, su no existencia, pues la sociedad no está interesada en que se celebren contratos entre los particulares. Si la nulidad depende de la incapacidad absoluta de uno de los contratantes, puede haber casos en que el Ministerio Pú-

blico deba alegarla como cuando interviene en procedimientos sobre guardas o interdicción de tales incapacidades».

Y apartándonos un poco de la materia que debemos tratar en esta parte, veamos otra regla que contiene el artículo 15 de la Ley 95 de 1890: «no puede sanearse por la ratificación de las partes». (Con relación al tiempo, algo dijimos al hablar de la naturaleza de la nulidad).

El principio de no poderse sanear la nulidad absoluta por la ratificación de las partes, es tan legal como justo, porque si los actos o contratos nulos miran al orden público o al interés social en forma contradictoria, mal podría el mismo Legislador que los declara tales, permitir que las partes tuvieran la facultad de demandar la declaración de nulidad, permitiendo, así, que las partes pudieran contravenir, por su sola voluntad, todo el sistema jurídico de la nación. Y, además, porque es una ley prohibitiva lo que, en la mayor parte de las veces, se contraviene en los actos o contratos nulos; y si pudiera sanearse el acto o contrato nulo, por la ratificación de las partes, se seguirían dos absurdos:

1º.—Que la sola voluntad de los individuos, podría crear contratos, cuando la ley exige para ellos elementos esenciales; y tal cosa sucedería, porque el acto o contrato nulo no existe; y

2º.—Que podría renunciarse igualmente aquello que interesa a la sociedad, y, por consiguiente, vendría el desquiciamiento del orden jurídico.

Veamos ahora los efectos de la nulidad absoluta. En el Título 14 del Libro IV del C. Civil, encontramos un artículo que dice: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. «Las obligaciones se extinguen además, en todo o en parte; «1º..... 2º..... 3º..... 4º..... 5º..... 6º..... 7º..... «8º Por la declaración de nulidad o por la rescisión; etc. etc. Este artículo, es probablemente, el UNICO que contiene más errores jurídicos.

Veamos:

En el primer inciso dice que las partes interesadas, capaces de administrar sus bienes, pueden, por su sola voluntad, en forma de convicción, dar por nula toda obligación. Esto es enteramente erróneo, porque como vimos, lo nulo es lo que no existe; y si lo nulo es lo que no existe, mal puede producir efectos un contrato o un acto que no ha creado vínculos jurídicos entre los contratantes, porque los vínculos jurídicos, en este caso, sólo nacen de los contratos o actos válidos, al menos imperfectamente.

Entonces, está mal empleada en ese artículo la palabra nula, porque lo que pueden hacer los contratantes, como lo indica el rubro del título, es dar por extinguida la obligación, es decir, que desde el momento en que convienen en ello, deje de producir efectos, se rompan los vínculos que los ligaban, pero no indica esto que sea dar por nula la obligación, porque entonces, y dándole efecto retroactivo a la convención, anularían o declara-

varian que no había existido una obligación que sí existe hasta el momento en que convienen en darla por extinguida.

Y sin entrar a analizar si toda obligación puede extinguirse por la mera voluntad de las partes interesadas, pasamos al otro craso error del Legislador, en el artículo 1.625.

Por la declaración de nulidad, dice, puede también extinguirse la obligación.

Dijimos, y hemos repetido, y seguiremos repitiendo, que la nulidad absoluta indica inexistencia del acto o contrato; y si una obligación no ha existido, cómo se hace para extinguirlo? Quién destruye la nada o lo que no existe?

Y no deja de extrañarnos el que el Legislador, que en general ha sido sabio, hubiese cometido un error de esta clase. Le hubiera bastado decir que las obligaciones se extinguen por la rescisión, porque declarar rescindido un contrato si es extinguir algo, puesto que el contrato relativamente nulo sí existe, aun cuando esa existencia sea imperfecta.

No obstante haber dicho que es verdadero, filosóficamente considerado, el razonamiento del Sr. Fabres para concluir que es inútil la acción de nulidad, en la práctica, reconocemos, que los actos o contratos nulos absolutamente, aun cuando no existen, pueden producir, y en efecto producen cuando se ejecutan, situaciones de hecho, que son precisamente las que se destruyen con la declaración de nulidad. Y como el Sr. Fabres no tuvo en cuenta, probablemente, esas situaciones que pueden originarse, lógicamente concluyó distinguiendo en el artículo 1.689 del Código Civil de Chile, igual al 1.748 del nuestro, la nulidad relativa. En efecto, dice ese artículo: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

Y dijimos lógicamente, porque siendo el contrato nulo un contrato que no existe, su existencia, si así podemos decir, no estorba el natural ejercicio del derecho de uno de los contratantes. Pero como es necesario considerar las situaciones de hecho que puede crear el contrato nulo, es decir, cuando se ejecuta, hay que admitir que la palabra nulidad que emplea el artículo 1.748, se refiere a la nulidad absoluta y a la relativa.

Corrobora lo dicho el artículo 1.746 que contempla los efectos propiamente dichos que produce la declaración de la nulidad absoluta. El dice: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.»

«En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fé de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.»

El artículo a que hace alusión el que acabamos de copiar, contempla el caso de un contrato nulo con una persona incapaz, al cual han faltado los requisitos que la ley exige. En este caso, las restituciones consiguientes a que es obligado el incapaz, es-
 tán limitadas a la riqueza que haya recibido éste.

El artículo 1.746 establece también, en su última parte, como excepción, el caso contemplado en el artículo 1.525, según el cual no puede repetirse lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Por último, el beneficio de la nulidad es netamente personal: «Cuando dos o más personas —dice el Art. 1.749— han contratado con un tercero, la nulidad absoluta declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras».

En resumen: un acto o contrato nulo absolutamente no puede producir efectos jurídicos, porque lo nulo es lo que no existe, y la nada nada produce; pero como sí pueden producir efectos de hecho, en virtud de la ejecución del acto o contrato, es necesario destruirlas, lo que se hace por medio de la declaración de nulidad, según el Art. 1.746.

SEGUNDA PARTE

NULIDAD RELATIVA

El Código no dice propiamente, como lo hace con la nulidad absoluta, cuáles son las causas que la producen, y se limita a decir que «cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa* y da derecho a la rescisión del acto o contrato».

Siendo las causas de la nulidad absoluta: objeto ilícito, causa ilícita, omisión de algún requisito o formalidad que las leyes exigen para el valor de los actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y la incapacidad absoluta de las personas o persona que contratan, veamos, por exclusión, cuales son las causas de la nulidad relativa

En primer lugar, según el Art. 1.502, se necesita para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, capacidad legal, consentimiento sin vicio, objeto lícito sobre el cual recaiga el consentimiento, y causa lícita de ese mismo consentimiento.

De esos cuatro elementos necesarios para que haya obligación, se sigue que su omisión produce nulidad en general; pero distinguiendo, vemos que la omisión de los dos últimos, objeto o causa lícita, producen nulidad absoluta, aun cuando la capacidad, cuando falta absolutamente, también la produce; y la omisión de los dos primeros, produce generalmente, la relativa. Con las salvedades que fijan especialmente algunas disposiciones del Código, podemos dar como completa esa división de las causas productoras de nulidad.

También da derecho a la rescisión la lesión enorme en el contrato de compraventa.

En el caso del artículo 1.245 son rescindibles las donaciones hechas por el difunto que tenía entonces legitimarios, fuere tal, que absorba no sólo la cuarta de libre disposición, sino que menoscabe también, la cuarta de mejoras o las legítimas rigurosas.

El Dr. Fernando Vélez dice que «son acciones rescisorias, la contra el decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido (Art. 108) y la que otorga a los herederos el Art. 1441. La acción de reforma de un testamento puede considerarse como rescisoria (Art. 1.274)».

Veamos las causas de la nulidad relativa.

INCAPACIDAD RELATIVA — El inciso 3° del Art. 1504 nos dice quiénes son incapaces relativamente: «Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas y las personas jurídicas». Y agrega ese inciso: «... y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes».

Al hablar de la incapacidad relativa anota el Dr. Fernando Vélez la diferencia que existe entre nuestro derecho y el chileno, pues según éste, son incapaces relativamente los religiosos, incapacidad no establecida en aquél.

MENORES ADULTOS — Los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad son los en primer término colocados como incapaces relativamente por el inciso 3° del artículo 1.504.

Son menores adultos el varón que ha cumplido 14 años y la mujer los 12, pero que no tienen 21.

Sin considerar por qué el Legislador estableció esa diferencia de dos años entre la pubertad de la mujer y la del hombre — pues no la vemos —, es muy justificada la incapacidad en que ha colocado a esas personas, porque de los 14 a los 21 años, el individuo, aun cuando su razón alcance el mayor desarrollo y se dé cuenta exacta y clara de los elementos que forman un acto civil, no tiene todavía la suficiente madurez del juicio, y hasta carece de todo el desarrollo intelectual suficiente para ejercer todas las funciones de la vida civil, y porque como lo dice el Dr. Fernando Vélez, «siendo vehementes sus pasiones, carecen de la calma necesaria para dirigirse en sus negocios».

Pero el Legislador en atención a que el defecto no es tan radical, que haya completa ausencia de consentimiento, permite que esas personas, ayudadas por una a quien él a misma considera capaz, puedan obligarse; por eso exige que sean representadas.

Esta regla fundada en la naturaleza misma de las cosas, sufre, y por lo mismo, dos excepciones consagradas por el mismo Código: 1° la facultad de administrar por sí mismos el peculio

profesional o industrial; y 2º, que el menor adulto esté habilitado.

DISIPADORES QUE SE HALLAN EN INTERDICCION.—El inciso 2º del Art. 534 nos da ejemplos de dilapidación cuando dice: «El juego habitual en que se arriesgan porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa considerada; gastos ruinosos, autorizan la interdicción».

Los actos del disipador son válidos mientras no sea puesto en interdicción; por eso el artículo 1504 al decir que es relativamente incapaz, agregó, «que se halla en interdicción».

El fundamento de esa incapacidad es especialísimo, pues sólo se evita, con ella, el que individuos que tienen lo necesario para la vida, vengan, por dilapidación, a constituir una carga para la sociedad.

El disipador lo mismo que el menor adulto, pueden testar, pues ellos no están privados del conocimiento, y, en muchas ocasiones, — la mayoría, — son capaces de expresar claramente su voluntad de palabra y por escrito.

MUJERES CASADAS.—La mujer por el hecho de matrimonio, queda bajo la potes ad marital. Esta, dice el Art. 177, «es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer».

Entre los derechos del marido que dicen relación a los bienes, se cuenta la regla del Art. 180, según la cual, el marido toma la administración de los de la mujer, según las reglas consignadas en el Título *De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal*.

Consideraciones de orden público son las que han llevado a los Legisladores de las naciones civilizadas a consagrar el principio de la incapacidad relativa de la mujer. Por eso, al darle como representante legal al marido, jefe de la sociedad conyugal, ha querido que los actos de ella lleven la autorización de éste; pero esto no significa que el marido sea omnipotente o absoluto en su carácter de representante legal de la mujer, pues cuando sin justo motivo le niega la autorización, ella puede ser autorizada por el Juez.

Pero todavía hay quién afirme que, aun cuando el Código limita las causas de la nulidad absoluta, ha dejado ciertas vaguedades que permiten considerar, por ejemplo, como absoluta la nulidad que produce la venta o hipotecación de los bienes raíces de la mujer casada que el marido esté o pueda estar obligado a resistir en especie, cuando faltan las formalidades que exige el Art. 1.810 del Código.

El razonamiento que se hace es éste: el Art. 1.810 prohíbe la enajenación o hipotecación de los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sin voluntad de la mujer y previo decreto del Juez, con conocimiento de causa; todo contrato prohibido por las leyes, adolece de objeto ilícito, y todo contrato con objeto o causa ilícita, es nulo absolutamente según el Art. 1.741; luego la enajenación o hipotecación de los bienes raíces de la mujer que el marido esté

o pueda estar obligado a restituir en especie, sin las formalidades que exige el Art. 1.810, es nula absolutamente.

El modo de razonar es lógico, pero como la base o el fundamento mismo del razonamiento es falso, falsa tiene que ser la conclusión.

Lo que hay en realidad es que muchas veces el Legislador, por un lamentable descuido, ha empleado palabras o frases que dan a la disposición el carácter de prohibitiva, carácter que no es sino aparente, porque en el fondo nada prohíbe, refiriéndose solamente a exigir ciertas formalidades.

En el caso que analizamos qué es lo prohibido? Nada. Si se prohibiera el acto mismo, admitiríamos que la celebración del contrato, contra el Art. 1.810, acarrea nulidad absoluta. Pero como lo que prohíbe ese artículo no es el acto, sino que, para velar por los bienes de los incapaces, en general, exige que la enajenación o hipotecación de los bienes raíces a ellos pertenecientes, sea precedida de ciertas formalidades, no vacilamos en afirmar que la enajenación o hipotecación de los bienes raíces de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, que contempla el Art. 1.810, sin las formalidades que tal artículo exige, sólo produce nulidad relativa.

Igual caso es el que contemplan los Arts. 483, 488 y 491.

Y si a esto agregamos que la nulidad producida por la omisión de alguna formalidad de las que las leyes exigen para el valor del acto o contrato, en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, producen nulidad relativa, afirmamos más lo dicho antes.

Y para terminar, la Jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, admite ser relativa la nulidad del caso que venimos tratando. En sentencia de 1.895 dijo: «Es relativa y no absoluta la nulidad en que se incurre vendiendo bienes raíces de mujer casada sin autorización judicial. Por tanto, el comprador de esos bienes puede ganarlos por prescripción ordinaria».

PERSONAS JURIDICAS.—Estas necesitan representante, porque como dice el Dr. Fernando Velez, «su incapacidad depende de que no pueden obrar por sí mismas».

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.—El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cosa.

Esta definición es casi unánimemente aceptada, y es una conclusión lógica del análisis de las palabras latinas *cum* y *sensire*.

Las distintas definiciones que del consentimiento se dan, no presentan una diferencia radical de fondo, sino de meras palabras.

El Art. 1.502 coloca el consentimiento en segundo lugar entre los elementos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad.

Del decir del Legislador, «vicios del consentimiento», deducen que el efecto que ellos producen es la nulidad relativa del acto o contrato, por cuanto—dicen—no dándose la completa ausencia del consentimiento, el acto o contrato existe, aun cuando nó de una manera perfecta.

No obstante este razonamiento, nuestro concepto es enteramente opuesto, al menos para algunos de esos vicios, o para los diferentes casos de uno de ellos.

Dice el Art. 1.508: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo».

Según esto, el consentimiento no es válido: 1º cuando no se da conciencia en la determinación de la voluntad; 2º cuando falta la libertad a esa facultad; y 3º cuando a esa determinación le ha faltado el previo conocimiento verdadero, porque se ha ocultado.

El Código dedica varios artículos a cada uno de estos vicios, en los cuales consigna principios generales.

ERROR. - El error, según St. Tomás, es la disconformidad del entendimiento con la cosa.

El Código contempla 3 casos de error: de derecho, de hecho y acerca de la persona.

«El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento», dice el Art. 1.509.

Es nuestra opinión que esa disposición es abiertamente antifilosófica, porque consagra un principio que repugna con las más elementales nociones que la filosofía ha establecido con relación al error.

Si el error es una disconformidad del entendimiento con la cosa, cómo puede sostenerse que un Código establezca un principio enteramente contrario, poniéndose en abierta oposición hasta con la naturaleza misma de las cosas?

Cómo puede ser que las innumerables disposiciones que contienen los centenares de leyes, se tengan presentes en el momento en que individuos que generalmente las ignoran, pues no es raro dar esa ignorancia ni en los mismos que se dedican exclusivamente a aprenderlas, contratan de buena fé?

Y no se diga que es principio el que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, porque a eso respondemos, que se situa la cuestión en un campo enteramente diferente al en que debe colocarse; tratamos de esa ignorancia o error de derecho, en el campo de derecho civil, como no productiva de vicio; y el principio-presunción de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, aun cuando está consagrado en el Código, no es ese su lugar.

Y tan cierto es que la cuestión queda completamente colocada en campo diferente, que todo individuo debe tener conocimiento de las leyes, pero es en interés de la sociedad, para que no se desconozcan sus derechos y dejen de cumplirse sus obligaciones, y no de los innumerables artículos del Código Civil, para tener presentes las varias disposiciones que él trae para cada uno de los contratos, lo cual se refiere a los particulares, a la vida privada de aquellos que se ligan con vínculos jurídicos.

Ese principio que está abolido de muchas legislaciones de naciones civilizadas es defendido por muchos tratadistas, conceptos que nos permitimos copiar, tomados del estudio «Las Obligaciones en Derecho Civil Colombiano», del señor Carlos H. Pareja.

«La condición subjetiva—dice Baudry Lacantinerie—conduce a asimilar el error de derecho al error de hecho, como el error unilateral al error bilateral. El consentimiento está, en efecto, viciado en la primera hipótesis tanto como en la segunda, y el Art. 1.109, general en sus términos, no hace distinción alguna. Por lo demás, dos textos especiales, el Art. 1.356 para la confesión en materia judicial y el Art. 2.052, ordinal 2º, para la transacción, excluyen la influencia del error de derecho; es, pues, regla general que el error de derecho vicia los actos jurídicos. La máxima *nemo jus ignorare censetur*, que no ha sido reproducida exactamente por ningún texto de nuestro derecho moderno, no puede contrabalancear los argumentos antes presentados. (*Droit Civil*, tomo II, Pag. 21 edición 1.925)».

«Bajo las condiciones precedentes indicadas dicen Aubry y Rau—el error de derecho puede, por regla general, dar lugar, como el error de hecho, a la anulación del contrato. (*Droit Civil Français*, tomo IV, Pag. 298)».

«El error de derecho,—dice Lalombiere—como el error de hecho, vicia el consentimiento. El Código Civil no distingue más de lo que la razón puede por sí misma distinguir. Es, por lo demás, un principio sentado por Papiniano el de que el error de derecho no es medio de perder, sino de adquirir; principio sobre el que D'Aguesseau, en una disertación especial, ha arrojado tanta luz, que nada podría ya oscurecerlo... Se dice que todo el mundo está obligado a conocer la ley: *nemine jus ignorare licet*: presunción demasiado hinchada en favor de la ciencia humana. Pura ficción, que por lo demás *nada tiene que ver aquí*. Si, uno está obligado a conocer la ley, cuando se trata de leyes que versan sobre un interés de orden público, sea que prohiban o manden; de leyes que regulen las condiciones necesarias para la adquisición, la conservación, el ejercicio de un derecho, sea que se apliquen al fondo o a la forma. Así, la ignorancia de ley no excusa ni una contravención ni un delito. Si yo deo que un derecho prescriba, si descuido la constatación legal de un hecho o de un contrato, o las formalidades prescritas para el ejercicio de un derecho, en vano ensayaré justificarme alegando mi ignorancia de la ley. Es entonces cuando se me cierra la boca diciéndome: *nemine jus ignorare licet*, os han engañado, habéis faltado a la ley, tanto peor para vos.

«Pero cuando se trata de un derecho que uno enajena, de una obligación que uno se impone como consecuencia de un error de derecho, no puede evitarse que se releve del error a quien ha sido víctima de él, a menos de cambiar, según las enérgicas expresiones de D'Auesseau, todas las obligaciones sin causa en donaciones forzadas y convertir a todos aquellos que se equivocan en verdaderos donantes. La ley tiene mucho de buena fe y de equidad. Ello no da, a la ficción que nos supone legalistas, más valor del que reclama el orden público y la utilidad general. (*Téorie et pratique des obligations*, tomo I, páginas 56 y 58)».

«Sería a veces una injusticia solemne—dice Giorgi—negar excusa a quien celebrara por error o contrato, reprochándole, en

resumen, que su error es un error de derecho. Hay alguien, no ya sólo entre los campesinos y las mujeres, sino entre los mismos juristas, que lealmente se atreva a asegurar que tiene presentes todas las leyes, todas las disposiciones particulares o locales y que no yerra nunca en materia de derecho controvertido. Y esto, no ya cuando por razones de su cargo sea llamado a aplicarlas, sino en el momento en que, de improviso y por necesidad urgente, tiene que celebrar un contrato. (*Teoría de las obligaciones en el derecho civil moderno*, tomo IV, pag. 99).

Hemos cansado con exceso de citas, para que se vea como en principio no corresponde a las ideas de jurisprudencia moderna, y ni tiene el carácter de contrariedad en el Art. 9º del Código.

Debía, pues, asignársele, a esa clase de error el efecto que le corresponde.

Dice el Art. 1.510: «El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

Y el 1.511: «El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante».

«El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte».

Según los artículos copiados el error de hecho puede ser de varias clases: 1º. cuando recae sobre la especie del acto o contrato; 2º. sobre la identidad de la cosa misma; 3º. cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; y 4º. cuando una calidad cualquiera de la cosa ha sido el principal motivo para contratar, y la otra parte lo ha conocido.

1º. Cuando el error recae sobre la especie del acto o contrato, como si una de las partes entiende empréstito y la otra donación, dice el Código, que se da el consentimiento viciado y, por consiguiente, apenas la nulidad relativa del mismo.

Este es un error craso en que el Legislador ha incurrido, pues se revela contra sus mismos sabios principios consignados en el mismo Título en que se halla el Art. 1.510.

Veamos como de los principios antes sentados se deduce que allí erró al considerar ese error como causal de la nulidad relativa nada más.

El consentimiento es elemento esencial de toda obligación y, por consiguiente, de todo acto o contrato (Art. 1.502); consentimiento es, como dejamos dicho, el acuerdo de dos o más

voluntades sobre una misma cosa; en el error acerca de la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, no se da ese consentimiento el acto o contrato ejecutado o celebrado, es nulo absolutamente, no existe.

Y decimos que allí no se da el acuerdo, la reunión de las voluntades sobre una misma cosa, porque ellas han tomado vías, si no opuestas o contrarias, por lo menos diversas, puesto que una de ellas se determina, porque el entendimiento ha visto empréstito, y la otra se determina, porque la correspondiente facultad aprehensiva, ha visto donación, que son dos cosas enteramente distintas.

Así resuelven la cuestión entre otros Pothier: «No puede haber consentimiento cuando las partes han errado sobre el objeto de su convención: *non videntur qui errant consentire*. Esto es así, porque si alguno entiende venderme una cosa y yo entiendo recibirla a título de préstamo o en obsequio, no hay, en ese caso, ni venta, ni préstamo, ni donación». (Cit. Carlos H. Pareja.)

Con todo así está en el Código!

2º. Cuando hay error sobre la identidad de la cosa específica de que se trata.

El ejemplo que trae el mismo artículo, nos aclara un poco la idea, y nos convence de que, por las mismas razones que acabamos de dar para afirmar que no se da consentimiento cuando se yerra sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, en este caso, hay perfecta ausencia del consentimiento, y por lo mismo, el acto o contrato debiera ser nulo absolutamente.

3º. La sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree.

A este caso, lo mismo que a los anteriores, le es aplicable el razonamiento de la falta de coincidencia de las voluntades, y, por lo mismo, el consentimiento no se da.

Y para no repetir las razones, oigamos a Pothier: «El error anula la convención, no solamente cuando recae sobre la cosa misma, sino también cuando recae sobre la calidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en mira al contratar, y que hace la *sustancia* de ésta. Esto es así, porque si queriendo comprar un par de candelabros de plata, os compro un par de candelabros que me dáis en venta, que yo tomo por plata, y no son sino de cobre plateado, aunque no hayáis tenido ningún propósito de engañarme, si vos os hallábais en el mismo error que yo, la convención será nula, porque el error en que yo he estado destruye mi consentimiento, pues siendo la cosa que yo he querido comprar un par de candelabros de plata; y siendo la que vos me habéis presentado un par de candelabros de cobre, no se puede decir que sea ésta la cosa que yo he querido comprar. Es esto lo que en un caso parecido decidieron Juliano y Ulpiano, *si aes per auro veneat, non valet*». (Cit. Carlos H. Pareja.)

4º. Para el error acerca de cualquiera otra calidad de la cosa, cuando ésta es el principal motivo de uno de los contratantes,

tes. y ese motivo es conocido por la otra, decimos también que no hay consentimiento: no se han reunido las voluntades.

Art. 1.512: «El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.»

«Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que la buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.»

La doctrina que contiene este artículo puede resumirse así: se distinguen los contratos celebrados *intuitu personae* de aquellos que se celebran con un fin meramente utilitario; en los primeros, la persona es un elemento necesario, si así podemos decir; en los segundos, la persona es accidental. lo principal es el interés que se pretende sacar del contrato que se celebra. Y por eso, en el primer caso, necesariamente debe darse vicio en el contrato, por cuanto lo que en ellos se tiene en cuenta es la persona misma; no así en los segundos.

En cuanto a la indemnización que se debe por causa de la nulidad relativa del contrato a quien de buena fe lo celebró, se funda en los principios de equidad y de justicia.

Además, podemos decir que, por regla general, sólo puede darse vicio cuando se yerra en la persona en los contratos unilaterales y gratuitos.

FUERZA. — «La fuerza —dice el Art. 1.513— no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona en justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.»

«El *temor reverencial*, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento».

El Dr. Fernando Vélez refiriéndose a esta materia dice: «La fuerza o violencia, *vis* consiste en vías de hecho contra una persona o en amenazas a ella para lograr su consentimiento que no quiere dar. Obra, pues, la violencia por el temor que inspira, *metus*. Viciando el consentimiento como es claro, la ley no puede declarar válidos los actos y contratos en que intervenga. Un individuo con pistola en mano obtiene de otro que le firme un pagaré. Si el amenazado de muerte lo firma, quiere decir que de dos males — el de morir o el de reconocerse deudor sin serlo — elige el menor y por eso firma. Un consentimiento logrado de esta manera, está viciado, y por eso, comprobada la fuerza, el Juez tiene que declarar que no es válida la obligación respectiva o que se rescinde».

En el párrafo que acabamos de copiar confunde el Dr. Vélez dos cosas inconfundibles; la fuerza y la violencia. La primera es la coacción material, muy distinta de la segunda que es la coacción moral.

Esa confusión de la fuerza y violencia no es admisible, por

que ellas producen efectos distintos. Y el ejemplo que trae el Dr. Vélez se refiere a la violencia, en la cual no se da ausencia de consentimiento, aunque éste no nazca perfecto, pues se consiente para evitar el mayor mal — la muerte — y por eso es lógica la conclusión a que llega el Dr. Vélez, de que esa obligación será nula relativamente, rescindible.

Mas no así cuando se trata de la fuerza — coacción física —, porque cuando ésta interviene no nace el consentimiento, pues bien sabido se tiene que las palabras fuerza y consentimiento, consideradas en sus efectos, son enteramente contrarias.

Luego si cuando se trata de fuerza — coacción física —, no se da el consentimiento, el contrato será nulo absolutamente.

Entonces debe entenderse, porque en realidad el Código se refiere a la violencia en todos los artículos en que habla de fuerza, que el acto o contrato nulo, y en general la obligación, en ese caso, son nulos relativamente.

La violencia vicia el consentimiento cuando es capaz de infundir en una persona de «sano juicio» un justo temor de verse expuesta ella o una de aquellas personas con quienes, por vínculos de sangre o de amor, está ligada estrechamente, a un mal irreparable y grave.

En la apreciación de una persona de sano juicio se dan opiniones encontradas; pero lo más lógico es dejar esa apreciación al Juez, quien en vista de las circunstancias de un hecho concreto, puede apreciarlo mejor, puesto que no hay un tipo del cual pueda partirse con seguridad. Lo mismo decimos para lo irreparable y grave que debe llevar en sí el justo temor, como condición indispensable para que haya vicio en el consentimiento.

Por último, el Art. 1.514 que dice: «Para que la fuerza, (violencia) vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento», determina que la violencia puede ser directa o indirecta, y como condición indispensable para que, en cualquiera de los casos vicie el consentimiento, que se emplee con el fin de obtenerlo.

DOLO.—El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, dice el Art. 63.

No sabemos si el Legislador quiso significar con la palabra «positiva», la certeza de la intención o la voluntad exteriorizada. Parece que lo segundo sea lo que verdaderamente quiso significar, por cuanto con relación a la certeza de la intención nada pudo haber dicho, pues los hombres no legislan para las conciencias.

Es división generalmente aceptada la que se hace de dolo bueno y dolo malo.

Dn. Alfonso El Sabio definía cada una de esas clases así: «*Dolus*, en latín, tanto quiere dezir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas que dizen con intención de los engañar, o de los decibir. E a este engaño dicen en latín *dolus malus*, que quiere tanto dezir, como

mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos. La primera es quando lo fazen por palabras mentirosas é arteras. La segunda es quando preguntado algún ome sobre alguna cosa, él callase engolosamente, non queriende responder; o si responde, dize palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño.

«El engaño que los omes facen a buena fe, e a buena intención, assi como prender los ladrones o los robadores, e algunos otros, que fazen malos, é engaños al Rey, é a los otros de su Señorio; o los que fazen fechos contra los enemigos conocidos o contra otros que non fuesen enemigos, en que se trabajassen de buscar mal engañosamente a algunos, é ellos por se guardar de su engaño, engañan a aquellos que los quieren engañar». (Cit. Carlos H. Pareja).

«El dolo no vicia el consentimiento—dice el Art. 1.515—si no cuando es obra de alguna de las partes, y cuando además aparece claramente que sin el no se hubiera contratado».

«En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo».

Según esto, dos condiciones se requieren para que el dolo vicie el consentimiento: que sea obra de una de las partes y que sin él no se hubiera contratado.

La primera no tiene carácter absoluto, pues cuando el contratante es cómplice del dolo, admiten los tratadistas, también vicia el consentimiento, lo mismo que cuando el autor es un representante legal. Fuera de estos casos, que son ampliaciones más bien que excepciones, el dolo no vicia el consentimiento.

La segunda, como observa el Dr. Fernando Vélez, al referirse a esa condición, «no deja de presentar dificultades que debe resolver el Juez en vista de las pruebas, teniendo como base que para que el dolo vicie el consentimiento, es preciso que aparezca *claramente* de los hechos comprobados, que sin el dolo no se habría contratado».

El dolo no se presume, con la excepción de los casos en que la ley los ha previsto expresamente.

Con esto se establece que, por regla general, el dolo debe probarse.

Entre los casos en que el Código presume dolo, se cuentan éstos: cuando se oculta o detiene, sin justa causa, el testamento del difunto; cuando el albacea lleva a efecto una disposición del testador que es contraria a las leyes.

RESCISION POR LESION ENORME.—El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo que tiene la cosa que vende; y el comprador, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del que paga por ella. (Art. 1.947). En estos casos la ley da al comprador o al vendedor la acción de rescisión. (Art. 1.946).

Esta acción que arranca desde el derecho Romano, se en-

cuenta consignada en los códigos de las naciones civilizadas aunque de diferente manera, pues unos la establecen sólo para el vendedor y para el comprador otros. Nuestro Código colocándose en un justo medio, buscó la verdadera equidad, su fundamento.

No veremos aquí si esa acción es procedente o no, o si debe darse solamente para la venta de inmuebles, o si también a la de muebles.

El verdadero fundamento de la rescisión por lesión enorme, aparte de la equidad, lo encontramos en que el contrato queda viciado intrínsecamente puesto que la venta es un contrato oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro; y además es conmutativo, porque cada una de las partes debe dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y siendo el precio recibido o pagado, inferior o superior a la mitad del que realmente tiene la cosa, necesariamente no hay equivalencia.

No se trata, pues, de consentimiento en esta clase de nulidad, sino de vicio del contrato de venta en sí mismo, considerado según su naturaleza.

NATURALEZA Y EFECTOS DE LA NULIDAD RELATIVA.—La nulidad relativa tiene una naturaleza enteramente distinta a la de la nulidad absoluta. En ésta, el acto o el contrato no puede nacer, le falta el principio de existencia; en aquélla, el acto o contrato sí nace; pero le falta perfección, no por razón de su naturaleza, sino por razón de la calidad de las personas que los ejecutan y acuerdan; por eso los actos o contratos de tal naturaleza, pueden sanearse por la sola ratificación de las partes, y por el transcurso del tiempo.

Y en cuanto a sus efectos, da lugar solamente a la acción rescisoria del acto o contrato; y como efecto de ésta, y a virtud de declaración judicial, la reposición de las cosas al estado que tenían antes de ejecutarse el acto o de celebrarse el contrato; y como complemento de esa reposición, la acción reivindicatoria contra terceros poseedores.

Según el Art. 1.743, la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellas personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes, y esto es por una razón contraria a la que dimos para sostener el principio sentado por el Art. 15 de la Ley 95 de 1.890, y porque en este caso se trata del interés meramente individual.

Y para terminar oigamos al Sr. Fabres sobre el particular: «La nulidad relativa o la rescisión que es su efecto, no viene entonces a imponer otra cosa que la facultad temporal que con ella la ley a determinadas personas para destruir los efectos del acto o contrato, con lo que se declara implícita, pero no quívo- camente que el acto o contrato produce efecto que es válido».

APENDICE

Con lo dicho pensábamos dar por terminado este trabajo. Pero como las conclusiones que en él sentamos, son enteramente opuestas al común pensar de los individuos dedicados al Derecho, hemos creído del todo necesario, hacer un estudio más razonado, aún con peligro de cansar, de las conclusiones dadas, considerando las opuestas.

La duda y consiguiente determinación de complementar este estudio nació, en su mayor parte, de la exposición hecha en la clase por el distinguido profesor Francisco E. Tobar.

Hay diferencia en el sistema de nuestra Legislación Civil entre acto o contrato inexistente y acto o contrato nulo absolutamente?

Esta es la pregunta que contestaremos, en forma de apéndice al anterior trabajo.

Hay mayoría de contestaciones afirmativas. La nuestra es negativa; y para dar las razones de esa negación, tomaremos como punto de apoyo, los comentarios de algunos connotados juristas, y sobre todo, el salvamento de voto del Dr. Luis Eduardo Villegas, opuestos enteramente a nuestra opinión, no para refutarlos, porque, baste decir, apenas somos estudiantes de segundo año, sino para decir algo en forma de observaciones.

Es sentir general que hay diferencia entre acto o contrato nulo (absolutamente) o acto o contrato inexistente. La diferencia consiste en esto, según sus sostenedores: acto o contrato nulo es el que adolece de un vicio profundo, nacido de la carencia de una *formalidad* necesaria, según la ley, para su existencia perfecta; y acto o contrato inexistente, el que carece de un *requisito* esencial para existir. Ejemplo de los primeros sería la venta de un bien raíz por documento privado o por escritura o *torgada* ante un *prefecto*; y de los segundos la falta de precio en la compraventa.

Como conclusión: el acto o contrato nulo existe imperfectamente; acto o contrato inexistente es el que carece en absoluto de existencia, como lo indica la misma palabra.

Veamos esa teoría.

Uno de los más fuertes fundamentos de la diferencia entre la nulidad absoluta y la inexistencia, lo desprenden del Art. 1527, que dice: «Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

«Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

«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.

«Tales son:

«1º. Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es

necesaria la autorización del marido, y los menores adultos no habilitados de edad.

«2^a. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.
«3^a. Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida.

«4^a. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

«Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes».

De aquí deducen, entre otros el señor Otoniel Navas, que «los actos o contratos nulos producen obligaciones naturales, que decir, tienen una existencia ante la ley, porque no hay efecto sin causa». Y agrega: «si la nulidad es absoluta, subsiste la obligación con el carácter de natural hasta que adquiera, mediante el transcurso de más de treinta años, el valor de obligación civil...»

Pero esta conclusión no es exacta, en nuestro concepto, porque las obligaciones naturales — que son las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento — nacen de un contrato imperfecto ante la ley, y por lo mismo que tienen alguna existencia. Y como entre lo imperfecto y lo nulo hay un abismo, no puede decirse que lo nulo produzca obligaciones naturales, ni mucho menos que tenga existencia legal, máxime si consideramos que lo que existe ante la ley, debe cumplirse según la ley.

La conclusión del Sr. Navas es tanto más errada cuanto que parte de premisas erradas, como la de considerar, partiendo del numeral 3^o. del Art. 1.527 transcrito, y del 1.740 que la obligación nula absolutamente produce obligaciones naturales, porque los contratos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, producen obligaciones naturales, y los contratos a que faltan algunos o alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo contrato, según su especie, son nulos absolutamente.

Y erró, porque hay solemnidades que exige la ley por razón de existencia y solemnidades que exige por razón de prueba, es decir, solemnidades esenciales para la perfección del contrato, como la escritura pública en la compraventa, y solemnidades que pudiéramos llamar accidentales, cuya omisión impide que el contrato produzca efectos civiles o hace que degenera en otro contrato distinto. La falta de las primeras produce, por lo mismo, la nulidad absoluta, la inexistencia ante la ley, y la nada no produce efectos, ni en forma de obligaciones naturales. No sucede así con las solemnidades de la segunda clase, por razón de prueba, porque allí sí existe un contrato ante la ley, aun cuando imperfecto, y por lo mismo produce obligaciones naturales.

En resumen: toda obligación necesita de un principio de existencia jurídico; si ese principio es imperfecto, nace la obligación natural; si perfecto, la civil; y un contrato nulo absoluta-

mente no tiene ni principio ni existencia, porque «nace muerto», como dice el Sr. Fabres; y si no hay ese principio no puede haber obligación de cualquier clase que sea.

Dice el Sr. Navas: «El hecho de que la nulidad absoluta pueda sanearse por prescripción extraordinaria, y el de que no pueda alegarse por quienes han ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, corrobora la doctrina de que los actos absolutamente nulos tienen existencia real ante la ley, porque como dijimos atrás, un acto que no ha tenido principio de existencia no puede adquirirlo por el mero transcurso del tiempo, y porque si el acto no existiera ningún interés habría en prohibir que alegaran la nulidad las partes que intervinieron en lo que podría llamarse simulacro».

Muy cierto es que el acto que no ha tenido principio de existencia no puede adquirirlo por el mero transcurso del tiempo. Pero no es cierto que el contrato nulo pueda sanearse, y el error proviene de que el Art. 15 de la ley 95 de 1.890 dijo que el acto o contrato nulo no puede sanearse ni por un lapso de tiempo que no pase de 30 años, porque de este decir se deduce rectamente que el acto o contrato nulo puede sanearse por la prescripción extraordinaria.

Pero en su lugar vimos, con la ayuda del Sr. Fabres, cómo es erróneo ese principio, si lo consideramos aislada y literalmente. Y lo que hay es que el tiempo crea o extingue todo derecho prescriptible. Además, y como argumento decisivo, el hecho de que para que haya prescripción extraordinaria no se necesita título; la posesión basta.

La dificultad no está, si consideramos, por ejemplo, la venta de un bien raíz por documento privado, caso en el cual no se pierde la propiedad, aun cuando sí la posesión, si se ha entregado el bien, sino en el caso de una venta simulada que es nula absolutamente, porque en ella no hay ni objeto ni causa. La escritura se otorga legalmente, con la correspondiente inscripción y, por lo mismo dicen los que tal cosa sostienen, —se pierde la propiedad, luego hay efectos jurídicos.

Es inexistente un contrato simulado?

Es necesario contestar afirmativamente, porque en él no hay ni precio, ni consentimiento positivo de enajenar o trasladar la propiedad, aun cuando haya registro, cosas estas esenciales al contrato de venta, por su misma naturaleza. Y en este caso se ve bien claro que es necesaria la declaración de que el contrato no existe, que es nulo absolutamente, puesto que la nulidad no es manifiesta, sin significar esa declaración que haya habido contrato; y por lo mismo no se destruyen efectos que haya producido la nada, es decir, un contrato que no ha existido, sino que se destruyen las situaciones de hecho, nacidas de la ejecución del acto o contrato nulo, de un hecho; situaciones que se producen a despecho de la ley. La sentencia no puede declarar inexistente, sino lo que no ha existido; de lo contrario, ella la establecería. Adelante tendremos ocasión de hablar más detenidamente de los contratos simulados.

En cuanto a la prohibición de alegar la nulidad al que eje-

cutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, nada prueba porque en primer lugar, repetimos, allí no se extinguen o destruyen efectos jurídicos; en segundo, porque la nulidad es una verdadera sanción civil, y en tercero, porque en derecho hay ciertos principios fundamentales que son las bases del grande edificio de la legislación civil, y uno de ellos es la prohibición al autor de un hecho ilegal o inmoral, de alegar su propia ilegalidad o inmoralidad.

Dice el Sr. Navas que los contratos nulos existen legalmente, puesto que producen obligaciones naturales, y que esa obligación natural subsiste con tal carácter, hasta que se vuelva obligación civil mediante el saneamiento por el tiempo, o hasta que se extinga por la declaración de nulidad, según el numeral 8º. del Art. 1.625.

Con relación a la primera parte de ese razonamiento, creemos no quede duda con lo dicho. Veamos la segunda, o sea que un contrato nulo se extingue por la declaración de nulidad.

Demostrado lo erróneo de la base misma del razonamiento, queda demostrada la falsedad de todas las premisas y conclusión. Pero para que la cuestión quede clara, demostraremos que no hay tal extinción del contrato nulo, porque la nada no puede extinguirse.

El Art. 1.625 es el primero del Título 14 del Libro IV del Código, título cuyo epígrafe es «*De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo*». Pero nada más errado que el Art. 1.625, en varios puntos, según vimos en otro lugar.

Qué es lo nulo? Lo que no existe, aquello que no tiene vida, según dijimos y seguiremos diciendo. Y qué es lo susceptible de destrucción? Lo que existe; luego si lo nulo es lo que no existe, y sólo lo que existe puede extinguirse, destruirse, tenemos que no es cierto que los contratos —y en extenso las obligaciones— nulos, puedan extinguirse, pues ni han nacido.

En favor de la diferencia entre lo nulo y lo inexistente, traen el Art. 1.746 del Código, que dice: «La nulidad judicialmente pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

«En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo», y algunos como el Dr. Luis Eduardo Villegas, dicen que de ese artículo se desprende inflexiblemente:

- a) Que los contratos nulos si producen efectos;
- b) Que justamente esos efectos son los que se deshacen

para restituir las cosas a su estado anterior;

«c) Que la ley declara aquí que si existen a sus ojos los efectos nulos, y que por lo mismo, lo nulo, lo inexistente son dos cosas diversas, puesto que lo nulo existe, aunque de modo imperfecto. Esta expresión: «si no hubiera existido el acto o contrato», es la hipótesis de una oración condicional, de negación implícita, o, mejor dicho, de sentido contrario, y, por lo mismo, afirma la existencia de los contratos nulos. En tal virtud, puede sentarse que todo acto o contrato nulo es, si bien un acto o contrato imperfecto, un acto o contrato existente».

Qué es lo que busca el Art. 1.746? Ni más ni menos busca que los individuos no se hagan justicia por su propia mano.

Pero se dirá que si no pueden hacerse justicia por su propia mano, si es necesario recurrir a la justicia, es porque hay algo que destruir; y si hay algo que destruir, los actos o contratos nulos producen efectos; y si producen efectos, existen.

Es cierto y jamás hemos negado, que por virtud de un acto o contrato nulo se producen efectos, pero no efectos jurídicos, porque los efectos jurídicos provienen de causas jurídicas, sino de hecho, los cuales hay necesidad de destruir; y esa destrucción es la que se realiza con la declaración de nulidad, según la cual vuelven las cosas al estado anterior, es decir, al estado que tenían antes de ejecutarse ese contrato o contrato nulo.

Entonces, qué se desprende lógicamente del Art. 1.746?

Que acto o contrato nulo o acto o contrato inexistente son lo mismo, porque ni el uno ni el otro producen efectos jurídicos, y por lo mismo no viven ante la ley; pero como de hecho, su ejecución crea ciertas situaciones, que son de hecho y que hay necesidad de destruir, no anulando el contrato, porque repetimos, la nada no se anula, sino reconociendo que ese acto o contrato no ha tenido vida, y por lo mismo que las cosas deben volver al estado anterior a la ejecución del acto o contrato.

El Dr. Villegas dice que el contrato nulo es imperfecto, y por consiguiente, existe. A esa conclusión llega por este razonamiento: «No reputarse perfecta una venta de inmuebles mientras no se otorgue la respectiva escritura pública, es forzosamente reputarla imperfecta; porque entre lo perfecto y lo imperfecto no cabe medio alguno. Lo que no se reputa perfecto, es porque necesariamente se reputa imperfecto. Estos dos párrafos declaran, por lo mismo, no que mientras no se otorgue escritura pública no haya venta, sino que ésta es imperfecta. Si hay venta imperfecta es porque existe venta; porque lo inexistente, la nada, no puede tener calidad, propiedad o manera de existir alguna, si quiera sea la de imperfección. La imperfección requiere un sujeto donde residir, y lo inexistente, la nada, no es ni puede ser sujeto. Corolario: la venta imperfecta, y, por lo mismo nula, no es una venta inexistente».

Los dos párrafos a que se refiere el Dr. Villegas en el anterior razonamiento, son los del Art. 1.857, que dice: «La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

«La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública.»

«.....»
La diferencia que quieren mostrar entre acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente es ésta, como dijimos: contratos nulos son los que adolecen de un vicio profundo, nacido de la carencia de una *formalidad* necesaria, según la ley, para su existencia perfecta; y contratos inexistentes, los que carecen de algún *requisito* esencial para existir.

Según esto, el mismo Dr. Villegas rechaza que haya contratos inexistentes —cosa que trata de probar— y reduce todos los actos o contratos viciados, a nulos y a rescindibles, porque no reputarse perfecta una venta de bien raíz, sin escritura pública, es admitir que existe venta; y es lo mismo que no reputarse perfecta, y por lo mismo que existe una venta en la cual las partes no han convenido en la cosa y en el precio.

Entonces es un error considerar que el acto o contrato nulo exista, porque la falta de un elemento esencial al acto o contrato, como la cosa o el precio en la venta, no deja nacer el acto o contrato, es decir, no existe; y si «el no reputarse perfecta la venta de un bien raíz mientras no haya escritura pública», es igual, tiene el mismo valor y alcance, que «el reputarse perfecta una venta cuando las partes han convenido en la cosa y en el precio». en forma afirmativa, el mismo Dr. Villegas nos da la prueba de que no existe diferencia entre acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente.

Pero insistimos en la demostración.

Dice el Dr. Villegas: «Los Arts. 1.501 y 1.500 del C. C. enseñan bien lo que es de *esencia en un contrato* y lo que es la *formalidad especial en un contrato solemne*. Son de su esencia aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato». Son formalidades especiales en los contratos solemnes aquellas a que están sujetos, «de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil». La primera diferencia radica en el valor fundamental de los vocablos: en una cosa, la esencia ni puede confundirse con la forma, ni ésta con aquella. El hidrógeno es esencial para el agua, porque sin hidrógeno no puede existir ese líquido. Más el agua puede ser clara o turbia sin dejar de ser agua. Lo claro o lo turbio son, pues, meros accidentes del agua, que no deben confundirse con la esencia o sustancia de aquélla. El Legislador no ha confundido, ni deben confundirse, por tanto, dos requisitos tan diferentes como son las *cosas de esencia* en los contratos, necesarias para que éstos existan y produzcan las obligaciones naturales, con las formalidades especiales en los contratos solemnes necesarias para que éstos produzcan efectos civiles».

En los contratos de venta de bienes raíces el Legislador además de los requisitos esenciales para que haya venta, quiso agregar, por razones de orden público, la escritura pública, no como prueba o solemnidad, sino como formalidad esencial en consideración a la naturaleza del contrato.

Y con esto no se va contra la distinción entre las cosas de solemnidad y las cosas de mera formalidad. La escritura pública es, además, de formalidad especial como solemnidad, formalidad esencial, por su naturaleza.

Y que es formalidad esencial se deduce: si según el Art. 1.857 la venta de bienes raíces no se reputa perfecta mientras no haya escritura pública; y si ese «no reputarse perfecta», tiene el mismo valor que el «reputarse perfecta», la venta hasta tanto haya convenio en la cosa y en el precio, es del todo lógico que hasta que haya escritura pública, como hasta que haya cosa y precio, en la venta de bienes raíces, no hay venta; el contrato no ha nacido.

Siendo, pues, la escritura pública en la venta de bienes raíces y servidumbres y en la venta de sucesiones hereditarias formalidad esencial para la existencia del acto, queda sin fuerza el argumento del Dr. Villegas.

«Según el Art. 1.501, — dice el Dr. Villegas — lo característico de un contrato a que falta una cosa esencial, es no producir efecto alguno. Por lo mismo, no produce obligaciones civiles, ni siquiera naturales. Y según el citado Art. 1.501, lo característico de un contrato solemne es que, si falta la formalidad especial a que la ley lo sujeta, no produce ningún efecto civil. Luego la falta de esa formalidad especial, que impide el que el contrato produzca efectos naturales, y, por lo mismo, obligaciones de esta última especie. El C. C. echa en esos artículos los fundamentos de la división entre lo inexistente y lo nulo. Los actos y contratos inexistentes son aquellos que carecen de una cosa esencial, y que, por lo mismo, no producen efecto alguno ni civil ni natural. Los actos y contratos nulos son aquellos que, no careciendo de las cosas esenciales que los constituyen, carecen de algún requisito que la ley prescribe para el valor de los mismos actos y contratos, y que en consecuencia, no producen ningún efecto civil, pero sí producen obligaciones naturales. La única excepción son los contratos simulados, que, careciendo de objeto y de causa, porque sólo existen en la apariencia, son nulos y no producen ni obligaciones naturales».

Extraña que el Dr. Villegas, furibundo sostenedor de la diferencia sustancial que existe entre acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente, considere como excepción los contratos simulados y los llame nulos y que por lo mismo no produzcan obligaciones naturales.

Y decimos que es sustancial esa diferencia, porque según sus sostenedores, el problema se reduce al ser y no ser.

Y para reducir a la impotencia el argumento del Dr. Villegas repetimos, en primer lugar, que la escritura pública que la ley exige para la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesiones hereditarias, es un elemento necesario para la existencia de esa clase de ventas, y no mera formalidad, según vimos al estudiar los dos incisos del Art. 1.857.

En segundo lugar, y como vimos, para que haya obligación natural, es necesario un principio de existencia jurídico, porque

las obligaciones naturales provienen de obligaciones civiles im-

perfectas.

Entonces, siendo elemento esencial para el contrato de compraventa de bienes raíces, servidumbres y sucesiones hereditarias, la escritura pública, el contrato no puede formarse sin ella; si el contrato no puede formarse, es porque no tiene principio de existencia jurídica, es decir, no es un contrato imperfecto y si no tiene principio, si no es imperfecto, no puede producir obligaciones naturales; no hay efecto sin causa.

Y para que no se crea que afirmamos gratuitamente el que la escritura pública en esas clases de ventas es elemento que exige la ley por razón de existencia, va la prueba.

Recuérdese, en primer lugar, la distinción que hicimos entre requisito y formalidad.

A causas iguales siguen efectos iguales.

Si el efecto que produce la omisión de un requisito, como el precio en la compraventa, la entrega de la cosa en los contratos reales, es igual, según el Art. 1.741, al efecto que produce la omisión de una formalidad de las que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, como la escritura pública para las ventas de bienes raíces, etc., o sea la nulidad absoluta del acto o contrato; y si valer jurídicamente es lo mismo que existir, tenemos que la escritura pública se exige por razón de existencia; y si se exige por razón de existencia, su omisión produce la inexistencia; y si produce la inexistencia del contrato, mal puede producir obligaciones naturales; y si no puede producir obligaciones naturales, no hay diferencia entre acto o contrato inexistente y acto o contrato nulo; y si no hay la diferencia, es impotente el argumento del Dr. Villegas.

Agrega el Dr. Villegas: «Las cosas esenciales a los contratos miran a las condiciones intrínsecas a éstos, a lo que es absolutamente necesario para que éstos contratos existan según las leyes naturales. Como un contrato de compraventa requiere esencialmente el que el comprador y vendedor se concierten en la cosa y en el precio, éstas son dos cosas esenciales en dicho contrato. Si falta una de ellas no hay venta, no hay efecto alguno, no nacen de allí obligaciones civiles ni siquiera naturales; y se miraría como una iniquidad el que de esa falta de contrato de venta, de ese contrato inexistente, de la nada, se tratase de derivar obligaciones, sean éstas de la clase que fueren. Las formalidades especiales de los contratos solemnes, miran tan sólo a los requisitos extrínsecos o formalidades externas de éstos, a lo que es preciso, por disposición de la ley, para que esos contratos no sólo existan y produzcan efectos y obligaciones naturales, sino que sean válidos ante la ley, y produzcan efectos y obligaciones civiles. Un contrato de venta de un terreno existe a la luz de las leyes naturales desde que comprador y vendedor convienen en la cosa que es objeto de la venta, o sea del terreno con su correspondientes ubicación y demarcación, y en el precio, o sea la suma de dinero que por esa finca se da. Pero si no se otorga la respectiva escritura exigida por nuestro Derecho

Civil como ritualidad necesaria para que ese contrato produzca efectos civiles, de él no nacerán obligaciones de esta última clase, será inválido y podría anularse, restituyendo las cosas al estado que tenían antes de haberse celebrado ese contrato, para borrar todas las huellas que dejó su existencia o sean los efectos producidos por las obligaciones naturales que se cumplieron respecto de él».

De dos puntos erróneos parte el Dr. Villegas, para fundar ese razonamiento.

Es el primero el considerar la escritura pública que exige la ley para el contrato de venta de un bien raíz, por ejemplo, como una mera solemnidad, con violación manifiesta del inciso 2º del Art. 1.741 y del inciso 2º del Art. 1.857.

Y el segundo, es el considerar que el Art. 1.746, que indudablemente se refiere a la nulidad absoluta, envuelve implícitamente la existencia de los actos o contratos nulos.

Viola el inciso 2º del Art. 1.741, porque según éste, la nulidad producida por la omisión de una formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, produce nulidad absoluta, efecto igual al que produce la omisión de un requisito esencial para que el acto valga. Y como el Código no habla sino de nulidad absoluta y nulidad relativa, se sigue que la omisión de un requisito produce la inexistencia o la nulidad absoluta, y la omisión de aquella clase de formalidades, produce igualmente la inexistencia o la nulidad absoluta; pero no puede decirse que en uno de los casos haya inexistencia y en el otro nulidad absoluta, porque donde la ley no distingue no debemos distinguir.

La violación del inciso 2º del Art. 1.857 consiste en lo siguiente: ya vimos que el no reputarse perfecta que emplea el inciso 2º, para aquellas ventas de bienes raíces, etc., sin escritura pública, es igual enteramente al reputarse perfecta la venta cuando las partes han convenido en la cosa y en el precio, en sentido negativo; si son idénticas, los efectos que produce la omisión de cualquiera de esas causas, son iguales; y si la venta mientras no hay cosa o precio es inexistente, debe ser y en efecto es, inexistente la venta de un bien raíz, etc., mientras que no haya escritura. Entonces si esas causas producen iguales efectos, según el citado artículo, asignarles diferentes, es violarlo.

En cuanto al Art. 1.746, ya dijimos y repetimos, que lo que establece es que los individuos no se hagan justicia por su propia mano, y que lo que hace el Juez en ese caso no es anular el contrato, puesto que es un imposible enular la nada sino que declara que la nulidad existía.

Pero se nos dirá que declarar que existía la nulidad en un acto o contrato es reconocer que existía el acto o contrato, puesto que la nada no puede ser sujeto. Y contestamos: se nos diría bien si se tratara de la nulidad relativa, pero como tratamos de la nulidad absoluta, es decir, del máximo de la negación, se nos diría mal, porque lo que existe es una apariencia de contrato, que viene a ser el mismo sujeto de la ejecución del hecho.

Y llama la atención, sobre todo, la frase «da a las partes de»

recho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo», porque parece que diera a entender que las cosas que se restituyen a un estado anterior son los vínculos jurídicos que antes del acto o contrato existían, es decir, que se suspenden los efectos.

Pero es que los que así concluyen no tienen en cuenta la disposición en conjunto y en armonía con todo el espíritu del Código: realmente el acto o contrato nulo, tuvo existencia como hecho; por lo mismo, origina o produce situaciones de la misma clase; y desde que ellas se originan hay algo que destruir, o mejor, restituir a una estado anterior, como si no hubiese existido ese hecho.

Dice el Dr. Villegas: «El Art. 1.740 del C. C. dice que 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. Y el Art. 1.741 de la misma obra predice que la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son *nulidades absolutas*. El Art. 1.857 de la misma obra, en su párrafo 2º., preceptúa que la venta de bienes raíces y servidumbres, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

«Rigurosamente se deduce de esos tres artículos que la venta de un inmueble, si no se ha otorgado escritura pública, es imperfecta y nula y, la nulidad es absoluta. En manera alguna podrá considerarse como inexistente semejante contrato. Si fuese inexistente, no habría producido efecto alguno, no sólo civil, sino meramente natural: porque es absurdo que lo inexistente, la nada, surta efectos de cualquiera especie. Luego una cosa es la inexistencia y la nada de un contrato, y otra muy diversa la nulidad de un contrato existente. Se salva el caso de simulación, en que la existencia del contrato es tan sólo aparente».

Dice el Dr. Villegas que de los artículos por él citados se deduce rigurosamente, pero no es así; veamos por qué

Desde luego, es erróneo decir que el acto o contrato produzca efectos naturales, porque ante la ley un contrato de compraventa de un bien raíz al cual falta la escritura pública, para insistir en el ejemplo, no es perfecto, porque le falta una formalidad; no es imperfecto, porque la formalidad es esencial para el valor del contrato (existir vale tanto como valer); luego si el contrato no es ni perfecto ni imperfecto, tiene que ser inexistente o nulo, porque no cabe medio; y si es inexistente, no puede producir efectos naturales, «porque es absurdo que lo inexistente, la nada, surta efectos de cualquiera especie».

Según el Art. 1.740, todo acto 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, es nulo. Y agrega: «La nulidad puede ser absoluta o relativa».

El Art. 1.741 dice en el primero y segundo incisos, cuáles

recho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo», porque parece que diera a entender que las cosas que se restituyen a un estado anterior son los vínculos jurídicos que antes del acto o contrato existían, es decir, que se suspenden los efectos.

Pero es que los que así concluyen no tienen en cuenta la disposición en conjunto y en armonía con todo el espíritu del Código: realmente el acto o contrato nulo, tuvo existencia como hecho; por lo mismo, origina o produce situaciones de la misma clase; y desde que ellas se originan hay algo que destruir, o mejor, restituir a una estado anterior, como si no hubiese existido ese hecho.

Dice el Dr. Villegas: «El Art. 1.740 del C. C. dice que 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. Y el Art. 1.741 de la misma obra predice que la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. El Art. 1.857 de la misma obra, en su párrafo 2º., preceptúa que la venta de bienes raíces y servidumbres, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

«Rigurosamente se deduce de esos tres artículos que la venta de un inmueble, si no se ha otorgado escritura pública, es imperfecta y nula y, la nulidad es absoluta. En manera alguna podrá considerarse como inexistente semejante contrato. Si fuese inexistente, no habría producido efecto alguno, no sólo civil, sino meramente natural: porque es absurdo que lo inexistente, la nada, surta efectos de cualquiera especie. Luego una cosa es la inexistencia y la nada de un contrato, y otra muy diversa la nulidad de un contrato existente. Se salva el caso de simulación, en que la existencia del contrato es tan sólo aparente».

Dice el Dr. Villegas que de los artículos por él citados se deduce rigurosamente, pero no es así; veamos por qué

Desde luego, es erróneo decir que el acto o contrato produzca efectos naturales, porque ante la ley un contrato de compraventa de un bien raíz al cual falta la escritura pública, para insistir en el ejemplo, no es perfecto, porque le falta una formalidad; no es imperfecto, porque la formalidad es esencial para el valor del contrato (existir vale tanto como valer); luego si el contrato no es ni perfecto ni imperfecto, tiene que ser inexistente o nulo, porque no cabe medio; y si es inexistente, no puede producir efectos naturales, «porque es absurdo que lo inexistente, la nada, surta efectos de cualquiera especie».

Según el Art. 1.740, todo acto 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, es nulo. Y agrega: «La nulidad puede ser absoluta o relativa».

El Art. 1.741 dice en el primero y segundo incisos, cuáles

son las causas que producen la nulidad absoluta, y son: el objeto o la causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y, la incapacidad absoluta.

El párrafo 2º. del Art. 1.857 dice que la venta de bienes raíces y servidumbres y de las sucesiones hereditarias, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública.

Empecemos por el fin: si fuésemos a considerar el 2º. inciso del Art. 1.857 aisladamente, de seguro que le daríamos la razón al Dr. Villegas; pero como de esa manera no se interpretan las disposiciones de los Códigos, sino como que forman parte de un todo armónico y correspondiente, tenemos, al interpretar una disposición, qué ver otras que emplean las mismas frases, y que sirven de complemento. Entre las disposiciones que emplean la misma frase «no reputarse perfecta», está, sin mayor dificultad en su busca, el inciso 1º. del Art. 1.857, aun cuando empleada en sentido afirmativo. Reputarse perfecta una cosa desde, vale tanto como no reputarse hasta.

Ya vimos cómo el «no reputarse perfecta» la venta de un bien raíz, por ejemplo, sin escritura pública, es lo mismo que reputarse no existir la venta, y no que la venta sea apenas imperfecta, precisamente por los absurdos que se seguirían de interpretar ese inciso en la forma que indica el Dr. Villegas.

El Art. 1.741 nos dice que la omisión de una formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, produce nulidad absoluta.

Valer jurídicamente es lo mismo que existir.

Entonces razonamos: Si la ley considera nula absolutamente la venta de un bien raíz sin escritura pública—especificando, porque ésta es una solemnidad, cosa que admite el Dr. Villegas—; si el Legislador por medio del Art. 1.741 ha dicho que esa formalidad o solemnidad es esencial para las ventas de esa clase, porque existir en derecho es lo mismo que valer, se deduce, lógicamente, que el contrato de venta de un bien raíz, sin escritura pública, no existe. Lo que demuestra que el Legislador da el mismo valor a las palabras nulidad e inexistencia.

O así: si el no reputarse perfecta una venta de un bien raíz sin escritura pública, es, según el inciso 2º. del Art. 1.857, no existir; si según el Art. 1.741, la formalidad exigida para el valor de un acto o contrato en consideración a su naturaleza—y lo es la escritura pública en la venta de un bien raíz, etc.—dice relación a la existencia, es del todo lógico que para el Legislador no hay diferencia entre lo nulo y lo inexistente. Causas iguales producen efectos iguales.

El Art. 1.740 no lo analizamos, porque se refiere en general a la nulidad absoluta y a la relativa.

Luego se deduce rigurosamente que esos tres artículos no establecen diferencia entre lo nulo absolutamente y lo inexistente.

Sigue el Dr. Villegas: «Cuando el contrato es nulo, absoluto o relativamente, hay acción para pedir que esa nulidad se declare»

re (Arts. 15 de la Ley 95 de 1.890 y 1.843. del C. C.). Si nulidad e inexistencia de un contrato fuesen una misma cosa, esa acción sería sobre absurda, inútil; porque se enderesaba sobre un contrato inexistente, contra la nada, contra lo mismo que, por no tener existencia, no puede destruirse».

Está muy bien que el Dr. Villegas considere absurda la acción para pedir que un contrato inexistente se destruya; pero no está bien el que deduzca de allí que hay diferencia entre lo inexistente y lo nulo absolutamente en el sistema de nuestro Código, porque la acción que se da en cuanto a los contratos nulos, es para pedir su declaración, a base de la ejecución del contrato, cosa que no puede impedir la ley, ejecución que produce, rigurosamente, situaciones que es preciso destruir. Y la acción es para pedir que se reconozca la existencia de la inexistencia del contrato, porque los individuos no pueden hacerlo por sí mismos.

«El mismo Art. 1.860 del C. C. — dice el Dr. Villegas — ya citado a otro propósito, es decisivo en el particular. Allí se establece que, «si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convenición, ni después de otorgada la escritura pública de la venta o de principiada la entrega». Luego hablándose de inmuebles, antes de otorgarse esa escritura pública, hay *contratantes*, y, por lo mismo, contrato existente. El suponer *contratantes* donde no hay convenio existente, es absurdo que, por ser notorio, no puede achacársele al Legislador».

No es tan decisivo, como dice el Dr. Villegas, el argumento que él saca del Art. 1.860 del C. C., para hacer la distinción entre lo nulo absolutamente y lo inexistente, porque aun cuando es cierto que la ley habla de contratantes sin haber contrato de venta, no es menos cierto también, que si los hay, porque entre esos individuos ha nacido el vínculo jurídico que se desprende de la entrega misma de las arras; y si hay vínculo jurídico entre ellos, con anterioridad al contrato de compraventa, muy bien puede hablarse de contratantes.

Dice el Dr. Villegas: «Hay acciones generales para la anulación de los actos y contratos, pero no hay acciones generales sobre la inexistencia de esos mismos actos o contratos. Por medio de las primeras se obtiene la declaración de la nulidad, gracias a la cual y por las prestaciones mutuas, se vuelven las cosas a su primitivo estado, se deshacen los efectos que hayan producido esos actos o contratos nulos, y en materia de deterioros, frutos y mejoras, cada parte toma el lote o carga que equitativamente le toque o deba gravarla. Pero como para la inexistencia de los actos o contratos no hay acción general de inexistencia, si los contratos nulos se consideran contratos inexistentes, no habrá medio de restituir las cosas a su primitivo estado, deshacer los efectos de tales actos o contratos, ni de indemnizar equitativamente a las partes. Si se dijere que sí se reconoce esa acción general de inexistencia, que se la muestre. Yo niego rotundamente que la ley la consagre.»

De acuerdo estamos con el Dr. Villegas en que no hay acción general, directamente, para la inexistencia, puesto que el Código en parte alguna habla de ese vicio; pero indirectamente sí la hay, porque cosas de una misma naturaleza, y también como causas, producen los mismos efectos y de la misma naturaleza.

Pero repetimos, la acción de nulidad que establece el Art. 1.746, se refiere tanto a lo que han dado en llamar inexistencia, como a la nulidad absoluta, todo a base de la ejecución de un acto o contrato al cual la ley no le reconoce efecto alguno, pues considera que no existe.

«La nulidad si es absoluta se sana por 30 años. si es relativa, por cuatro. Desde que se sana el acto o contrato que había sido nulo, queda en toda su fuerza y vigor. Existía imperfecto y nulo, y se torna, gracias al transcurso del tiempo, en perfecto y válido. Si el ser nulo un acto o contrato fuera ser inexistente, sería imposible el saneamiento de los actos o contratos por el rodar de los años; porque no habiendo existido, continuarían no existiendo después de los 30 o de los 4 citados.»

Este decir del Dr. Villegas es absolutamente erróneo, y como ya hemos dicho mucho con relación a eso, no repetimos, por no alargarnos.

«En favor de su tesis - dice el Dr. Villegas - la Corte no cita más que el Art. 1.760 del C. C., que preconiza se *miren* como no ejecutados o celebrados los actos o contratos que, requiriendo instrumento público, no se prueban con la exhibición de tal instrumento. A esto debe oponerse: a) Que el epígrafe y la naturaleza del título en que ese artículo se halla, es el «De la prueba de las obligaciones.» b) Que es, por tanto, un título de legislación civil adjetiva, aunque se halle en el C. C. c) Que ese artículo no dice que los actos y contratos que quieran probarse no existan, sino que, «se mirarán como no ejecutados o celebrados», expresión de que se vale varias veces el legislador colombiano para introducir ficciones legales (Véanse los Arts. 1.129 y 1.130 del C. C.) ch) Que aun suponiendo que no se repite eso como ficción, entre una disposición general y otra disposición sustantiva y especial (el citado Art. 1.746 *ibidem*) que dice que los actos y contratos nulos existen, no cabe vacilación: prefiere la última. d) Que contra la doctrina de dicho Art. 1.760 estarían todo el espíritu y la letra de la ley en las disposiciones acotadas y en otras muchas que pudieran citarse.»

Demostrado que no hay diferencia entre lo nulo y lo inexistente, agregamos: es cierto que el lenguaje del Código es muy variado en cuanto a las frases que emplea para indicar que un acto o contrato, y en general, una obligación, no vale o no existe, tales como «se tendrá por no escrita», «se mirarán como no ejecutados o celebrados» etc., pero también es cierto que en esas frases el espíritu es el mismo.

De esto se deduce: a) Que es cierto que el epígrafe y la materia del título en que se halla el Art. 1.760, es el «De la prueba de las obligaciones.» b) Que es, por tanto, un título de legislación civil adjetiva, aunque se halle en el C. C. c) Que esa

artículo dice que los actos y contratos que quieran probarse, no existen, porque del espíritu del Art. se deduce que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra solemnidad en los actos y contratos en que la ley la exige. En efecto, el Art. continúa: « en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, etc. » Luego se ve claramente que donde el Legislador dijo *prueba*, quiso decir *solemnidad*. ch) Que no hay oposición entre el Art. 1.760 y el 1.746 del C. Civil, por todo lo que hemos dicho con relación a este último. d) Que no habiendo tal oposición entre esas dos disposiciones, queda sin fuerza lo dicho por el Dr. Villegas.

«Que el aserto de que la omisión del instrumento público en una venta de inmuebles impide que el convenio produzca hasta obligaciones naturales, pugna con la letra clara y el preciso espíritu del Art. 1.527 del C. C., en su ordinal 3°. Allí se citan como obligaciones naturales «las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida.» Luego las que proceden de un contrato de venta de inmueble en que no se ha otorgado escritura pública, son obligaciones naturales. Ni se arguya que ese ordinal habla de actos y no de contratos: porque aquel vocablo se toma allí como en otros lugares del Código, en su acepción genérica, que abarca tanto los actos como los contratos. Véanse, si no, los Arts. 1.495 (definición de contrato que dice que este es un acto), y 1.502 donde se determinan las cosas esenciales en todo acto o declaración de voluntad, disposición que abarca tanto los actos como los contratos.»

Al Dr. Villegas no le diremos que el numeral 3°. del Art. 1.527 del C. C. habla de *actos* porque bien comprendemos el sentido en que está tomada en él esa palabra; pero sí, que la escritura pública para la venta de bienes raíces o servidumbres y de sucesiones hereditarias, se exija como mera solemnidad o formalidad, y no por razón de existencia. Esto y lo dicho al comentar las afirmaciones del Sr. Navas, baste para dejar impotente el argumento del Dr. Villegas.

Por último, dice el Dr. Villegas: «Con esta teoría, que debe considerarse como genuina interpretación de los principios que informan nuestro C. C., las acciones en cada caso son claras. Se trata de algo que se dió sin existir contrato? Pues se pide por el que lo dió como pago de lo no debido, conforme al Art. 2.315 del C. C. Se trata de lo que se ha dado en virtud de un acto o contrato existente, pero imperfecto y nulo? Pues se pide la nulidad, y como efecto civil de ésta vienen las prestaciones mutuas, en virtud de las cuales el que pagó el precio de un inmueble, tiene derecho a que se le restituya; y el que es responsable de un deterioro, paga su valor; y el que toma frutos ajenos, los pesca; y el que hizo mejoras tiene derecho a que se le abone su valor, etc. Se trata de un convenio perfecto? Pues todos ellos traen las acciones correspondientes para hacerlo cumplir. Así, no se da caso que no tenga su acción bien clara.»

A todo razonamiento le pone fin una conclusión; y si el razonamiento está apoyado sobre bases verdaderas, las conclusiones serán verdaderas; no así al contrario. En este caso vimos cómo tal razonamiento es falso, luego falsa debe ser la conclusión.

Demostrada la falsedad de la distinción entre contrato nulo y contrato inexistente, desde el punto de vista de la teoría del Dr. Luis Eduardo Villegas, réstanos ver la doctrina general que sostiene esa diferencia, y que es contraria a aquélla.

Esa doctrina la tomaremos del Dr. Fernando Vélaz, quien dice: «El acto es *nulo* cuando adolece de nulidad absoluta, esto es, de un vicio insubsanable. Por ejemplo, la incapacidad absoluta de uno de los contratantes.

«El acto es *inexistente*, cuando en su parte interna o externa le faltan de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal. Por ejemplo, una escritura otorgada ante Prefecto, o la cláusula en las capitulaciones matrimoniales de que la mujer ejerza la patria potestad en vida del marido.»

En síntesis, lo que caracteriza esta doctrina es que, según sus sostenedores, el contrato nulo produce efectos, y por lo mismo hay necesidad de destruir algo; y el contrato inexistente, no los produce y, por lo mismo, nada hay que destruir.

Analícemos esos conceptos.

Veamos un ejemplo para el primero: Pedro, que apenas cuenta trece años de edad, contrata con Juan la construcción de una casa, y otorgan documento.

Suponiendo que el contrato fuera válido, qué efectos produciría? La obligación de hacer por parte de Pedro, de tal manera que Juan, al vencimiento del plazo, si lo fijaron, o si nó el que peritos fijen como suficiente para construir una casa de la clase que la quiere Juan y que contrató con Pedro, puede demandar el cumplimiento de la obligación; y Juan queda obligado a pagar el precio estipulado, so pena de ser obligado, igualmente, en virtud de demanda.

Pero veamos si es válido ese contrato.

Elemento esencialísimo para que exista un contrato, o una obligación en general, es el consentimiento, de tal manera que decir que haya contrato sin consentimiento es tan absurdo que repugna a la razón natural, al sentido común.

Pero esa necesidad del consentimiento, que aun cuando la ley no lo hubiera dicho, se supondría, está claramente consignada como elemento necesario, esencial, *sine qua non*, para que una persona se obligue, por el Art. 1.502 del C. Civil.

El Art. 1.714 dice que la falta de un requisito produce nulidad absoluta.

Y recuérdese la distinción que hicimos entre requisito y formalidad, para que se vea sin necesidad de esfuerzo, que la falta del consentimiento produce nulidad absoluta, cosa ésta en que estamos de acuerdo.

Pero no hemos dicho por qué falta el consentimiento, y es por esto: la ley para declarar que una persona es incapaz absolutamente tuvo en cuenta la falta de consentimiento o la impo-

sibilidad de manifestarlo exteriormente, cuando si puede dárseles, los dementes y los absolutamente incapaces a los impúberes, los catorce años; luego el que no tiene sino trece es impúber, y por lo mismo, incapaz de consentimiento.

Y si la ley considera que no es capaz de consentir, podrá considerar que es capaz de contratar?

Entonces se impone, es de rigor concluir que allí no hay contrato, y tenemos un contrato inexistente, expresión que es impropia, porque en ella se reconoce existencia a lo que no existe.

Y si no puede haber efecto sin causa, cómo se afirma que un contrato que no nació (un acontrato), produce efectos?

Precisamente, porque se cree que el Art. 1.746 destruye, lo cual es un absurdo; en él se reconoce que hay nulidad, y el reconocimiento presupone la existencia de lo que se reconoce, porque si nó, no habría reconocimiento.

Pero de las mismas palabras del artículo se desprende que se han creado, por ejecución del contrato nulo, ejecución que es un hecho, situaciones anormales que es preciso destruir, y que en manera alguna se pueden considerar como efectos jurídicos: «al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»; lo que equivale a decir que aun cuando el contrato es nulo, los contratantes lo han ejecutado, porque no se le puede achacar al Legislador el absurdo de que lo nulo exista; o la palabra nulo que emplea el Art. se refiere a la relativa, y entonces no hay distinción.

Salta a la vista la distinción que hace el Dr. Fernando Vélez al hablar de la declaración de la nulidad absoluta: «Si el acto o contrato nulo *no se ha ejecutado*, como si vendido un inmueble por documento privado, no lo ha entregado el vendedor, *prácticamente carece de objeto* (subrayamos) demandar la nulidad del acto. Si el vendedor—en el ejemplo indicado el supuesto comprador—demanda el cumplimiento del contrato, el Juez, siendo manifiesta la nulidad, tendría que declararla de oficio. Si el demandado puede alegar la nulidad, como en el caso del que sea heredero del supuesto vendedor, el Juez también la declararía aunque no fuese manifiesta, como si el vendedor hubiera sido un individuo absolutamente incapaz que hubiese vendido el inmueble por escritura pública. En este caso creemos que el mismo incapaz puede alegar la nulidad porque faltó de conocimiento según la ley, no supo ni debió saber el vicio que invalidaba el contrato.

«Como se ve, cuando el acto nulo no se ha ejecutado, lo natural es que la nulidad sirva de excepción perentoria al pedir-se la ejecución del acto o contrato. Sin embargo, *aun en este caso nada se opone a que demande la declaración de nulidad quien pueda hacerlo* (subrayamos), como los herederos del absolutamente incapaz o éste mismo en el caso visto antes, para librarse de litigios posteriores o de las pretensiones de quien quisiese derivar derechos del acto nulo.» (subrayamos.)

Luego si del acto o contrato nulo no se derivan derechos, mal pueden originarse obligaciones; y si no se derivan derechos, ni obligaciones, no existe el acto o contrato, porque aquéllos son los efectos de todo acto o contrato existente, sea perfecto o imperfecto.

Sigue el doctor Vélez: «Si el acto o contrato *ha sido ejecutado*, como si el inmueble vendido por documento privado o por un impúber se ha entregado al comprador, para que desaparezcan los efectos del contrato se necesita declaración judicial de la nulidad? Según el señor Fabrés, nó porque el acto o contrato absolutamente nulo, es acto o contrato inexistente de que puede hacerse caso o niso. «Pero si una persona capaz vende un fundo, dice dicho señor, y esto da idea exacta de su teoría, por escritura privada y lo entrega, ha celebrado un contrato de nulidad absoluta sabiendo el vicio que lo invalidaba; esta persona no puede alegar la nulidad, se nos dice, según el artículo 1.693 (15 que nos ocupa de la Ley 95 de 1.890—). En hora buena, dirá el vendedor, no hay cosa más cierta, dirá el vendedor; pero no lo es menos que por ese contrato no he transmitido yo el dominio, y por consiguiente no lo he perdido. Yo ejercitaré mi acción reivindicatoria, y no la de nulidad. Cómo se defenderá el comprador? Alegando el contrato cuya nulidad aparece de manifiesto. El vendedor dirá, por su parte, que el contrato es nulo, pero que su acción no es la nulidad, si no la reivindicatoria; que el reo en la excepción se hace actor, y no teniendo título en qué fundarla, porque el Juez debe deshecharlo de oficio, no puede menos que darse cabida a su demanda.»

En síntesis: si el contrato nulo no se ejecutó, no hay para qué pedir el reconocimiento de esa nulidad por el Poder Judicial; si se ejecutó, como el contrato es nulo, esa ejecución es un hecho que nada tiene qué ver con un contrato que no ha existido; pero como la ejecución de ese hecho crea situaciones de su misma naturaleza —de hecho—hay qué destruirlas, lo que se llama acción de nulidad.

Y aquella distinción de nulidad del doctor Vélez es de suma trascendencia, tanto más cuanto que para él existe la diferencia.

Pero en el caso del absolutamente incapaz, es decisivo el inciso 2º del Art. 1.504 que dice, refiriéndose a esa clase de personas: «Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución». Y los contratos por ellos celebrados son, según el Art. 1.741, nulos; y si no producen ni obligaciones naturales, tendrán existencia?

Se necesitará la declaración de nulidad para los contratos que han dado en llamar inexistentes?

Sí, porque, como dice el mismo doctor Vélez, sin embargo, aun en este caso (cuando no se ha ejecutado el contrato nulo) nada se opone a que demande la declaración de nulidad quien pueda hacerlo, como los herederos del absolutamente incapaz o éste mismo en el caso visto antes (la venta de un inmueble por documento privado) para librarse de litigios o de las pretensiones de quien quisiese derivar derechos del acto nulo», Y si esta

distinción es con relación al caso en el cual no se ha ejecutado el acto o contrato nulo o inexistente, con cuánta mayor razón, en el caso en el cual de hecho se ha ejecutado el acto o contrato inexistente!!!

Donde la ley no distingue no debemos distinguir: ella llama a los efectos de la omisión de los requisitos esenciales a un acto o contrato, y a los de la omisión de una formalidad esencial a un acto o contrato, en consideración a su naturaleza, nulidad absoluta; y si los efectos de la omisión de las últimas, quieren llamarse inexistencia, habrá qué llamar así a la de los primeros.

Veamos, por último, otra faz o manifestación de la teoría diferencial, si así podemos llamarla.

Esta faz es la que argumenta con los contratos simulados.

Una venta simulada es aquella que tiene todas las apariencias de válida. Admiten que es nula absolutamente, precisamente para deducir que ella produce efectos jurídicos, y establecer la correspondiente diferencia entre lo nulo y lo inexistente.

Se ejemplifica: Enrique vende a Juan simuladamente una finca de su propiedad. Otorgan la correspondiente escritura, la cual es legal. Por el hecho del registro, dicen se transmite la propiedad a Juan, cosa que no puede ser sino efecto jurídico del contrato.

En cambio, Enrique vende a Juan su finca por documento privado. Allí no hay contrato porque la ley exige como formalidad esencial la escritura pública para esa y otras clases de venta; y mucho más, no hubo transmisión de la propiedad; luego no produjo efectos.

Y agregan: en el primer caso, el contrato es nulo, y necesita de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada para destruir los efectos que produjo, es decir, para que las cosas vuelvan al estado que tenían antes del contrato. En el segundo, nada hay qué destruir, porque no hay efecto; luego no se necesita la declaración de nulidad.

Todo este razonamiento sería verdadero, si no se partiera, en él, de una base verdaderamente falsa.

Antes de argumentar, digamos qué son los contratos simulados.

Pedro, individuo a quien por sus malos negocios, o por cualquiera otra causa, no importa, han ejecutado sus acreedores, para evitar el embargo y consiguiente remate de un bien raíz que posee, resuelve venderlo simuladamente a Juan. En efecto, se presenta ante un Notario y el uno da por recibido el precio y el otro la finca; se registra la escritura, y para terceros ha habido contrato.

Pero qué es lo que hay en realidad?

Veamos:

El consentimiento no se da sino aparentemente, que vale tanto como decir que no se da, pues comprador y vendedor conciben solamente en aparentar que existe venta para engañar a terceros, y esa venta no tiene lugar, porque al cabo de cierto tiempo volverán las cosas a su estado anterior.

Falta también el precio, aunque el vendedor lo dé por reci-

bido, porque es característico de los contratos simulados lo ilusorio de él; y la causa, porque la voluntad, tanto del comprador como del vendedor, no es obtener la prestación prometida, sino todo lo contrario.

Cuál es el ánimo del vendedor?— hacer creer a terceros que ha transmitido el dominio al comprador, y no el de transmitirlo sencillamente, valiéndose de la tradición simbólica en las ventas en que es necesaria la escritura pública.

Cuál es el del comprador?— aparentar ante terceros que es dueño de la cosa, valiéndose también de la tradición simbólica, y no el de adquirir la propiedad, pues casi siempre, el supuesto comprador debe devolver el bien comprado dentro de cierto tiempo, y lo considerará como peretneciente al vendedor.

Falta, pues, la intención de transmitir el dominio, y la intención de recibirlo; luego nada se trasmite. Y no se trasmite la propiedad, porque la tradición simbólica, establecida por razones de utilidad pública tiene que suponer necesariamente la intención, que es esencial, según el Art. 740.

Es un contrato simulado, faltan, pues, el consentimiento, la causa, el precio y la intención de transmitir el dominio.

Pero entonces qué hay en los contratos simulados? Como su nombre lo indica, pura apariencia.

Y argumentamos:

1º.—Vimos atrás, cómo el «no reputarse perfecta ante la ley» una venta de un bien raíz sin escritura pública, es igual, en sentido negativo, al «se reputa perfecta», la venta, cuando las partes han convenido en la cosa y en el precio, principios que tienen, éste, el carácter de general, y aquél el de especial, pero supuesto por el segundo el primero. En los contratos simulados, aunque hay cosa, no hay precio; luego si se reputa inexistente el contrato de venta de un bien raíz sin escritura pública, debe reputarse también inexistente, con mayor razón, una venta simulada, porque si por faltar una formalidad esencial no existe una venta, menos puede existir si le falta un elemento esencial.

2º.—El Art. 1.741 señala para la omisión de algún requisito y para la omisión de alguna formalidad que las leyes exigen para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, iguales efectos, la nulidad absoluta. En los contratos simulados se omite un requisito, el precio; en la venta de un bien raíz sin escritura pública, una formalidad esencial; y como los particulares no pueden asignar mayores o menores efectos a causas que los producen iguales, según la ley, tenemos que si se llama inexistente una venta de bien raíz sin escritura pública, hay que llamar inexistentes también a los contratos simulados.

Se transmite el dominio en un contrato simulado?

Nó, porque aun cuando hubo el registro, la intención no fue esa; pero ante terceros y ante la ley misma sí, porque la legislación civil supone que todos los individuos obran de buena fe, y lo mismo en cuanto a los individuos que no pueden estar al corriente de todos los pactos; pero esa transmisión no es sino aparente, puesto que en la realidad nada se trasmite, pues no

hubo intención, y las apariencias no son realidades.

Además, las partes en los contratos simulados conservan la voluntad y la intención de no cambiar las relaciones jurídicas que existen al tiempo de su celebración.

Pero nos dirán: es necesario para que las cosas sean restituidas, en la apariencia, al estado que tenían antes del contrato simulado, que dicho contrato sea declarado nulo judicialmente; luego había efectos jurídicos que destruir.

Y nosotros respondemos: es necesaria, y más que en los otros contratos nulos, la declaración de nulidad, porque el contrato se ejecuta o celebra automáticamente, por el registro; y, además, porque la nulidad está más escondida. En cuanto a la ejecución o celebración del contrato automáticamente, nosotros decimos que ella produce efectos de hecho, no jurídicos, porque el registro es un hecho y nada más, por cuanto en los contratos simulados no hay la intención de transmitir el dominio, ni de recibirlo.

El Dr. Fernando Vélez nos dijo ya que la nulidad de un contrato inexistente podía ser declarada, pero sin fines prácticos.

Resumiendo: Acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente, creemos que sean lo mismo; no encontramos diferencia sustancial. Que para los unos, ciertas ocasiones, y para los otros, las más, sea necesaria la declaración judicial de nulidad, por razón de ejecución y consiguiente creación de situaciones de hecho, admitido.

Y decimos que creemos, y de buena fe, porque no se nos ha mostrado la diferencia sustancial que haya. De manera que si, con razones que nos convenzan, se nos muestra, no tenemos inconveniente en olvidar estas páginas, y sostener la diferencia, no por volubilidad, sino porque somos racionales.

FIN

Medellín, Octubre 4 de 1.926.

Presentada en su fecha.

Alejandro González Villa
Estudiante de 2º. año

LA CONFERENCIA SOBRE DERECHO PENAL DEL DR. A. CORDOVA

El doctor Antonino Córdoba, jefe de la misión penal italiana dictó ayer tarde en la facultad de derecho su primera conferencia

EL TEXTO INTEGRAL

Como estaba anunciado, el doctor Córdoba, jefe de la misión de penalistas italianos, contratada por el gobierno para llevar a cabo nuestra reforma penal, inició ayer tarde, en el salón de actos de la facultad de derecho de la universidad nacional, la primera conferencia de una serie que comprenderá el estudio de la evolución de la ciencia penal, desde el año 476 de la era cristiana, hasta nuestros días. El cursillo se dictará en cinco conferencias, la última de las cuales versará sobre el proyecto de reforma penal presentado por la misión italiana al congreso actual.

El doctor Córdoba habló en castellano, lengua que domina con bastante facilidad. El salón estaba lleno con exceso de profesores, abogados y estudiantes de derecho. Entre los asistentes recordamos a los doctores Ignacio R. Piñeros, senador de la república; Parmenio Cárdenas y Juan C. Trujillo, magistrados de la Corte; Rafael Escallón, penalista; y otros.

Al concluir el doctor Córdoba su disertación, fue largamente aplaudido y felicitado. El distinguido conferenciante tuvo la galantería de cedernos el texto de su conferencia que publicamos a continuación:

Dijo así el doctor Córdoba:

El derecho penal italiano desde la caída del Imperio Romano de Occidente, hasta el descubrimiento de América (476-1492)

I

Señor rector, señores profesores, señores:

De esta cátedra ilustrada por hombres eminentes de Colombia, me siento honrado al hablar a la estudiosa juventud colombiana, ávida de saber y de progreso.

El alto cargo que me fue conferido, el cual me ligará con recuerdos que no se han de borrar en mi espíritu, a esta tierra bendita por Dios, que lleva un nombre sagrado y querido para todo el mundo y para los italianos especialmente, me permite este paréntesis gustoso y noble, exteriorizado en un coloquio ideal con vosotros, los que me escucháis, vosotros, que sois la flor más pura de este gran pueblo; vosotros, que de su porvenir y su civilización representáis la esperanza más bella.

Embajador intelectual de mi patria aquí en Colombia, me prometo, al regresar a mi tierra nativa, arrogarme la gloria y la honra de considerarme como representante modesto pero afectuoso de esta Colombia, que me ha acogido con amistad y confianza cordiales, y de decir a mis conciudadanos que los océanos no dividen sino unen, que muy lejos de nuestros mares vive y prospera un pueblo consciente de sus orígenes latinos, hijo de la misma madre inmortal, Roma: un pueblo digno de ser mejor conocido, porque conocerlo significa amarlo.

Acoged, oh jóvenes, con vuestra vibrante generosidad, mi atento saludo, lleno de amistad y de admiración. Vosotros sabéis sonreír y sabéis meditar: en vuestras fiestas juveniles sabéis manifestar toda la hidalguía de vuestro espíritu ardiente; vosotros conocéis también las melancólicas meditaciones en las horas de estudio, cuando vuestro ánimo interroga y acoge las grandes enseñanzas del pasado luminoso. Vosotros sabéis apañar el sentimiento poético que embellece e ilumina, con la práctica y equilibrada visión de la realidad: en muchos de vosotros renace el alma de nuestro Cino de Pistoja, quien en el siglo XIII, siglo que abrió el renacimiento italiano, supo ser gentil poeta e insigne jurista.

Hablando del derecho penal italiano desde la caída del Imperio Romano de Occidente, procuraré dar a mis palabras y a mis ideas carácter universal, porque la historia del derecho italiano, particularmente del derecho penal, se confunde con la historia jurídica de todo el mundo civilizado y por esto es parte de vuestra misma historia.

Caído el Imperio Romano de Occidente en el año 476, pareció que una gran luz fuera apagada en el mundo, que entonces no tenía la gran extensión que tiene hoy: se extinguió formalmente una actividad política y social, se destruyó una unidad que surgiendo de oscuros orígenes ocho siglos antes del nacimiento de Jesucristo, había llenado de la potencia prestigiosa de su nombre toda la tierra.

Pareció oscurecida un instante la alta profecía de Horacio, porque se podía creer por un momento que Roma, perdiendo el carácter y el título de centro del imperio, fuera degradada a ciudad de segundo orden. Pero la profecía resurgió, y como la fabulosa ave fénix *pos fata resurget*, Roma con las inevitables repercusiones políticas que ocasionaba el nuevo orden, continuó enseñando al mundo, políticamente por medio de la potencia espiritual del pontífice católico y científicamente a través de la inmortal sabiduría de su derecho.

Fue el cristianismo que salvó el espíritu de la civilización ro-

mana.

El edicto de Constantinopla (313) de reconocimiento de la religión de Cristo, que se había difundido en el mundo por la sangre de los mártires y por la virtud gloriosa del ejemplo, ya admitido en las funciones del estado la nueva religión, había hecho aceptando en las normas civiles y en las normas penales el más humano y fecundo desarrollo que ya le había conferido el cristianismo, daba al catolicismo, que era entonces su única fuente, posición de honor y de privilegio, mientras los bárbaros oprimían el imperio alrededor de sus confines, cuando ya ellos se habían convertido al cristianismo.

A la disolución política del imperio sobrevivió el espíritu jurídico romano, que era la más sobresaliente manifestación en la doble y admirable forma de adaptación, que es verdaderamente fuente de continuidad y de estabilidad, es decir, de un lado adaptándose a las nuevas costumbres que los bárbaros con el dominio imponían a los vencidos, y de otro lado adaptando ellos a sus costumbres con la fuerza compleja de su potencia de expansión y su tradición en continuo trabajo de renovación y de rejuvenecimiento.

A grandes rasgos nosotros daremos una ojeada histórica-jurídica a más de diez siglos, porque más de mil años pasaron entre el 476 y el 1492, entre el año oscuro en que la fuerza incontenible de los bárbaros rompió los mal guardados confines del Imperio Romano, y el año providencial en que el genio de un profeta, alimentado por la fe e iluminado por la esperanza, se lanzó en tres pequeñas carabelas sobre un mar desconocido para descubrir el nuevo mundo. La fe y la esperanza triunfaron, porque Colón halló un mundo que debía dar nueva y más fértil luz a la civilización universal.

II

Para establecer la importante influencia del derecho romano en la Edad Media hasta el siglo XV, es menester distinguir entre las jurisdicciones y el procedimiento penal y el derecho penal.

No se puede dudar que en materia de jurisdicción y de procedimiento, en el desarrollo de la civilización de la Edad Media, mucho valió la antigua tradición de los pueblos bárbaros emigrados en Italia, porque más que en la parte sustantiva del derecho en el procedimiento y en las jurisdicciones, con caracteres sobresalientes, se revelaba el concepto y los atributos de la soberanía, celosa prerrogativa de los pueblos dominadores, que también en la infancia de su civilización, de ella tienen vigorosa la idea y casi plástica la sensación. Pero no puede negarse que también en este campo de latinidad no haya explicado su benéfica influencia, si no directamente, indirectamente siquiera a través de la enseñanza de la iglesia.

Más donde la influencia de la latinidad, directamente o por medio de la elaboración de la iglesia, había ya dado a las instituciones jurídicas romanas por ella acogidas, se manifiesta de modo visible e impresionante, es en la estructura jurídica de los

delitos y de las penas.

Quien quisiera confrontar los textos del «Corpus Juris Romani» en la grande edición ordenada por Justiniano, con los textos del «Corpus Juris Germanici», tendría una prueba elocuente y una demostración decisiva de esta afirmación. Examinense, por ejemplo, las «Instituciones» de Justiniano en el libro IV y en los primeros cuatro títulos que hablan de los delitos privados, el Digesto en los primeros cuatro títulos del libro IX, en el título III del libro XI, en los XXIII títulos del libro 47 sobre los delitos privados, en los 25 títulos del libro 48 sobre los delitos públicos: el código en el libro III, títulos 35 y 41, en el libro VI, título 2.º, sobre delitos privados, en el libro IX, 51 títulos sobre delitos públicos, para que se recoja históricamente esta impresión de la importancia del derecho penal romano, cuya formación se acentúa entre los siglos IV y VI después del edicto de Constantino, es decir, después de que la iglesia, saliendo de las catacumbas, terminado el período de las luchas y de las persecuciones, entra oficialmente en la vida del estado y del imperio.

En el código de Justiniano esta influencia se manifiesta más claramente que en el Digesto, porque el Digesto conserva más los caracteres de la época romana pagana y las enseñanzas de los jurisconsultos que vinieron y florecieron antes del reconocimiento de la iglesia católica, mientras que el código recoge las constituciones imperiales dictadas por los emperadores cristianos, quienes conocían las necesidades y las exigencias de las nuevas orientaciones espirituales, teniendo ya a su lado sacerdotes y ministros de la religión católica, con oficio de consejeros oídos y apreciados.

Ciertamente el derecho penal romano no tiene para los sabios el mismo fetichismo ni la misma admiración que el derecho civil romano ha despertado en todos los tiempos. Extraviados por primeras apariencias al observar las notables diferencias que entre el derecho penal actual y el derecho penal romano naturalmente existen por la misma esencia de la ciencia penal, que es de carácter público y se desarrolla y muda con las modificaciones históricas y políticas de la civilización, los historiadores del derecho penal no pasaron a menudo de las primeras repugnancias que suscitan los «Libri Terribiles del Digesto» y muchas veces han dicho que ninguna enseñanza del derecho penal romano pudiera dar a una edad moderna tan decididamente semejante. Pero de este lugar común y convencional, demostró la falsedad un romanista italiano de fama mundial, Contardo Ferrini, a quien la iglesia católica se prepara a declarar venerable por su grandeza moral, en su clásico libro «Derecho Penal Romano». A la verdad, penetrando en el espíritu de sus doctrinas, se puede decir que los jurisconsultos del derecho penal romano han dado frecuentemente mayor prueba de capacidad, de sutileza dialéctica y jurídica, que los jurisconsultos civiles, para acomodar a las necesidades de una sociedad desarrollada, el mezquino derecho penal de las Doce Tablas de la República, en las cuales ya la sabiduría de los pretores en su «Edicta» habían introducido muchas modificaciones. Porque un derecho penal es tanto más

desarrollado cuanto más perfecto es el equilibrio en las fórmulas de sus delitos, entre el elemento subjetivo y objetivo. Ahora bien: el elemento intencional que aparece tarde en las legislaciones penales se encuentra ya en el código de Justiniano, y en su defensa y grave provocación, y hacia la primera explicación de la teoría del concurso formal en las múltiples violaciones de la ley penal, no obstante los naturales acercamientos entre el derecho penal y civil.

III

Esta comparación es tanto más aventajada para el derecho penal romano si se confronta éste con el derecho penal germánico, el cual ya se había manifestado, como nos recuerda Tácito en su preciosa obra «Germania», en la forma de la «vindicta», en la famosa «Faida» alemana, que era por lo demás la forma primordial de la justicia penal como se encuentra en los albores de la civilización de cada país y de cada pueblo, forma primitiva y anárquica al mismo tiempo, porque la «Faida» hacía perpetuas las enemistades, se extendía a las familias, constituyendo una obligación de honor para los descendientes guardar su recuerdo y esperar la ocasión propicia para cumplirla. Estado de guerra crónico, porque la susceptibilidad de los grupos políticos hacía continuo y fácil el uso de las armas y de una vindicta nacía la otra y de la segunda la tercera, y así continuamente en un círculo cerrado.

Ninguna constitución política, ningún desarrollo social eran posibles en semejantes condiciones de desorden jurídico. Dando la necesidad, que es ley de vida, hizo que junto a las faidas ya, antes de las invasiones, como nos recuerda el mismo Tácito en la obra citada, surgiera la «compositio», es decir, el acuerdo entre ofensor y ofendido, mediante el pago de un precio determinado, primero en animales, después en dinero. La «compositio» naturalmente excluía el derecho de la vindicta. A medida que el estado se manifestaba más fuerte, esta tendencia se fortalecía, porque el estado tenía interés en favorecerla y acrecentarla, y así en las leyes bárbaras se creó todo un sistema de tarifas penales minuciosas y precisas, como se puede leer en las leyes de los longobardos, especialmente en el edicto de Rotari, en la «Lex Visigothorum», en la «Lex Burgundiorum», en la «Lex Saxonica», en los «Capitulares Francos»: una herida se pagaba a tanto, dos con el doble, tres con el triple: si la herida se pagaba a tanto, determinaba un precio que se acrecentaba según sus modalidades y su gravedad. Cada persona, según la edad, el sexo, la posición social, tenía un valor, un precio, que se llamaba «wergild», y este precio era la base fundamental para arreglar el «compositio». El estado, regulando este sistema y asegurando como mejor podía la paz pública, a medida que se desarrollaba, tomaba una cuota siempre mayor de la «compositio», porque antes intervenía como testigo del acuerdo celebrado entre ofendido y ofensor, en seguida daba a su intervención el carácter de

garantía y de sanción, tanto que la parte tomada por él se llamaba «fredus», o sea precio, al mismo tiempo de la paz privada y de la paz social.

Además, los germanos conocían también aquella pena de carácter público religioso que tenía el nombre de «bannum», correspondiente a la pena que los romanos llamaban «interdictio aquae et ignis», que importaba la exclusión del individuo de la sociedad a la cual pertenecía, exclusión que lo hacía «ex lege», es decir, lo enemistaba con todo su pueblo. Claro es que esta pena no podía referirse sino a los delitos de mayor importancia contra el estado o a los que contenían la violación de los deberes religiosos.

Así, paulatinamente, el derecho penal germánico se transformaba de «vindicta privada» en «compositio», y en «bannum», con un desarrollo lento que es evidente en Italia en los siglos VI y VII, durante el dominio de los longobardos, y en Francia antes y después de la creación del imperio Romano-Franco bajo Carlomagno y los carolingios (siglos VIII y IX).

Al lado de las penas y de las jurisdicciones se modificaba el concepto de delito, que si en los primeros siglos se consideraba especialmente desde el punto de vista objetivo, luego se empezó a observar desde el punto de vista de la responsabilidad del agente. Así, en el edicto de Rotari, y en la «Ley Sállica» especialmente, por cuanto se refiere a la tentativa, no se ignoraban ya las circunstancias agravantes como el secreto para cometer el hecho criminoso y las relaciones de familia, ni las circunstancias atenuantes como la edad y el sexo. Pero en materia de robustecimiento del elemento espiritual y ético del delito mucho podía la influencia de la iglesia, como ahora veremos. «Ya en la «Lex Burgundiorum», que con la «Lex Visigothorum» es la más cercana al derecho romano cristiano, hacen tímida aparición las teorías jurídicas de la responsabilidad del individuo «dolore aut indignatione compulsus», se afirma el principio de la legítima defensa «quia commodius erit irato viventem resistere quem se post ulciscendum relinquere»; se declara no punible el homicidio cometido por el inocente «nesciens occiderit hominem».

También la «Lex Sállica» ha sufrido la influencia del derecho romano cristiano y su segunda redacción comparada con la antigua, comprueba el progreso alcanzado por este pueblo, que ya sabe distinguir el infanticidio del aborto; la complicidad recíproca en los homicidios «in convivio factis», del homicidio común.

Especialmente en estas últimas leyes bárbaras está clara la tendencia de fundir en la unidad de las fórmulas legales la concepción jurídica romana y la católica con respecto a los delitos y a las penas. Cuando éstas se preocupan con valorizar el elemento objetivo, que es el elemento jurídico, se inspiran particularmente en el derecho romano, cuando piensan analizar el elemento subjetivo, que es el elemento ético y moral, reciben más hondamente la influencia de la doctrina de la iglesia, que había concebido un derecho penal particular distinguiendo los pecados en tres categorías: los pecados contra Dios, los pecados contra el prójimo y los pecados contra sí mismo.

IV

El derecho penal de la iglesia verdaderamente acentuaba la tendencia de confundir el delito con el pecado y el derecho con la moral. Se puede decir, sin embargo, que el derecho y la moral para la iglesia católica no eran sino dos formas de un concepto único, de una sola doctrina teológica, porque todas las formas de ofensa eran ofensas hacia Dios. Entonces la filosofía era la «*ancilla theologiae*».

Pero si esta intervención de los siglos modernos es fuente de contradicciones científicas, en aquellos tiempos de oscura comprensión de los principios dirigentes del derecho público y del penal especialmente, ayudó extraordinariamente a restablecer el equilibrio turbado por las primeras concepciones materialistas y groseramente realistas de los germanos, fusionando el elemento objetivo, el único que los bárbaros, en los albores de su civilización, podían apreciar con el elemento subjetivo del hecho criminoso, cuyo predominio favorecía la iglesia. En esto la iglesia tuvo la ayuda del derecho penal romano, que era un derecho definitivo y estable y que tenía en la colección de Justiniano su perfil jurídico que podía ser visto, meditado, modificado y corregido cuando fuera necesario.

El derecho penal de la iglesia es original y se diferencia notablemente de los otros dos, que hemos ya analizado con mucha rapidez: porque si la penalidad romana en los últimos siglos del imperio se basaba en el concepto de la intimidación del culpable bajo la forma de la pública vindicta y en el derecho penal germánico, principalmente en el concepto de vindicta privada, entendida ésta en el sentido latino de «*vindicatio*» (que implica no sólo la «*faida*», sino también la «*compositio*», o sea la restauración del derecho privado quebrantado), la iglesia por el contrario, insertó en las leyes penales, conforme a la enseñanza de Cristo, la doctrina de la expiación y de la purificación, es decir, la expiación concebida como medio de purificación para determinar la renovación del pecador por virtud también del arrepentimiento.

Y por esto las penas se distinguían en «*medicinales*», usadas con un fin de salud espiritual (y a este género pertenecían la excomunión y la interdicción) y «*vindicativae*», las cuales eran más propiamente correccionales, como la cárcel y la multa. Las penas medicinales, después del siglo IX, estrechándose más las relaciones entre la iglesia y el estado, producían consecuencias civiles, porque, por ejemplo, la excomunión no sólo excluía al que la había merecido de la comunión religiosa, sino también de la comunión política. Se puede recordar a este propósito el caso de Enrique IV de Alemania, que excomulgado por el papa Gregorio VII, fue obligado a pedir en Canossa, en 1077, con los pies desnudos y con el silicio de penitente, el perdón del pontífice.

Si el tiempo me lo permite, en seguida dictaré una conferencia para explicar el sistema penitenciario de la iglesia, según lo vio y lo elaboró en su «*Divina Comedia*» el más grande espíritu

ritu de todos los tiempos: Dante Alighieri, exponiendo la criminología del infierno y del purgatorio. En la «Divina Comedia» aparece toda la influencia del sistema penal de la iglesia, concebido con un rigor científico que acaso ni hoy siquiera puede tener comparación y con plenitud musical de poesía que arrebatara cualquiera que tenga la feliz ventura de conocer y comprender las dulzuras de la lengua italiana.

Digo sólo para satisfacer vuestra natural curiosidad que Dante concibió la criminología del infierno y del purgatorio especialmente bajo la influencia del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, quien lo expone en la «Summa Teológica» cuando habla de pecados y de penas. Para Dante el delito es una manifestación de la voluntad libre que tiene por fin la violación de un derecho cualquiera expresada por medio de la fuerza o del fraude.

La voluntad se funda en un concepto de libre albedrío que no es el libre albedrío de la escolástica «libertas indifferentiae», resumido en la afamada proposición dicha del asno de Buridano, según la cual, por virtud del libre albedrío, el asno, encontrado a igual distancia de dos montones de cebada, habría muerto de hambre por no saber por cuál decidirse, sino una voluntad que se educa lentamente, que se desarrolla, que lucha contra los instintos y contra las tentaciones y alcanza la victoria a precio de sacrificios.

La pena para Dante es la restauración moral del individuo, es el medio de reponer en el alma la virtud y la fuerza moral que el pecado o el delito han borrado.

Basta este bosquejo del argumento, porque exponerlo en toda su amplitud me alejaría de mi exposición histórico-jurídica. Volviendo a la disertación acerca del derecho penal de la iglesia digo que un sistema que confería al juez la potestad de conocer y juzgar, no sólo el acto en su resultado final, sino también la voluntad íntima que lo produce, la facultad de castigar el delito como mejor quisiera para reparar el mal hecho, debía confundir en sí mismo todos los matices del delito y del pecado, todas las sutiles distinciones del derecho con las más profundas deducciones de la ética. Este sistema se difundía, porque la religión católica era en Europa, hacia el año 1000 universalmente conocida, respetada y aceptada y porque en los siglos X y siguientes, parte de la jurisdicción penal pertenecía a los obispos, quienes tenían en particulares materias competencia exclusiva.

Por esto la más completa teoría del elemento subjetivo del delito se puede encontrar solamente en las fuentes canónicas. En el derecho de la Iglesia una casuística minuciosa distingue las infracciones penales en «crimina, delicta, scelera, excessa», distingue los agravantes y los atenuantes, el dolo, la culpa, el caso, exacta y determinadamente, por efecto de este predominio del elemento subjetivo.

Si se quisiera comparar a grandes rasgos, aunque no olvidando las notables diferencias de origen y desarrollo que ciertamente existen, se podría decir que el derecho penal moderno, laborado por la escuela clásica, está más cercano de la legisla-

ción romano germánica de la edad media, por su tendencia hacia el elemento objetivo, mientras que la escuela positiva está más cercana de la legislación canónica por su preocupación, acaso exagerada, de considerar en los delitos, más el hombre en su estructura física, en su organización mental y en su condición de vida con relación al medio social, que el hecho delictuoso por su voluntad realizado.

V

La línea ideal que hubiera debido seguir el derecho penal italiano desde la caída del imperio romano de occidente hasta el Renacimiento, por toda la edad media, era de una progresiva y siempre más decisiva armonía del elemento espiritual y moral del delito con el elemento positivo y real de la pena, una fusión del carácter de intimidación y de retribución de ésta con su carácter correccional.

Pero no fue así, por lo menos siempre, porque para turbar este desarrollo ideal sobrevinieron causas históricas: el continuo estado de guerra después del siglo X con la siguiente anarquía política, el predominio del feudalismo, que faltó poco para que reconociera a los vasallos el derecho de hacerse justicia directamente. Además, la «faida», es decir la «vindicta», en la forma sangrienta de las guerras privadas, perduró en Alemania y en Italia hasta el siglo XIII, y Dante en la «Divina Comedia» recuerda la de las familias fiorentinas de los Buendelmonte y de los Arvidei, que fue ocasión de facciones y de luchas continuas, no obstante la obligación de mantener una apariencia de legalidad en los actos de guerra privada.

El feudalismo, acatando la idea imperial, ponía teóricamente, sobre todos los poderes, el del emperador, y consagraba como deber de honor el de fidelidad hacia el emperador. Este concepto en derecho penal amplió la esfera de los hechos delictuosos, poniendo en primera línea los delitos de lesa majestad, pero contribuyó a la vez el desarrollo del derecho del Estado, porque teóricamente reconoció la facultad exclusiva del Estado en el ejercicio de la administración de justicia.

Los comunes italianos, aunque luchando contra el feudalismo, se esforzaron por disminuir las guerras privadas y no siempre lograron el fin. Sólo el predominio de los principados y de fuertes oligarquías, como en Venecia y en Génova, contribuyó notablemente a mejorar la legislación penal en los siglos XIII, XIV y XV, es decir, en la época del resurgimiento del derecho penal romano, después del hallazgo de la colección de Justiniano. Los redactores de los estatutos comunales eran ordinariamente los jueces de las ciudades, quienes tenían grado de doctor en derecho romano o eran estudiantes de las universidades, donde aprendían a apreciar la superioridad de las teorías penales romanas. Ellos, por tanto, preferían el sistema romano de las penas públicas al sistema germánico de las composiciones, y para dar supremacía al derecho romano, recurrían al medio de acrecentar notablemente los precios de las composiciones,

creaban, según el sistema romano, categorías de delitos que llamaban extraordinarios, en los cuales las penas eran muchas veces de carácter intimidatorio, y que se extendían también a los padres, a los hijos y a los hermanos del culpable.

A la severidad del derecho penal correspondía la iniquidad del procedimiento ordinariamente inquisitorial, especialmente en la investigación de las pruebas. La reina de las pruebas era la confesión del sindicado, que se llamaba «*probatio probatissima*», y no se retrocedía ante ningún medio para lograrla: la tortura era el medio ordinario.

Además, la ignorancia y el fanatismo acrecentaban los peligros de una legislación penal tan desequilibrada, por ejemplo los nigromantes y las brujas eran condenados sin piedad a la muerte, según el ciego aforismo: «*maléficos non patiere vivere*».

En resumen, todas las categorías de delitos tuvieron triste renombre. Los delitos contra la religión, para la protección de la fe, los delitos contra el Estado, para la defensa de un incierto y a veces usurpado dominio: los delitos contra la propiedad para la protección de la burguesía comercial y dominadora que enriqueciéndose repentinamente en los comercios se manifestaba agresiva y despótica.

En verdad, no se debe olvidar toda la parte del derecho penal que se puede decir caduca y contingente, nacida por la necesidad de la política, la cual sufría las leyes de las guerras continuas y sangrientas. En efecto, donde el derecho penal tenía carácter más jurídico y lógico y órganos de justicia más fuertes y serenos, allí se veía inmediatamente la fisonomía de un Estado sólido. Ejemplo luminoso para todos, Venecia, que desde el año de 1.177 había hecho la paz con el imperio y desde el 1.297, por medio de la clausura del gran consejo, había organizado un gobierno oligárquico.

Por lo expuesto, ni un simulacro siquiera de ciencia penal podía manifestarse en toda la edad media hasta el tiempo en que se fundaron en Italia y florecieron los primeros «*Studia*» o sea las primeras universidades que surgieron después del año mil, la más antigua y más ilustre de todas, y la de Bolonia, en la cual enseñó Irnerio, llamado «*monarca lucerna juris*». Renacía entonces el culto del derecho romano tanto penal como civil, y los glosadores escribieron exégesis y notas del derecho penal de vez en cuando con método sistemático. Se recuerdan aún algunas glosas del célebre búlgaro en materia criminal.

VI

El primero y más antiguo de los tratados penales que se conoce, titulado «*De ordine maleficierum*», es de Alberto de Gandino, discípulo de Alberto de Suzzara, quien vivió entre 1.200 y 1.300. Alberto de Gandino, es especialmente un práctico. Julio Claro lo llamó «*pater practicae*», porque todas las cuestiones de orden penal las consideraba bajo el aspecto del procedimiento. Por lo demás, la palabra práctico no debe engañar; práctico era en la edad media el que trabajaba también teórica y científica-

mente en los comentarios de los textos antiguos, pero veía las cuestiones jurídica y filosóficamente.

El célebre glosador Bartolo de Sassoferrato (1314—1357), discípulo en el «*Studium*» de Perugia, vecino de Pistoja, en «*Legibus ut terrestre numem*», trató incidentalmente del derecho penal, haciendo el comentario de varias constituciones del Emperador Enrique VII de Lussemburgo contra los rebeldes.

Otros escritores de derecho penal en esta época fueron Bonifacio de Vitalinis, discípulo de Gandino, Angelo Aretino, de Gambigliori, muerto en 1451. Se debe a Bonifacio una teoría sobre la complicidad y un esbozo de la doctrina acerca del encubrimiento y la protección a los malhechores.

Cino de Pistoja, gentil poeta e insigne jurista, maestro de Bartolo, cuya muerte fue llorada por el Petrarca, en célebre soneto, contemplaba en el año 1314 el célebre comentario a los primeros nueve libros del Codex de Justiniano: en el mismo tiempo Francisco Stavile, llamado comúnmente Cecco d'Ascoli, después condenado a la hoguera, escribía en poesía el «*Acer-va*», en el cual trataba de astrología judicial.

La mayor parte de las obras de estos jurisconsultos se hallan en la colección de veinticinco volúmenes, publicada en Venecia de Ziletus, en el año 1584, titulada «*Tractatus universi juris, duce et auspice Gregorio III. in unum congesti*».

Para demostrar la importancia de la obra, que consta de más de setecientos tratados, entre ellos muchos de derecho y de procedimiento penal, basta decir que los solos índices comprenden cuatro volúmenes.

Independientemente de esta categoría de penalista o sea de los prácticos, que no desdeñan, cuando es necesario penetrar en el laberinto de las sutilezas curialescas, está una categoría, que se puede decir numerosa y autorizada, de filósofos del derecho penal. Entre los unos y los otros hay esta diferencia: que los prácticos del derecho penal hacen trabajo de mosaico: alrededor de los textos integran, discuten y elaboran opiniones en el grande marco del derecho, haciendo muchas comparaciones y confusiones entre derecho penal y derecho civil, y que los filósofos del derecho penal ven esto «*sub specie philosophiae*», ora en el campo de un sistema filosófico, ora bajo un principio religioso, ora a la luz de una doctrina política, pero siempre desdeñando el elemento jurídico.

En Italia, en la edad media, los filósofos del derecho criminal son, como ya se ha dicho, Santo Tomás de Aquino en la «*Summa Teológica*», Dante Aligheri, en la «*Divina Comedia*», San Agustín en «*Las confesiones*», éste último tratando de la retribución y de la corrección penales, donde resumen muchos ecos del pensamiento de Platón.

Se puede decir que ningún padre de la Iglesia ha olvidado hablar sobre el argumento muy importante de la libertad de la voluntad y del libre albedrío. Además, muchas observaciones de carácter penal se encuentran en la doctrina escolástica, que es la doctrina de Aristóteles adaptada al dogma cristiano, según la exposición que ha hecho San Alberto Magno.

Una exposición completa del derecho penal italiano en toda la edad media no sería posible sin un examen detenido y completo de la historia política de Italia en sus mayores comunes, sus principados y estados. Quien tenga deseo y oportunidad de profundizar este argumento puede aprovechar el estudio de dos inmensas colecciones del historiador Ludovico Antonio Muratori, tituladas la primera «Antiquitates Italicae Medii Aevi», la segunda «Rerum Italicarum Scriptores».

Se puede decir, en resumen, que los siglos más cercanos a la edad moderna tienen estos caracteres en Italia: el siglo XIII fue el de la renovación religiosa, con la enseñanza de humildad y de bondad de San Francisco de Asís, llamado el más italiano de los santos, el más santo de los italianos. Por virtud de su ejemplo y de su doctrina, el catolicismo fortaleció el sentimiento de mansedumbre y de dulzura que el divino Jesús le había dado.

El siglo XIV es en Italia el siglo del nacimiento de la literatura: la figura de Dante Aligheri, poeta soberano, político agudo, padre de la lengua y el pensamiento italiano, resplandece con luz inmortal al lado de las figuras soberbias de Petrarca y de Boccaccio.

El siglo XV es el de la erudición. Al fin de él, cuando esta tierra fértil y entonces ignota fue descubierta, en Italia tenía lugar el florecimiento de las bellas artes: pintura, escultura y poesía. Renacía el culto de la romanidad, no sólo jurídica sino literaria y artística, y los pontífices romanos fueron los primeros en dar el ejemplo de protección a literatos y artistas. Los aragoneses en Nápoles, los Medici en Florencia, los Este en Ferrara, los Gonzaga en Mantúa, fueron los protectores de las artes y de las letras. Las costumbres se refinaban y por eso el antagonismo entre la severidad de las leyes penales, las dulzuras de la vida y el acrecentamiento de la civilización se agravaba determinando un conflicto más evidente.

Era el tiempo en que Florencia parecía una nueva Atenas, como dijo Poliziano: cantos, bailes, fiestas, culto devoto a lo bello. Las fiestas, los cantos eran presididos en la mayor parte del siglo XV, en Florencia, por Lorenzo el Magnífico, poeta también y padre del gran papa León X, que dio su nombre al siguiente siglo, que fue llamado el siglo de oro, porque vio en las artes los titanes que tienen el nombre de Michel Angel, Raffaello, Leonardo de Vinci, Tiziano, Tintoretto, y en la literatura Ariosto y Tasso.

La Providencia que gobierna al mundo preparaba nuevo desarrollo al pensamiento jurídico de Italia, del cual haré mención detenida en las tres conferencias que seguirán. Hasta este momento se puede concluir que la historia de la civilización humana se cumple a precio de sacrificios y de sangre, que aprovechan a las generaciones que siguen. Es el eterno «Sic vos non vobis» en el sentido de quien trabaja no recoge la cosecha de sus esfuerzos, porque ésta beneficia a los que siguen. Quien siembra no recoge, y quien recoge siembra para las generaciones venideras. Así, la humanidad se eterniza en la consecución

de su obscuro destino que la voluntad de Dios ha inexorablemente fijado.

Por esto, cada uno de nosotros tiene obligación de meditar sobre los resultados de la experiencia de los antepasados, para evitar, si es posible, sus errores y sus vacilaciones.

Bajo este aspecto toda la historia de la civilización humana, y especialmente la historia jurídica, puede verdaderamente definirse «magistra vitae».

En la segunda conferencia expondré el desarrollo histórico del derecho penal italiano, desde el descubrimiento de América hasta Beccaria. Beccaria es el fundador de la escuela jurídica o clásica y exponiendo sus principios, yo averiguaré las bases fundamentales de esta escuela que aún no tiene su posición predominante en el mundo científico.

La tercera conferencia estará destinada a exponer toda la evolución de la escuela clásica fundada por Beccaria, y las primeras manifestaciones de la escuela positiva hasta el fin del siglo XIX.

En la cuarta, que creo particularmente interesante para la estudiosa juventud colombiana, la cual desea conocer en toda su amplitud las razones de los conflictos de las dos escuelas clásica y positiva, yo esclareceré éstas, hablando detalladamente de todas las manifestaciones jurídicas de uno y otro campo, en los primeros veinticinco años de este siglo hasta hoy. La exposición será al mismo tiempo histórica y crítica, y permitirá a vosotros comprender por qué se puede ser adicto a una escuela y no a otra, según el temperamento científico individual.

Así, yo justificaré también, haciendo una alusión al porvenir del derecho penal, las bases fundamentales del proyecto de código penal que he tenido el honor de preparar y de presentar al estudio del Congreso. Por lo demás, si es preciso y si vosotros lo deseáis, yo podré, en una quinta conferencia exponer y explicar los puntos más importantes de la misma reforma.

De «El Debate», de Bogotá.

AUTO REVOCATORIO

dictado en el juicio por blasfemia contra Eladio Osorio, y salvamento de voto del doctor Tobías Jiménez. Magistrado ponente, doctor Bernardo Ceballos Uribe.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA DE DECISIÓN

Medellín, Julio 2 de mil novecientos veintisiete.

Vistos:

Fueron motivo de amplio estudio por la Sala falladora, las diversas cuestiones jurídico penales que este negocio contempla, sin que fuera posible que los Magistrados que la integran pudieran ajustarse a las conclusiones que se tomarán en esta providencia.

El Tribunal considera injurídicos los puntos de vista sustentados en el negocio por el señor Juez del Circuito de Titiribí quien, no obstante la prueba legal que acusa de blasfemo a Eladio Osorio, sobresee en su favor apoyándose en las «causas que vienen a proporcionar de manera indudable en el «ebrio un desorden mental capaz de hacerle perder toda idea razonadora». Y el ilustrado señor Fiscal de esta Corporación, sin ahondar en el problema, sustenta ese sobreseimiento diciendo que el reo «estaba en absoluto estado de inconsciencia».

En otros términos, porque Osorio se hallaba en estado de embriaguez cuando blasfemó, pretenden esos funcionarios colocar la situación jurídica de aquel hombre en el caso del inciso 1º del Art. 29 del C. P., que considera excusables a quienes se hallen «en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción» o estén «privados involuntariamente del uso de la razón».

No puede ser más inaceptable y laxa la tesis de los señores Juez y Fiscal: cuando aquel texto penal habla de *verdadera demencia y locura*, se refiere indudablemente a estados espirituales que dependan de alguna enfermedad mental, no a simples estados de inconsciencia, pasajeros, que nazcan de otras causas como la embriaguez; ello, porque los legisladores sólo han debido ocuparse de la demencia que trae consigo la pérdida total y absoluta del discernimiento y de la voluntad, la anulación del libre albedrío, capaz de hacer entrar al delito en la categoría de simple accidente que sólo permite encerrar al enfermo o vigilarlo como a sujeto peligroso.

Cuando a los Jueces se presentan cuestiones tan absurdas como éstas, deben aplicar a ellas todo su conato a fin de que eviten confusiones que pueden torcerle su criterio. En Psicología puede tener disculpa quien poseído y abrasado por incontenible pasión carnal llegó hasta atentar contra el honor de una mujer,

o el que en un arranque súbito de cólera dé una puñalada, o quien, en un paroxismo vinoso — el caso de autos — prorrumpe blasfemias; mas, habría que dar por no escritas las leyes penales si por esas solas causas se aplicase al delincuente un criterio de irresponsabilidad; nó, que la ley escrita lo está para resfronar esos ímpetus trastornadores y para sancionar a quienes atentan contra la justicia, violen el derecho y salven las barreras puestas en actos humanos por la filosofía, por la moral y por la religión. Aquellos casos, todos, no son para resueltos por la Medicina Legal con dictámenes periciales más o menos científicos y acertados, que ellos engendran altas cuestiones de filosofía y de moral que las leyes, consultando la seguridad individual y de tranquilidad pública, tienen ya resuelta, no absolviendo sino condenando a los transgresores de la ley.

En cuanto a la segunda parte del inciso atrás copiado tampoco en ella puede escudarse el reo, por la razón potísima de que no está probado de que Osorio estuviese privado, pero involuntariamente, del uso de su razón. Su embriaguez, dicen los testigos, era completa, por lo cual éstos afirman, del modo más empírico, que Osorio estaba en «estado de locura»; mas fuera de que este acerto es inaceptable jurídica y científicamente hablando, es lo cierto que quien viole la ley en estado de embriaguez voluntaria, es plenamente responsable del delito que consume, a menos que comprenda al acusado la presunción del Art. 30 del C. P., enunciada así: «La embriaguez se presume voluntaria mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario. Y más adelante, el mismo Código en su Art. 118, al considerar la embriaguez como circunstancia atenuante, exige y manda «que se pruebe o aparezca claramente que la embriaguez provino de fuerza y violencia hecha al reo o de alguna otra circunstancia pura y exclusivamente ocasional», lo cual ni siquiera se esboza en estos autos.

Quizás por incomprendido, se ha tachado de anticientífico y de absurdo el principio sentado por la ley colombiana a ese respecto; pero fuera de que no lo es tanto, rige la disposición legal antes citada y su cumplimiento es de ineludible aplicación para los Jueces. Nótese, pues aquí radica el error de apreciación del problema, que la ley se refiere a ebrios delincuentes y no a dipsómanos ni mucho menos a locos alcohólicos.

La Sala encuentra probado el cargo atribuido a Osorio, pues dos testigos idóneos, Antonio Mesa y José Estrada, afirman que oyeron cuando el acusado, *el mismo día* en que salió de la cárcel en donde estaba detenido *por otra blasfemia*, dijo, refiriéndose a Dios, la frase más infame y grosera que puede salir de la boca de un obsceno, frase esa que comporta una injuria gravísima al Supremo Hacedor y que concreta el delito que define y castiga el Art. 203 del C. P. Y como hoy se trata sólo de enjuiciar y como el sentido de aquellas torpes palabras es claro, indiscutible, el Tribunal queda relevado del trabajo de entrar en esta providencia en el estudio de la intención del reo al pronun-

(Continuará)