

siguiente, que me hizo [observar con justicia mi respetado cuanto querido y sabio maestro el Sr. Lic. Protasio P. Tagle, al demostrarme que toda sanción civil que era eficaz en la legislación de un pueblo para reprimir una infracción á la ley, sustituyendo á una acción penal, revelaba á las claras un progreso y adelanto social.

Así, pues, la equidad y el buen orden social, reclamando una sanción para que no se arrebate el crédito á ninguno impunemente, y el progreso de la sociedad satisfecho con una sanción civil, en vez de la penal de difamación, por ejemplo, inclinaron mi ánimo á concluir que es necesaria una reforma del artículo legal, objeto de mi estudio, y no su derogación completa, por más que el mencionado artículo pudiera considerarse también como una invasión que el Derecho Civil, y esto en una ley adjetiva, hace al Derecho Penal en sus prescripciones; pues si como dice el art. 642 del Código Penal: "La difamación consiste en comunicar dolosamente á una ó más personas la imputación que se hace á otra de un hecho cierto ó falso, determinado ó indeterminado, que pueda causarle deshonor ó descrédito, ó exponerlo al desprecio de alguno," no se puede dejar de convenir en que el que se jacta de que otro es su deudor cuando no lo es, produce dolosamente un positivo y verdadero descrédito con su jactancia, lo que constituye responsable de un delito.

RICARDO LÓPEZ Y PARRA.

ENSAYOS JURIDICOS.

Excepción de "non numerata pecunia."

A MI ESTIMADO MAESTRO EL SR. LIC. FRANCISCO DE P. SEGURA.

La ciencia del derecho, en sus múltiples y grandiosas manifestaciones, ligada con los otros conocimientos humanos que han venido á iluminarla, sirviéndole de auxiliar poderoso en la investigación de la verdad, no le ha bastado encontrar principios abstractos y concepciones elevadas para fijar la distribución de lo que á cada uno pertenece. Esos dogmas sin movimiento y sin vigor, que producto fueron de los estudios y discusión de los sabios, necesitan fundirse en preceptos de ley positiva y ampararse con el poder y la fuerza, á fin de poner un hasta aquí á las contiendas de los hombres. Fué preciso que algo superior viniera á imponérselos á los demás y que al dárselas á conocer al pueblo, en la plaza pública, en el mercado, en el foro, se advirtiera á todos, que las armas vigilarían por que se les respetase, y que severas penas caerían sobre la cabeza de quien lograra infringirlos.

De esta suerte se pudo establacer el derecho positivo, y sin embargo, faltaba algo capaz de actualizarlo y de que lo llevase á producir los efectos á que estaba destinado. En efecto, de

nada serviría la ley que regulase los derechos del individuo, de la familia, de la sociedad y del Estado, si no se enseñase el camino que debe seguirse para prosperar, la ruta por donde hay que dirigirse para convertir, de vanas é ilusorias, en positivas y palpables, las ofertas consignadas en la ley. Sin esas indicaciones se produciría el resultado de que nadie alcanzase sus legítimas esperanzas, ó lo que es peor, que todos se atropellasen para obtenerlas, y entonces esa ley, lejos de conseguir su principal objeto, se traduciría en un semillero de dificultades y de luchas. El orden, el sistema, el método, en fin, se abandonarían en lo absoluto, y la sociedad, presa de amargura, concluiría por destruirse á sí misma, y la definición de esos derechos, creados para su beneficio, sería el elemento más eficaz para acabar con ella. Las contiendas que se pretendió evitar, se enardecerían, terminando por ser la declaración del derecho, el anatema terrible arrojado en medio de los asociados para que mutuamente se destrozasen, y el deseo de cambiar esa ciencia, de puramente especulativa, en práctica, claudicaría por su base, limitándose á vivir petrificada en las páginas muertas de los libros inventados por los hombres científicos, y lo más que podría decirse era que existía un ramo de conocimientos lógico y atractivo por las delicadezas de su asunto, pero que desgraciadamente no podían impartir sus beneficios á la humanidad, porque la presentación de sus axiomas acarrearían una ruina inevitable. Con el propósito de remediar males tan serios, nacen y se desarrollan con general aplauso las leyes de procedimientos, cuya misión principal consiste en vivificar los preceptos de la ley sustantiva, en movilizarlos, sistemandos su manera de obrar para entregarlos á la sociedad en una forma de la cual puedan servirse con seguridad y acudiendo á las autoridades encargadas especialmente de ponerlos en inmediata ejecución.

Fundidos, pues, los preceptos de la ley sustantiva y adjetiva, se establece entre ambos la relación íntima, indivisible y perfecta que en los hombres se advierte entre el alma y el

cuerpo, y en esta situación, los conflictos se suspenden y las luchas se apagan. El fin inminentemente práctico que se propone realizar la ciencia, está conseguido. Al revestirse la ley de una forma que la hace tangible, al vaciarse en un molde que la pone al alcance de aquellos que la van á utilizar, al corporizarse, en una palabra, vemos brotar algo nuevo, cuya necesidad preveíamos y cuya existencia no podíamos adivinar, y que descende de las concepciones teóricas para ajustarse á las necesidades sociales; aparece la acción, lo diremos, por último, que no es otra cosa que el derecho en ejercicio.

Constituida por esta combinación de preceptos, se desenvuelve y se entrega en manos de los particulares, para que con ella ataquen al que pretenda usurpar sus derechos; es, pues, un medio ofensivo, digámoslo así, que se endereza contra cualquiera que tácita ó expresamente desconoce el derecho que nos asiste para solicitar alguna cosa. Llegados aquí surge el juicio, con el carácter de un verdadero combate, y como sería inicuo conceder á uno de la contienda todas las armas y privar de otras á su adversario, entregándole inerme, lo que haría fácil y seguro el triunfo de aquel, y como por otra parte, hechos anteriores coexistentes ó posteriores á la acción, podían haberla modificado ó destruido, es menester la creación de otra entidad, lo suficientemente poderosa para aplazar ó abatir esa acción, otorgando al que se ve atacado un medio defensivo que iguale en posición con la de aquel que en su contra se levanta. En este estado se nos presenta la excepción, hija también de un derecho, y que frente á frente de la acción la contrarresta y enerva, protegiendo al injustamente arrastrado al litigio, con manto impenetrable ante el cual se estrella la acción, como se embota la lanza contra el bruñido peto.

Haciendo á un lado la división de las excepciones, la moralidad ó inmoralidad que se puede hallar en el empleo de algunas de ellas, por ahora nos quedaremos con estas ideas, para pasar á ocuparnos de una que presenta rasgos característicos, y que, nacida entre los romanos, se ha transmitido hasta nos.

otros, obedeciendo su permanencia en la legislación, no á un espíritu de rutina, sino fundada en rasgos que justifican su existencia. Nos referimos á la excepción conocida bajo el nombre de "non numerata pecunia," sobre la cual tenemos que preguntarnos á qué clase pertenece, qué efectos produce, á cuáles contratos se aplica, si introduce modificaciones al sistema general de pruebas y si su existencia en nuestro Código es ó no conveniente.

Para abordar estas cuestiones, es preciso que las estudiemos en el Derecho Romano, en el español y en el nuestro, porque en esos tres afecta matices diferentes, que hacen que no pueda darse una solución general y acertada para todos, aunque sí se podía, y nos apresuramos á anticiparlo, para descartar desde luego ese debate, establecer de antemano el grupo á que en su clasificación corresponde y los efectos que produce.

Las excepciones se dividen en perentorias y dilatorias: las primeras ponen como cualidad esencial, su poder de minar para siempre la acción, y las segundas se contraen á dilatar el ejercicio de ella. Ahora bien, sostenemos que la excepción propuesta es perentoria, fundándonos en la opinión unánime de los autores (cód. L, IV De non num, pec. IV XXX Just. 528. Vinio cap. XLI, Magro y Beleña Elucidationes Instit. Lib. V tít. 13, part. 2. Heinecio Der. Cir. tom. 2. pág. 890. Antonio Gómez, Resoluciones Varias, pág. 71. po. 7. Harprentar, Lib. III, tít. XXII, po. 11. Mor. Sala Mexcom. 2, pág. 232, po. 15. Manresa y Reus. tom. 2, pág. 98. Escriche, palabra Exc. non num. pec. Gregorio López, glosa 1.^a 1. 9. tít. 1. P. 5. Mateos Alarcón tom. 2 pág. 361) y citaremos por más expresivas, las siguientes palabras de Vinio (loc. cit.) "Sed illa, quæ est confesione mutui accepti, intra bienieum competit, merecivilis est, et exitu inutilis quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur," y llama en su apoyo la ley 112 de reg. jur.: "Nihil interset, dice, ipso jurequis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur," y en la razón de que bien sea que se le asimile á la excepción de dolo entre los

antiguos, ó bien se le tome tal como se le encuentra en la jurisprudencia moderna, desde el momento en que no se prueba la entrega del dinero, y prospera, por lo mismo, la excepción, ya en ningún tiempo podrá moverse cuestión sobre el asunto, por quedar roto para siempre el vínculo obligatorio que se supuso existir entre dos personas.

Consideramos de tal manera indiscutible lo que acabamos de exponer, como que en nuestro Código está colocada esa defensa en el título de prescripción, y á la prescripción ni por un momento se le ha negado su carácter de perpetua. Sentado lo anterior, redundante nos parece detenernos á describir los efectos que produce; sólo notaremos que juega de dos modos, uno como acción en devolución del Vale llamado por los romanos "canditio-chirographi" (Fresquet. Droit Romaine, tom. 2, pág. 157) y otro como excepción propiamente dicha, y que consiste en que á la acción ejercitada por el acreedor, se le opone el no haberse contado y entregado las especies.

Hechas estas observaciones, que se pueden aplicar á las tres legislaciones indicadas, pasemos á ocuparnos del estudio de los demás puntos en cada una de ellas y nos encontramos con que esta excepción, en derecho romano podía tener lugar en todos aquellos contratos que revistiesen la solemnidad *litteris* ó *verbis*, interviniendo en ellos dinero ú otras especies que se acostumbra contrapesar ó medir.—Textos evidentes así nos lo aseguran, y entre ellos citaremos los siguientes: "In contractibus in quibus pecuniæ vel *aliæ res* numeratæ vel data esse conscribuntur, non intra quinquenium quod antes constitum erat, non numeratæ pecuniæ objicere possit cui accepisse pecunias vel alias rescriptus sit, vel sucesor ejus, sed intra solum bienieum continuum ut so lapso nullo modo quere la non numeratæ pecuniæ introducit possit."—La Constitución de Alejandro (Cód. 4, 30) nos dice con entera generalidad: "Ignorare autern non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem, ibid locum habere ubi quasi credita pecunia petitur" y después agrega que no tendría lugar para el caso de que la

obligación se transfiriese á persona ni personas, ni tampoco en la transacción, pero sí en la hipoteca y en la *cautio*, etc., como lo disponen Diocletiano y Maximiano, Caracalla y Alejandro Severo en sus constituciones (Ib. 6, 11, const. D. y M. 7. 7. ib, const. C. y A. S.)

Teófilo, en su paráfrasis, explica cómo una obligación *consensu* puede convertirse en *litteris* y entonces también cabe la excepción.

Harprector (loc. cit pos. 41 y 42) asegura que era de uso entre los mercaderes y que se extendía su beneficio á los herederos del suscriptor, del quirógrafo y, por último, la misma excepción se encuentra en materia dotal, pero con la salvedad ya mencionada, es á saber, que se ejercitase dentro del término fijado por Justiniano, á quien se hace la imputación de que, al admitir esta defensa, vino á echar por tierra el contrato literal, y de aquí se concluye que sólo para que resultase simétrica la clasificación por él adoptada, llamó obligación *litteris* á algo que él mismo quitó su carácter, toda vez que ya no nacía el derecho de la escritura material, sino de la numeración de las especies.

No son, sin embargo, exactos estos reproches, porque ni fué Justiniano el creador de esa excepción, ni ella, como hemos demostrado, se aplicaba únicamente al contrato *litteris*, sino de igual modo al *verbis*, particularmente cuando en éste se trataba de un préstamo de consumo (Otolan, tom. 3º, pág. 265). Así es que entonces, apoyados en la misma razón, pudiérase afirmar que el contrato *verbis* había desaparecido ya en tiempo del emperador bizantino, y no es exacto esto, pues lo único que de verdad se encuentra, es que él no hizo más que reglamentar el contrato literal como lo encontró en su época. Los fragmentos transcritos así lo prueban, y á mayor abundamiento tenemos dos del jurisconsulto Gallo (L. III, P. 131 y 134) de los cuales se infiere que son los mismos quirógrafos del tiempo de este escritor los que han pasado á las institutas.

De la jurisprudencia romana sacamos, pues, dos conclusio-

nes: la excepción de *non numeratæ pecuniæ* no es exclusiva del contrato de mutuo, sino que también se extiende á otros contratos; y Justiniano no destruyó el contrato *litteris*, sino que se limitó á ser el eco de una doctrina establecida mucho tiempo antes.

En derecho español la ley 9, tít. 1, P. 5ª, funda la excepción, sin enumerar los casos á los cuales se aplica, y los comentadores se dividen opinando unos que tiene lugar en todo contrato en el cual no se cuentan, entregan ó pagan las especies, y otros disienten restringiendo más ó menos los puntos de su aplicación. Advertiremos, sin embargo, que los más re-nuentes entre éstos aceptan esa excepción, además de en el mutuo, en el contrato dotal, y entre ellos se hallan las opiniones respetables de Gregorio López (loc. cit. palabras "emprestar alguna cosa") y Antonio Gómez, quien sostiene que igualmente procede por causa pretérita, como si dijese el deudor confieso que recibí en mutuo ciento, que se me entregaron dos años há, pues con la misma facilidad y esperanza de la futura entrega que en los casos referidos se confiesa haber recibido por causa anterior. (Ob. cit. pág. 71, po. 8.)

Esta breve relación nos persuade de que, en ese derecho, cuando menos había otro contrato al cual se aplicaba y por lo que al nuestro se refiere debemos tomar la discusión desde el Código de 1870, porque jugaba en él una contradicción entre el art. 1,392 y los 1,202 y 1,203. Por una parte se revestía al consentimiento, del poder de perfeccionar por sí solo al contrato, aceptando las doctrinas de las leyes, Unica, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, y tít. 1, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y por otra se requiere la precisa entrega de la cosa, so pena de hacer irrito el convenio á los ojos de la ley. Aperciéronse los reformadores de esto y suprimieron con mucho tino por cierto, esa parte del artículo, proclamando implícitamente la doctrina de que los contratos, para perfeccionarse, basta en algunos el consentimiento; mas en otros, como los reales, necesitan la entrega de la cosa. Formulamos esta ob-

servación, porque nos servirá en lo de adelante, y descendemos al Código de 1884, cuyos preceptos, relativos á esta materia, nos dicen: "Prescribe en dos años la acción para exigir la devolución de un vale ó escrito privado, en que una persona confiesa haber recibido de otra una suma prestada, cuando realmente no la haya recibido. Los dos años se contarán desde la fecha del documento. Opuesta la excepción antes de dos años, incumbe al acreedor la prueba de la entrega; pero si el deudor no reclama ésta dentro de dos años, se presume legalmente hecha, sin que se admita prueba alguna en contrario." (Arts. 1,093 y 1094, Cód. Civ.)

Hemos copiado los términos de que se sirve la ley para que se vea, y así con ingenuidad lo confesamos, que sólo queriendo sacar las palabras de su natural sentido é inquiriendo distinciones que la ley no propone, se podría sostener que hoy la excepción del dinero no entregado puede recaer en contratos distintos del de mutuo.

Rompen los artículos con la tradición que debió ser su guía; serán, si se quiere, poco científicos, pero á la verdad contradicen la tesis por nosotros sostenida. El mutuo, pues, tiene que servirnos de base para nuestros ulteriores razonamientos y sólo á él nos concretaremos, ya que las palabras de la ley no se prestan para una generalización; por lo demás, muy apropiada, según los principios de equidad, porque no hay un motivo concluyente para descartar ciertos contratos, como por ejemplo, la dote, el cual siempre gozó del beneficio de esta excepción y que por sus fines muy elevados é importantes, ha merecido en las legislaciones de otros países y aun en la nuestra, concesiones amplias y liberales, basadas en la situación especial de las personas que concurran á formar ese contrato.

Mas de que concedamos en este punto no se sigue que la referida excepción deje de aplicarse, como juzgan algunos, al mutuo mercantil, pues si bien es cierto que en el Código de Comercio nada se preceptúa á este propósito, sin embargo, creemos que es de sostenerse la suplencia del derecho común,

apoyándonos en el artículo 2º de aquel y en la razón de que la ley nos habla de sumas prestadas en general sin distinguir el objeto á que el mutuario haya de destinarlas. Nuestro autor de derecho mercantil nos suministra la regla á que hay que atender para que subsista ó no la coexistencia del derecho común con el mercantil. "De todo lo expuesto, se deduce. . . . II: que, como esta ley (la mercantil) no regula, sino que al contrario, supone ya regulados por el derecho común, la naturaleza extrínseca de los actos civiles, ó lo que es lo mismo, los elementos substanciales de su validez, licitud, etc., en todo lo que no esté previsto por el Código Mercantil respecto de sus principios fundamentales de los actos civiles, como: capacidad de los contratantes, vicios del consentimiento, causas de rescisión y nulidad, licitud de objeto de los contratos, en una palabra, en todo lo que se refiera á las condiciones esenciales é intrínsecas de los actos civiles y á los efectos esenciales y naturales de los mismos, el Código Civil ó el derecho común coexiste con el derecho especial mercantil." (Pallares, tomo 1º, pág. 760, § 258, inciso 2º)

Si, pues, agregaremos nosotros, la ley consideró necesaria, indispensable, natural, la entrega del dinero, para que existiese dentro de los dos primeros años, la obligación del mutuuario; es exacto afirmar, que sucede lo mismo en las operaciones mercantiles, que reconocen por origen este mismo contrato.

Y no se diga para eludir la fuerza de este argumento, que la interpretación de cualquier beneficio es restrictiva, porque á esto hay que contestar que no pretendemos ampliar el beneficio de la ley á casos que en ella no se quisieron prever, sino que siendo inherente al género de la acción de mutuo, pasa con ella al derecho mercantil una vez que en éste no se varía el fondo de la prestación, subsistiendo el propio contrato de mutuo. Oportuno nos parece recordar aquí, en apoyo de nuestros asertos, la teoría seguida por los antiguos sobre que el favor que se concede por el género de acción, los acompaña