

siempre, sean quienes fuesen los que la intenten. (L. LXVIII de reg. jur.).

Fijados ya los casos de su aplicación, analizaremos el problema relativo á averiguar si esta excepción introduce una novedad en el sistema general de pruebas, ó si no es otra cosa que la aplicación de las reglas comunes.

La jurisprudencia antigua que tanto favoreció las otras partes de nuestra tesis, resueltamente nos niega su apoyo, y con Ulpiano y Celso á la cabeza proclama que siendo, como son, verdaderos los aforismos "Qui excipit, probare debet quod excipitur," ó más concisa y elegantemente "Reus in exceptione actorest" (Dig. 22. 3. de probat 9. f. Cels.—44. 1. de exception 1. f. Ulp.) al arrojar sobre el demandante la carga de la prueba, de la excepción opuesta por el demandado, claro es que se derogan abiertamente esos principios.

No obstante, y volviendo á los límites de nuestros Códigos, notaremos que el papel del demandado se reduce á negar, y como lo que nunca ha existido no puede dejar tras de sí huella ó indicio alguno por los cuales se pudiera comprobar la verdad de esa negativa, dada esa imposibilidad, las negaciones no están sujetas á prueba y permanecen firmes é inquebrantables en tanto que el actor no justifique los hechos que afirmó.

Por otra parte, con anterioridad apuntamos la teoría que, gracias á la comisión reformadora, profesa nuestro Código en materia de consentimiento, y aplicándola podremos decir que siendo el mutuo un contrato real (Molitor, tomo 2º, pág. 178, § 778, y otros muchos autores que sería ocioso citar), el consentimiento que aparece dado en el vale ó escrito, es incapaz de crear el vínculo obligatorio, sino que es menester que se compruebe la entrega de esas cantidades, parte integrante, condición *sine qua non*, para que prospere el derecho que invocara la parte actora, y ésta al evidenciar esa entrega, no hace más que cumplir con el estricto deber que la ley impone á todo el que se atribuye un derecho.

En contra de estos razonamientos se formulan dos objecio-

nes. Ciertamente es, se dice, que el que niega no está obligado á probar; mas no usando esa negativa envuelve el desconocimiento de una presunción legal y hay bastantes probabilidades para estimar que un individuo es deudor de otro, en presencia de un documento suscrito por el primero y en el cual confiesa que ha recibido la suma que se le demanda.

En segundo lugar, se extraña que si en el momento en que concurren las dos voluntades, el consentimiento sea incapaz de acreditar el contrato, ¿cómo, pues, transcurrido el bienio, ese consentimiento basta y consolida la prueba de tal modo que se rechace cualquiera otra que se intentara aducir en contrario?

No negaremos que esta argumentación es poderosa; mas no carece en verdad de respuesta, y para comprender en ella las dos observaciones, distinguiremos la época que precede y la que sucede al bienio. En la primera, hablando con rigor y tomando el contrato literal en el estado que nos lo legara la tradición, que se ha venido perpetuando, según lo hemos demostrado, desde tiempos bien anteriores á Justiniano, se debe tener presente que la obligación en modo alguno brota de lo escrito, sino de la realidad de los hechos y todo lo más que se podrá conceder es que la ley no acepta, en el caso, la prevención de que se quiere hacer mérito, y en este orden de ideas juzgamos más probable que dentro de un precepto legal se haya establecido, que no tiene cabida ese medio presuntivo y vago á no ser que el legislador rompiera abiertamente con todo un sistema perfectamente encadenado. Sólo espíritus superficiales dejarían de notar la grave, la gravísima inconsecuencia que con esto se originaría, lo que no sucede si se acepta que en este punto simplemente se rechazó una prevención que por lo demás está contradicha por otra que la misma ley no menciona.

Con efecto; la ley presume que se ha sorprendido, con más ó menos dolo, el consentimiento que aparece dado en el documento, y en esta virtud á nada queda reducida la objeción, toda vez que destruyéndose por contradictorias las dos pre-

sunciones, volvemos á encontrar la negación del deudor, lisa y llana, frente á frente de una aseveración que forzosamente reclama que se le corrobore por medio de la prueba.

Transcurridos los dos años, la ley, de un modo terminante y claro, entiende que la entrega se verificó y formula una presunción de las que se llaman *Juris et de jure*, sin tener en cuenta la voluntad del demandado, sin la transmisión de la cosa, lo que robustece más y más nuestras anteriores doctrinas, á propósito de que en este contrato se busca la entrega de la cosa para fijar el lazo jurídico, sin preocuparse del consentimiento. De no ser así, el artículo diría, pasados los dos años, basta la aquiescencia del deudor; y no nos dice eso, sino que se presume que el dinero fué entregado.

Mas si se pregunta á qué obedece el temperamento adoptado por la ley, contestaremos: que no se quiso que los contratos viviesen eternamente envueltos en esa especie de penumbra; tuvo por objeto castigar al deudor que vió con negligencia que el término pasaba sin acudir á los medios que la misma ley le suministra á efecto de proteger sus derechos, y el buen sentido arrastra á pensar que si no hizo uso de aquellos medios, fué porque él mismo se juzgó sin derecho para entablar una reclamación que repugnaba á su conciencia, pues había recibido la suma; se debió, por último, al peligro que había en no limitar la concesión de ese beneficio á un término prudente, poniéndolo á perpetuidad en manos de quien tal vez se serviría de él con poca honradez. Estos son los motivos enteramente racionales que explican la actitud tomada por la ley; pero poco importa que se diga que ella fué el resultado de un sofisma, el producto de un criterio erróneo, la manifestación de un tradicionalismo ilógico; lo verdadero, lo indudable es que no se tuvo en cuenta la idea de consentimiento, sino la entrega de las monedas.

En vano llaman en su auxilio los partidarios de la opinión contraria la legislación anterior, porque hemos visto, que esa legislación y los principios por ella observados, en este punto,

no han sido respetados por nuestro Código, el cual nos da esta excepción con particularidades que la diversifican de la conocida y desenvuelta, tanto en el derecho romano como en el español. De manera que al consignar que el acreedor soporta el peso de la prueba, no se hizo otra cosa que valorizar esas presunciones, para evitar cualquiera duda, sin que esto signifique que sufrieran alteración las reglas generales del sistema probatorio.

Por otra parte, opuesta la excepción dentro del bienio, equivale á que el demandado hubiese obrado contra el que se pretende su acreedor, por medio de la acción en devolución del documento. A ésta el acreedor opone la excepción de que entregó el dinero, y entonces claro es que á él corresponde la prueba de lo que afirma. Ahora bien, al convertirse esa acción en defensa, en nada deben variar los medios probatorios de que hay que valerse.

Réstanos por tratar el punto referente á si es ó no provechosa en nuestro derecho la permanencia de esa excepción que variada en su primitiva naturaleza ha llegado hasta nosotros, sin saberse, según opinan algunos, los motivos de su existencia que entorpece la celebración de su contrato sobre el cual las leyes alfonsinas nos dicen: "que acaece mucho á menudo entre los homes; de que recibe placer ó alluda los unos de los otros" (tít. 1º pág. 5ª), cuyo fundamento deriva de un sentimiento de piedad y de simpatía, según juzga Gutiérrez Fernandez, (tom. 5º pág. 135), que esa defensa coloca al mutuante en situación difícilísima, no obstante que debía considerársele por su desprendimiento y á quien Tácito define como el que imparte un favor "qui beneficien tribuit:" en una palabra, se hace la apología del contrato y del prestamista, para hacer resaltar lo inequitativo de esa excepción. Se agregan todavía los peligros que su ejercicio acarrea, se nos habla de la facilidad con que los deudores pueden hacer nugatorios los justos derechos de su acreedor, y que favorecen la mala fe y es fuente de inagotables chicanas.

Hay algo de cierto en todo esto; pero se olvida, sin embargo, que si el nuestro debiera ser un pacto respetable y piadoso, por la idea que movió á instituirlo en manos de los hombres, se ha corrompido, y sólo saca provecho de él el mutuante, que es el explotador más encarnizado de la miseria, que lejos de beneficiar al deudor, lo hunde en la más desoladora miseria y lo acosa hasta arruinarlo.

La figura del prestamista perdió ya ese carácter dulce y benévolo para aparecer lúgubre, en medio de la sociedad, presidiendo ora la desolación de una familia, ora la desesperación de todos los que estrechados por las circunstancias, á ellos ocurren. La usura, esa dolorosa llaga social, contra la cual nada pudieron las leyes ni la filantropía de los particulares, se ha unido de un modo indisoluble al mutuo y agobia más que nunca á los necesitados. Existen deudores pillos, es verdad; mas hay agiotistas sin entrañas que escrupulosamente dedicados á la fructificación de sus capitales, no se paran en los medios que hay que emplear para conseguir su objeto, y cuando ante ellos se presenta un individuo víctima de la necesidad, les es fácil obligarlo á firmar un contrato y después no entregar el dinero, considerando en su inmoral criterio, no la burla del infeliz, no la ilicitud del caso, sino el brillante, el incomparable negocio que de esta suerte efectúan, siendo ellos los primeros en borrar la buena fe de los componentes esenciales de un contrato.

¿Y el legislador debería permanecer impasible ante semejantes vejaciones? ¿Y dejaremos ligado al deudor para siempre y suceda lo que quiera, sólo por la materialidad de la escritura? ¿Qué, la equidad no se levanta y protesta contra tales actos?

Para tachar de una plumada esa excepción de nuestro Código, es necesario tener presente que la cuestión social se compone, entre otros elementos, de la poca protección que la ley concede al proletario enfrente del rico, y que el primero se entrega confiado en manos del segundo para que éste lo extorsione.

Además, esa defensa es fácil de evitar, dejando transcurrir el plazo que fija la ley, haciendo que se renuncia ó valiéndose de otros arbitrios que llevan á considerar que si no es enteramente buena, eso proviene de que por desgracia no es ineludible. Dígase en buena hora que es una moratoria más ó menos penosa, pero no se quiera hallar en ella la razón por la cual los deudores no satisfacen sus obligaciones. Esa razón no se muestra aquí, la hallaréis tal vez en la escasa fuerza del apremio judicial y en la facilidad de evitarlo, expedientes más fructuosos y á los que acuden los individuos que se resisten á solventar sus deudas. Si se cree mala la excepción aceptada por la ley, tenemos el derecho de pedir á los detractores de ella que la sustituyan por alguna otra que mitigue al menos los males que hemos indicado y á los que el legislador no puede negar su atención.

A fin de añadir menos elementos para robustecer la idea de su inconveniencia, se asegura que la legislación francesa no la acepta; agregamos nosotros que hay autores que expresamente la rechazan, como Guyena, que nos dice es otra clase de abuso el que desde muy antiguo se notó en estas obligaciones: el deudor necesitado firmaba recibir dinero que no recibía, ó mayor cantidad, y esto era lo más frecuente. Pata cortar el abuso se introdujo por derecho romano y se adoptó en el nuestro la excepción de "non numerata pecunia," que bien pronto cayó en desuso y ningún Código moderno ha resucitado (tomo 3º, pág. 165). Mas no añada, como hubiera sido de esperarse, algún raciocinio que justificase su desaparición; por el contrario, se marca, no la posibilidad, sino algo más, la existencia de un abuso, y en esta situación, los legisladores se cruzan de brazos, persistiendo en que perezcan intereses que están obligados á defender.

A tales extravíos llegaríamos nosotros si no mantuviéramos en nuestra ley ese vigilante de la avaricia insaciable de los prestamistas, y amparo natural de los engañados. Sin que obste para eso el que se diga que ha pasado la época de ella, que ya no

hay personas lo bastante candorosas para dejarse engañar por medios tan burdos; mientras haya indigentes por un lado y maldad de los poderosos por otro, la excepción de "non numerata pecunia" tiene que convalecer para servir de obstáculo á que se cometa la más atroz de las injusticias.

México, Agosto 1.º de 1894.

MANUEL SÁNCHEZ GAVITO.

CONGRESO JURIDICO NACIONAL.

INICIATIVA PRESENTADA
EN LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA POR EL SR. LIC. DON AGUSTIN VERDUGO,
PARA LA CELEBRACION DE UN CONGRESO JURÍDICO.

SEÑORES ACADÉMICOS:

Uno de los más graves é importantes problemas que han agitado en el presente siglo á todas las naciones, muy especialmente á aquellas que deben su actual composición á la conquista ó anexión de otras, poseedoras de antecedentes históricos propios y aun pertenecientes á diversas razas, por lo que en su origen llevaban vida separada é independiente, es sin duda aquel que tiene por objeto la codificación y unificación de su derecho, principalmente del civil ó privado, pudiéndose notar, ó mejor dicho, admirar cómo en el estudio y resolución de ese problema, han esgrimido sus mejores armas las más grandes figuras de nuestra ciencia en el mundo: los Portales y los Bigot-Preameneu, en Francia; los Thibaut y los Pape, en Alemania; los Migliete y los Vacca en Italia; los Silvela; los Alonso Martínez y los Gamazo, en España, á los esfuerzos de todos los cuales débense en el día, á la par que esa homogeneidad del Derecho, elemento seguro de cohesión y fortaleza en las naciones que la han aceptado, los gigantes avances de nuestra ciencia, mediante un perfeccionamiento cada día más visible, obra del concurso de todas las fuerzas