

dada, y de condenar ó absolver, segun que lo es ó no. Si el demandado no pretende defenderse sino por la contradiccion de la *intentio*, negando que sea fundada, por ejemplo, en la accion personal: *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE*, negando que deba diez mil sextercios á Aulo Agerio; ó en la accion real, *SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*, negando que el esclavo pertenezca á Aulo Agerio, no hay nada de particular que añadir á la fórmula, y esta contestacion hace las veces de derecho ante el juez, pues que está encargado de examinar si la *intentio* está fundada ó no, y decidir en su consecuencia.

Pero puede suceder que el pretor haya tenido que dar la accion por existir segun el derecho civil; que la *intentio* esté fundada en derecho estricto; que la condena debiera ser su consecuencia; y que, sin embargo, á causa de alguna circunstancia particular alegada por el demandado, esta condena, si habia tenido lugar, sería inícuo y contraria á la equidad; por ejemplo, si el demandado pretende que su promesa, ó que el acto de enajenacion le ha sido arancado por dolo ó por violencia; ó que es contrario á alguna regla establecida, ya por el pretor, ya por la jurisprudencia; por ejemplo, cuando hay ya cosa juzgada en un caso en que el derecho primitivo no se ha extinguido *ipso jure* por la sentencia.

Si hubiese entrado en la mision del juez recibir la alegacion de estos hechos, apreciarlos y tomarlos en consideracion, no hubiera tenido necesidad el pretor de añadir nada de particular respecto de esto en la fórmula; pero no sucedía así. En la mayor parte de las acciones, si nada se habia añadido á la fórmula, no dejaba al juez otra mision que la de comprobar la *intentio*, y si estaba fundada en derecho, la de condenar, sin poder ocuparse de ninguna otra alegacion de equidad. En su consecuencia, el demandado para hacer que se adjudiquen al juez poderes suficientes, al tiempo del relato ante el pretor, relativamente á la accion y á la fórmula, presentaba su alegacion á este mismo magistrado á fin de que la insertase en la fórmula, de modo que diese al juez orden de examinarla y tomarla en consideracion. Al pretor tocaba decidir si se debia conceder ó no al demandado este medio de defensa; y si se hallaba que podia concederse, lo hacía en la fórmula bajo la forma de excepcion, es decir, exceptuando, ya de la pretension anunciada en *intentio*, ya de la condena que debia pronunciarse,

el caso en que hubiese habido, por ejemplo, dolo, violencia, ó cualquier otro hecho alegado por el demandado. Así la excepcion era verdaderamente, y en toda la propiedad etimológica de la palabra, una excepcion, una restriccion puesta por el pretor, ya á la *intentio*, ya á la *condemnatio* (1). Ya hemos explicado cómo versaba, ya sobre una, ya sobre otra de las partes de la fórmula.

Todas las excepciones dice Gayo que están concebidas en forma de negativa, porque el demandado afirma el hecho que sirve de fundamento á la excepcion, y la condena sólo debe tener lugar si este hecho *no es cierto*. «*Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is cum quo agitur*» (2). Por la razon contraria, la *intentio* está concebida siempre en forma afirmativa, porque el demandante afirma el hecho que le sirve de fundamento, y la condena no debe tener lugar más que si este hecho *es cierto*. Así el demandante Aulo Agerio afirma que el demandado Numerio Negidio le debe por estipulacion diez mil sextercios, y exponiendo éste que ha habido dolo en el asunto, la *intentio* se concebirá de este modo, afirmativamente: *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE*; y en seguida la excepcion concebida negativamente: *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT* (si no ha habido ó si no hay ningun hecho de dolo por parte de Aulo Agerio) *CONDEMNA*, etc.

Por esto se ve, como nos dice tambien Gayo, que toda excepcion está inscrita en la fórmula sobre la alegacion del demandado, para hacer la condena condicional: «*Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem*» (3), en el sentido de que no debe tener lugar la condena más que si el hecho sobre que descansa la excepcion no está justificado.

Sentada así la fórmula, vemos cuál es el oficio del juez, no debiendo condenar sino cuando ante todos los hechos sobre que descansa la *intentio* están probados. El demandante es el que afirma estos hechos y el que desde luégo tiene que probarlos; porque la

(1) «*Exceptio dicta est quasi quædam exclusio.... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.*» (Dig. 44. 1. 2. pr. f. de Ulp.)

(2) Gay. 4. 119.

(3) *Ibid.*—Sabemos, con todo, que hay algunas excepciones que no hacen más que limitar el importe de la condena.

circunstancia de hacer insertar el demandado una excepcion en la fórmula no es una aquiescencia á la *intentio*. « *Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur* » (1). Si el demandante no prueba su *intentio*, el demandado no necesita ninguna otra defensa, ni debe tener lugar la condena (2). Pero si se prueba la *intentio*, entónces se llega á los debates de la excepcion (3). El juez no debe condenar sino cuando los hechos en que se apoya la excepcion no están justificados, debiendo el demandado afirmar estos hechos y probarlos: « *Qui excipit, probare debet quod excipitur* », dice Celso (4); y Ulpiano enuncia el mismo principio bajo una forma más elegante: « *Reus in exceptione actor est* » (5), el demandado, en su excepcion, se convierte en demandante.

En resúmen, vemos que así como el magistrado diciendo el derecho (*jurisdictionem habens*) da la accion al demandante, de la misma manera adapta la excepcion al demandado; que así como el juez está encargado por la fórmula de examinar si la accion del demandante está fundada ó no, así está encargado de examinar si la excepcion del demandado lo está ó no.

De este modo, el magistrado decide si ha lugar en derecho á dar ó á negar la accion ó la excepcion, sin prejuzgar nada sobre su mérito. El juez examina si están justificadas ó no. El primero regula el negocio en derecho: el segundo lo decide.

Vemos tambien que la necesidad de insertar en la fórmula, en forma de excepcion á la pretension enunciada en la *intentio*, ciertos hechos alegados por el demandado, procede de que sin esto el juez no tendria el derecho de ocuparse de ellos y tomarlos en consideracion. Por consiguiente, si la naturaleza de la accion es tal que por sí misma dé al juez poder suficiente para tomar ciertos hechos en consideracion, es inútil insertar estos hechos como excepcion en la fórmula; que es lo que tiene lugar en las acciones de buena fe, como explicamós más arriba. Encargado especialmente el juez por la fórmula de estas acciones de examinar si la *intentio* está fundada EX BONA FIDE, es decir, no segun el derecho estricto-

(1) Dig. 41. 1. 9. f. de Marcel.

(2) Cod. 8. 36. 9. const. de Diocl. y Maxim.

(3) Ibid.

(4) Dig. 22. 3. 9.

(5) Ibid. 44. 1. 1. — De aquí nos viene el adagio vulgar: *Reus excipiendo fit actor*.

to, sino segun la buena fe, tiene por lo mismo la mision de tomar en consideracion los hechos que hiciesen la pretension del demandante contraria á la equidad. Tambien las excepciones de dolo, de violencia, y otras fundadas en la buena fe son supérfluas aquí, subentendiéndose siempre en las acciones de buena fe. « *Doli exceptio inest de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis* », nos dice Ulpiano (1). Asimismo nos dice Juliano, hablando de la accion de venta: « *Quia hoc iudicium fidei bonæ est, continet in se doli mali exceptionem* » (2).

En fin, ¿en qué casos tal hecho alegado por el demandado debia hacer que se rehusase la accion totalmente; en qué casos debia hacer que se insertase sólo una excepcion en la fórmula? Esto consistia, segun los principios de derecho romano, en el modo con que tomaban origen ó se extinguian los derechos reales y las obligaciones, principios que hemos expuesto ya más arriba. Esto dimanaba especialmente de que en derecho estricto ciertos hechos se consideraban como privados del poder de extinguir la obligacion, y por consiguiente, la accion; al paso que el pretor, á fin de corregir este rigor civil, queria, al dar la accion, que no se condenase, si se probaban estos hechos. Así que el demandante solicite la accion para un caso de estipulacion inútil, el pretor, si el hecho de nulidad es constante y reconocido, negará completamente la accion, porque en este caso no hay obligacion, ni por consiguiente accion, y en caso de necesidad, el juez deberá absolver. Si la solicita, por el contrario, para una estipulacion viciada por dolo, no deja de existir por eso segun el derecho, y el pretor dará la accion; pero poniendo la excepcion de dolo. Lo mismo si el demandante solicita la accion para una estipulacion en la cual ha habido aceptilacion, el pretor, si el hecho de la aceptilacion es constante, negará la accion, porque, segun el derecho civil, la aceptilacion la ha extinguido completamente, y en caso de necesidad, el juez absolverá. Si, por el contrario, ha habido simplemente un pacto por el cual el acreedor ha hecho sin solemnidad remision de la deuda, como en derecho la accion de estipulacion no queda extinguida por esto, la dará el pretor, pero incluirá en ella la excepcion del pacto.

(1) Dig. 24. 3. 21. in fin.

(2) 30. 1. 84. § 5.

Otra circunstancia podía hacer necesario el uso de la vía de excepción, aún en ciertos casos en que el hecho alegado por el demandado fuese de tal naturaleza que se rehusase la acción; y entonces había duda y contestación sobre este hecho, y el pretor en este caso, para no tomar sobre sí la incumbencia de examinar las pruebas, de oír los debates y de decidir su existencia ó no existencia, daba la acción, pero incluyendo en forma de excepción el hecho contestado, cuya comprobación se remitía de este modo al juez. Veremos un ejemplo de esto al tratar del juramento en el § 4 de este título. Otro tenemos con motivo del beneficio de división entre muchos fiadores, de los que uno ó varios son insolventes, circunstancia que hace denegar la acción ó conceder simplemente una excepción, según que la insolvencia es reconocida ó disputada (1), é igualmente en el caso del senado-consulto Macedoniano (2).

Nos resta reconocer los diversos ejemplos de excepciones que nos presenta el texto.

I. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse: et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi *exceptio metus causa aut doli mali, aut in factum composito*, ad impugnandam actionem.

1. Por ejemplo, si obligado por miedo, inducido por dolo, ó incurriendo en error, has prometido sobre la estipulación de Ticio lo que no debías prometer, es evidente que según el derecho civil estás obligado, y la acción por la que se sostiene que debes dar, es válida; pero tu condena sería injusta; y por tanto, para rechazar la acción, se te da la *excepción de miedo, de dolo ó una excepción concebida in factum*.

*Aut errore lapsus*. No se trata de un error sobre el objeto mismo de la estipulación, cuando el uno ha querido estipular tal cosa y el otro prometer tal otra; porque este error, como hemos visto más arriba, llevaría consigo la nulidad de la misma estipulación, y por consiguiente, no habría acción. Se trata de todo error grave que hubiese determinado mi consentimiento, y que, sin hacer mi obligación nula por derecho civil, la hiciese contraria á la equidad. Los jurisconsultos romanos hacen entrar este caso en el de dolo, porque ha habido dolo de parte del adversario en haber in-

(1) Inst. 3. 20. § 4. — Dig. 46. 1. 28. f. de Paul., con motivo de la excepción: «SI NON ET ILLI SOLVENDO SENT.»

(2) Dig. 14. 6. 1. § 1. f. de Ulp. — 7. § 4 hasta el 8. f. de Ulp.

ducido á error al promitente, ó en querer aprovecharse de su error (1).

*Exceptio metus causa aut doli mali*. La *exceptio metus causa* estaba concebida en estos términos: SI IN EA RE METUS CAUSA FACTUM EST (2). Acabamos de ver cómo estaba concebida la de dolo: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT. La diferencia entre estas dos redacciones nos indica una gran variedad entre ambas excepciones. La excepción *metus causa* es general, y comprende todos los casos de violencia, cualquiera que sea su autor, lo que expresa Ulpiano diciendo que es *in rem scripta*, escrita generalmente contra la cosa, es decir, contra la violencia misma, cualquiera que sea su autor (3). La excepción *doli mali*, por el contrario, según las expresiones de Ulpiano, no comprende más que á la persona que ha cometido el dolo, «*personam complectitur ejus qui dolo fecit*», es decir, que no se la puede oponer más que al mismo autor del dolo. Si el dolo no procede de él, nada tiene que temer de la excepción (4). La gravedad del vicio que resulta de la violencia, acto cometido por la fuerza brutal, por lo común por personas desconocidas ó disfrazadas, ha hecho admitir esta diferencia.

Por lo demás, la excepción de violencia no es más que una especialidad de la excepción de dolo. La de dolo es general, tanto para el dolo propiamente dicho, como para la violencia, y aún para el caso de error, como dijimos antes; porque la palabra dolo se extiende á todo lo que es contrario á la buena fe. Así, pues, en el caso de violencia se podría oponer la excepción de dolo; y el mismo Casio, al decir de Ulpiano, no proponía más que esta última excepción; pero la excepción especial de violencia toma toda su utilidad cuando la violencia no se ha cometido por el adversario mismo, pues en este caso la de dolo sería inaplicable (5).

En fin, vemos por los términos mismos de la excepción de dolo, *si nihil dolo malo FACTUM SIT NEQUE FIAT*, que no se aplica solamente al dolo cometido por el adversario en el momento del contrato ó de la enajenación, sino que abraza toda especie de dolo,

(1) Dig. 44. 4. 4. § 3. f. de Ulp. — 17. pr. f. de Scevol.

(2) Ibid. 4. f. de Ulp. § 33.

(3) Dig. 14. 4. 4. § 33. f. de Ulp.

(4) Ibid.

(5) Dig. 44. 4. 4. § 33. f. de Ulp.

pasado ó presente, que hubiese sido ó que fuese cometido por el adversario; de modo que si el acto mismo de pedir su objeto en litigio era un acto de mala fe, contrario á la equidad, sería aplicable la excepcion de dolo. « *Nam et si inter initia nihil dolo malo fecit at tamen nunc petendo facit dolose* » (1). Hemos visto un ejemplo (tomo I, lib. II, tít. I, § 30) en el caso del propietario que al reivindicar su fundo de tierra de las manos del poseedor de buena fe, se negase á pagar las obras que éste hubiese hecho; y lo mismo en el caso en que, accionando al deudor de un impúbero para hacerle pagar por segunda vez lo que hubiese irregularmente pagado sin autorizacion válida, se negase á tomarle en cuenta todo lo que ha recaído realmente en beneficio del impúbero.

*Aut in factum composita.* No hay que figurarse que sea un género especial de excepcion; es una forma bajo la cual pueden concebirse las excepciones. En efecto, así como pueden las acciones, segun hemos visto arriba, concebirse en el hecho, así tambien las excepciones, lo cual sucede cuando el pretor formula excepcion, especificando un hecho preciso que el juez no tiene más que comprobar. Así, cuando el pretor da la accion en estos términos: si no ha habido, ó si no hay algun hecho de dolo en el negocio por parte de Aulo Agerio; esta excepcion está concedida en general, y el juez no tiene simplemente que comprobar un hecho, sino que tiene que examinar las diversas circunstancias que pueden alegarse por el demandado, y que apreciarlas, tanto en hecho como en derecho, para juzgar si constituyen verdaderamente un dolo; pero si la excepcion está formulada en estos términos: si Aulo Agerio no ha hecho creer que la cosa por la cual ha estipulado los diez mil sextercios era en oro, cuando era en cobre (2), entonces está concebida en el hecho (*in factum composita*). El juez no tiene más que un hecho determinado que examinar, en cuanto á su existencia solamente, sin tener que apreciarle en su carácter de derecho, porque el pretor lo ha hecho ya en la fórmula; ni que ocuparse de ninguna otra circunstancia fuera de este hecho, porque la fórmula no le deja espacio para ello. Por esto se ve que las excepciones de dolo ó de violencia hubieran podido siempre intentarse de hecho; y recíprocamente Ulpiano nos dice que de todas las ex-

(1) Ibid. 2. § 5. f. de Ulp.

(2) Dig. 45. 1. 22. f. de Paul.

cepciones *in factum* hubiera podido nacer una excepcion de dolo. Al demandado tocaba ver ante el pretor qué excepcion le convenia más hacer insertar en la fórmula (1); sin embargo, no podia emplearse contra un patrono ó contra un ascendiente la excepcion de dolo ó de violencia, ó cualquiera otra que perjudicase á la estimacion. Debió concebirse simplemente en el hecho (*in factum*), porque entonces no habia más que la enunciaci6n del hecho sin que fuese caracterizado como acto de dolo ó de violencia (2). Parece tambien que en el caso de duda, la fórmula se concebía por lo comun en el hecho, pues que dice Teófilo, el error alegado estaba determinado en ella en forma de narracion, aunque hubiese podido comprenderse igualmente en la excepcion general de dolo.

Nótese, en fin, la eleccion del ejemplo en el texto de nuestro párrafo, que es el de una estipulacion, es decir, de un contrato de derecho estricto. En efecto, en este caso, aunque haya habido violencia, dolo ó error, la obligacion procedente de la estipulacion no deja de existir por eso; por consiguiente, hay accion, y á causa de la naturaleza de la accion, es de absoluta necesidad insertar en ella la excepcion de dolo ó de violencia, pues no siendo así, el juez no tendria el derecho de ocuparse de ellas. Si, por el contrario, se tratase de un contrato de buena fe, podia suceder, ó que no hubiese ni áun accion, segun la extension del dolo, de la violencia ó del error, y segun los objetos sobre que recayesen estos vicios del consentimiento (3); ó por lo ménos, si habia accion, las excepciones de dolo, de violencia, ó en el hecho, no serian de ningun modo necesarias, porque la naturaleza misma de estas acciones y los términos de la fórmula que les es propia, darán por sí mismos al juez la mision de tomar en consideracion todos los hechos segun la equidad y la buena fe (4).

II. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia*

2. Lo mismo sucede si alguno ha estipulado dar en préstamo una cantidad y no la ha entregado: en efecto, si bien es cierto que puede demandaros por el pago de esta suma, porque la estipulacion os obli-

(1) Ibid. 44. 4. 2. §§ 4 y 5.

(2) Ibid. § 16.

(3) Como en el caso de sociedad, si ha habido dolo en el hecho mismo de asociacion. Dig. 17. 2. § 3. f. de Paul.—Ibid. 4. 4. 16. § 1. f. de Ulp.—O en el caso de venta para el mismo dolo. Dig.

4. 3. 7. pr. f. de Ulp.

(4) Dig. 5. 3. 38. f. de Paul.—58. f. de Scævola.—Véase lo que dijimos ántes, pág. 737.

CAPILLA ALFONSINA  
 BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
 D. A. N. I.

iniquum est eo nomine te condemnari, placet *per exceptionem pecunie non numerate* te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coartavimus.

*Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit.* Sucedia frecuentemente que para mayor solemnidad y seguridad en la obligacion se hacía intervenir una estipulacion en los contratos, que por sí mismos hubieran podido pasarse sin ella. Así podia suceder que el que consentia en prestar dinero hubiese exigido del que lo recibió, para más garantía, que se obligase por estipulacion al pago de esta suma. Nuestro texto supone que habiendo tenido lugar la estipulacion, desde luego no se ha realizado el préstamo en seguida, no habiendo entregado el estipulante al mutuuario las especies prometidas: En este caso, no deja de existir la estipulacion, y por consiguiente, la accion que produce; así se necesita una excepcion para defender al promitente contra una demanda conforme al derecho estricto, pero injusto.

*Per exceptionem pecunie non numerate.* El demandado podia usar, en el caso de que acabamos de hablar, la excepcion general de dolo, pues que en realidad hay dolo por parte del demandante (1); pero se podia tambien determinar el hecho particular de que se trataba, y formular la excepcion *in factum*, habiendo entonces la excepcion *non numerata pecunia* (2), que, como se ve, era una excepcion en el hecho (*in factum composita*). Pero bien se concibiese en el hecho, bien se formulase en la expresion general de dolo, la jurisprudencia llegó á dar á esta excepcion el privilegio particular de que la prueba no fuese de cuenta del demandado, sino de la del demandante (3). Para la explicacion de esta anomalía hay que referirse á lo que dijimos al tratar de esta materia.

Lo que el texto dice aquí del caso particular de una estipulacion hecha en vista de un préstamo no realizado, lo aplica Ulpiano generalmente á toda estipulacion, sin causa. En rigor, la obli-

(1) Dig. 44. 4. 2. § 3. f. de Ulp.

(2) Ibid. § 16.

(3) Cod. 4. 30. 3. const. de Anton.—10. const. de Diocl. y Maxim.

ga, sin embargo, como sería injusto condenaros con tal pretexto, se ha creído deber daros para defensa la excepcion *non numerata pecunia*, cuya duracion, como hemos dicho en los libros precedentes, se ha reducido por nuestra constitucion.

gacion y la accion existen, pero el promitente puede defenderse por la excepcion de dolo (1).

III. *Præterea debitor*, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa, efficax est adversus eum actio qua actor intendit, SI PARET EUM DARE OPORTERE; sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

3. Además, el deudor que ha convenido en un pacto con su acreedor, que no se le demandará por el pago, no deja por eso de estar obligado, porque el pacto no es un modo de extinguir absolutamente las obligaciones. La accion en la que la *intentio* del demandante es SI PARET EUM DARE OPORTERE, existe contra él válidamente; pero como sería injusto que se le condenase sin tener en nada el pacto como defensa, puede interponerse la excepcion de pacto.

Tambien ésta es una excepcion de hecho (*in factum composita*), porque se formula alegando ante el juez un hecho determinado: «SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR», que son los términos en que nos la refiere Gayo (2).—Hemos visto que las obligaciones contraídas de palabra ó por la entrega de la cosa no pueden disolverse por un simple acto, y que, por consiguiente, subsisten las acciones que de ellas emanan.—Por tanto, es necesaria en ellas la excepcion del pacto (*pacto conventi*); pero no lo sería tratándose de una obligacion contraída por el simple consentimiento, pues que la convencion contraria al pacto habria bastado para extinguirla.

Esta excepcion sería igualmente útil en las acciones *furti et injuriarum*, porque en virtud de una especial disposicion de las Doce Tablas, la transaccion extinguia de derecho aquellas acciones en sí mismas (3).

En lugar de la excepcion *pacti conventi* alegando un hecho, se habria podido del mismo modo oponer en el caso en cuestion la excepcion de dolo (4).

IV. *Æque si debitor, creditore deferente, juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio*

4. Del mismo modo, si despues de haber pagado la deuda, el deudor jurase al acreedor que nada debe, no dejaría aquél por eso de estar

(1) Dig. 44. 4. 2. § 3.

(2) Gay. 4. 119.

(3) Dig. 2. 14. 17. § 1. f. de Paul.

(4) Ibid. 44. 4. 2. § 4. f. de Ulp.

queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones: veluti, si, petitor, defereute, possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

*Per exceptionem jurisjurandi.*—El juramento que recíprocamente se prestan las partes para terminar una cuestion en juicio, contiene, segun nos dice Paulo, una especie de transaccion, que tiene más autoridad todavía que la cosa juzgada: *jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (1). Éste es, dice Gayo, el medio más expedito de terminar los pleitos (2). En el edicto relativo á esto habia el pretor insertado una disposicion especial, en la que declaraba que si una vez deferido el juramento al demandado, juraba éste en seguida que nada debia, no daria accion: «*Si is cum quo agitur, conditione delata, juraverit; ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.*» Tales eran, segun Ulpiano, los términos del edicto (3) por los cuales se niega una accion. Preciso es hacer una distincion, sin embargo, pues el juramento unas veces impedia que se diese la accion, y otras no hacia más que producir una excepcion. En efecto, si convenian unánimemente las partes en la verdad del hecho jurado, ó si el juramento habia sido deferido y prestado ante el pretor mismo, entónces este magistrado denegaba la accion; pero si las partes no estaban conformes en la verdad del hecho, entónces el pretor no tomaba á su cargo el comprobarla, sino que lo declaraba como excepcion, y remitia el asunto al juez para que éste fallára de la certeza del hecho: «*Nam postquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est si ambi- gitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est* (4). Esta es

(1) Dig. 12. 2. 2.

(2) Ibid. 1.

(3) Ibid. 3. pr. y 7. f. de Ulp.

(4) Dig. 12. 2. 9. pr. f. de Ulp.

obligado; pero como sería inícuo quejarse del perjurio, tiene para defenderse la *excepcion del juramento*. En las acciones *in rem* son tambien necesarias las excepciones; por ejemplo, si despues de haber jurado el demandante que la cosa es suya, lo jurase tambien el poseedor, y sin embargo, el demandante insistiese en su instancia; pues que aun cuando fuese fundada la pretension de éste, aunque la cosa fuera realmente suya, sería, sin embargo, inícuo condenar al poseedor.

ma aplicacion de la regla que hemos dado anteriormente respecto de los casos en que haya necesidad de recurrir á una excepcion.

Aquí se ve que la excepcion del juramento es una excepcion *in factum composita*.—Igualmente se habria podido admitir la excepcion del pacto, pues que la convencion que resulta del juramento no es más que una especie particular de pacto (1): por consiguiente, tambien se podria admitir la excepcion general de dolo.

Ya hemos visto en la Inst. 4, 6, § 11, que el juramento podia producir, no una excepcion, sino una accion, siempre que su resultado fuese favorable al acreedor, y que el deudor pusiese en cuestion la existencia del débito.

*Quibus in rem agitur.* Aun cuando los ejemplos que tanto en este párrafo como en los anteriores suministra el texto, respecto á la necesidad de las excepciones de dolo ú otras que no son sino especialidad de éstas, son todos relativos á los casos en que medie estipulacion, es decir, á los casos en que haya accion *stricti juris*, debemos decir que son igualmente necesarias aquellas excepciones en los casos en que medien acciones arbitrarias, á cuyo número corresponden las acciones reales: por ejemplo, la accion *rei vindicatoria*, la accion *ad exhibendum* (2); y lo mismo sucede cuando medien acciones *in factum* y acciones penales (3). Pero ya dejamos explicado el cómo y por qué serian supérfluas estas excepciones en las acciones de buena fe, encontrándose como se encuentran de derecho comprendidas en ellas, en virtud de los propios términos de la fórmula *ex bona fide*.

V. Item, si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

5. Igualmente, si en virtud de una accion real ó personal contra tí, hubiese recaído fallo, *no por eso deja de subsistir la obligacion*, y en derecho estricto se te puede perseguir despues del fallo por la misma accion; pero tú entónces tienes la excepcion de la autoridad de cosa juzgada.

Los jurisconsultos romanos han consagrado como axioma que la cosa juzgada vale tanto como la verdad «*res judicata pro veritate*

(1) Ibid. 25. f. de Ulp.

(2) Dig. 12. 2. 11. f. de Ulp.

(3) Ibid. 3. § 1. f. de Ulp.

*accipitur*» (1).— Pero ¿cómo se aplicaba este principio? ¿Una vez dado fallo sobre cualquiera cosa, caducaba toda accion acerca de ella, ó bien se podia renovar, dejando salvo al reo su derecho de oponer la excepcion *rei judicatae*? En una palabra, ¿producia la cosa juzgada una completa denegacion de accion, ó una excepcion solamente? Para resolver estas cuestiones preciso es recurrir á ciertas distinciones que hoy ya nos parecen muy sutiles.

En los tiempos en que habia acciones de la ley, se consideraba caducada toda accion que habia sido intentada una vez y no se la podia alegar de nuevo. Por tanto, no eran necesarias las excepciones, ni tampoco en aquélla estaban en uso todavía (2).

Pero cuando se introdujo el sistema formulario se alteró esta práctica, pues entónces se introdujeron las excepciones, y la de *rei judicatae* llegó á ser necesaria en muchos casos. Para comprender esta necesidad, debemos referirnos á lo que hemos anteriormente explicado acerca de los efectos de la *litis contestatio*.

Resulta de lo que respecto á este último punto hemos expuesto, que es preciso, ante todo, hacer primeramente una distincion fundamental entre las acciones legítimas (*judicia legitima; judicia quae legitimo jure consistunt*) y las acciones, *quae imperio continentur*, llamadas así porque no conservan su valor más tiempo del que dura el poder (*imperium*) del que las haya dado: «*Tandiu valent, quamdiu is qui ea praecipit, imperium habebit*» (3), y las cuales, por consiguiente, deben ser interpuestas ántes que espire este *imperium*, pues de lo contrario, perecen cuando él. Gayo menciona esta primera distincion en su Instituta (4, §§ 104 y 105), y nos dice que en las acciones *quae imperio continentur*, ya sean reales, ya personales, ya *in factum*, ó de cualquiera otra especie, jamas se verificaba novacion alguna que extinguiese la obligacion de la parte demandada y la reemplazase con otra obligacion procedente de la *litis contestatio* ó de la sentencia (4); sino que subsistiendo siempre en derecho estricto la obligacion primitiva, cualquiera que fuese la sentencia, y pudiendo, por tanto, el acreedor repetir su accion siempre que quisiese, era de absoluta necesidad contestarla por medio de la excepcion *rei judicatae*: SI EA RES JUDICATA

(1) Dig. 50. 17. *De regulis juris*. 207. f. de Ulp.

(2) Gay. 4. 108.

(3) Gay. 4. 105.

(4) *Ibid.* 3. 181.

NON SIT» (1). Hé aquí las palabras de Gayo: «*Si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam..... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei judicatae, vel in judicium reductae*» (2).

Si, por el contrario, se trata de una accion legítima, hay que distinguir nuevamente: 1.º, el caso de acciones *in personam*, cuando la fórmula ha sido concebida *in jus*; y 2.º, el caso de acciones reales (*in rem*) ó fundadas en hechos (*in factum*). En el primer caso, segun ya en otro lugar hemos dicho, desde la *litis contestatio* se consuma una novacion que extingue la obligacion personal del deudor demandado y que la sustituye con una obligacion nueva, la cual es á su vez extinguida por novacion, y restituida por la obligacion que resulta de la condena; de modo que se dice que el deudor demandado está ligado, primero por su accion principal, en seguida por la *litis contestatio*, y últimamente por la condena (3). De consiguiente, disuelta por el pleito mismo la obligacion principal, y consumada la accion que aquélla daba, no puede ésta intentarse de nuevo, y por tanto, es completamente supérflua la excepcion *rei judicatae* (4).

Pero no sucede lo mismo en las *in rem* y las *in factum*, pues éstas por su misma naturaleza no podian ser renovadas por la *litis contestatio*, ni sustituidas, en su consecuencia, por una obligacion puramente personal.— Por tanto, un mismo derecho de propiedad, ó un mismo hecho, podian ser nuevamente llevados á juicio por una accion nueva, y en este caso era absolutamente necesaria la excepcion *rei judicatae*; pues en otro caso, el juez del segundo pleito, limitado á su fórmula y á comprobar únicamente la *intentio*, no podria llamar á revista los fallos anteriores (5).

Por lo demas, la excepcion *rei judicatae*, distinta en esto de las demas que nos han ocupado hasta ahora, no quedaba subentendida de pleno derecho en las acciones de buena fe, sino que se la debia mencionar expresamente, en razon á que la autoridad de la cosa juzgada no es un principio de equidad y de buena fe, comprendido en la frase *ex bona fide*; y sí sólo un principio de orden social, que

(1) Dig. 44. 2. 9. § 2. f. de Ulp.

(2) Gay. 4. 108. «*Tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoverti.*» (Gay. 3. 181.)

(3) Gay. 3. 180.

(4) Gay. 4. 107.

(5) *Ibid.*

defiende los buenos como los malos fallos, y consagra hasta las iniquidades del juez, cuando no hay medio hábil de hacerlas subsanar por el juez superior (1).

En tiempo de Justiniano, según se deduce de nuestro texto, parece que en toda clase de acciones se aplicó indistintamente el sistema de los *judicia quæ imperio continentur*; pues hallamos escrito en aquel texto, que ya se trate de una acción real, ya de una personal (*sive in rem, sive in personam*), subsiste siempre firme la obligación principal (*nihilominus obligatio durat*), sin que ninguna novación produzcan el pleito ni la sentencia, y pudiendo, por consiguiente, ser la acción intentada de nuevo, si bien quedando á salvo el recurso de la excepción. — Pero, á decir verdad, tanto respecto de esta excepción, cuanto de todas las demás, como que en tiempo de Justiniano las acciones ni se pedían ya al magistrado superior, ni se encerraban en los límites de una fórmula, sino que se intentaban directamente ante el juez, quien podía por sí mismo valuar, lo mismo la demanda que la respuesta y las excepciones, claro es que llegaron á ser completamente vanas todas las cuestiones que acabamos de examinar, como derivadas que son del sistema de las fórmulas, caducado ya en tiempo de Justiniano.

También Ulpiano, siguiendo á Juliano, habla de las condiciones con que podía oponerse la excepción de la cosa juzgada: «*Exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem questio revocatur, vel alio genere judicii*» (2). Así, pues, es preciso que se trate de un mismo litigio, *eadem questio*; que se demande una misma cosa y de la misma manera y entre las mismas personas; pues la cosa juzgada no puede nunca perjudicar á un tercero, *cum res inter alios judicata nullum aliis præjudicium faciant* (3), aunque sea por una acción diferente (*vel alio genere judicii*): esto último necesita explicación. — Efectivamente, si la nueva acción, el *aliud genus judicii* tiende al mismo fin que la primera, y encierra la misma pretensión; en una palabra, si reproduce el mismo litigio, aunque sea bajo una forma distinta, hay lugar á la excepción *rei judicatae*; por ejemplo: si después de haber sido vencido en la acción de petición de herencia se intenta reclamar bajo el

(1) En apoyo de esto se suele citar una constitución de Severo y de Antonino. Cod. 3. 1. 2.

(2) Dig. 44. 2. 7. § 4. f. de Ulp.

(3) Dig. 44. 2. 1. f. de Ulp.

mismo concepto las cosas hereditarias en particular, ó *viceversa*; lo mismo que si después de haber perdido en la acción *familiæ reiscundæ*, se intentase bajo el mismo concepto la acción *communi dividundo*. — Pero si la nueva acción se fundase en distinto derecho, entonces no habría lugar á la excepción, como por ejemplo: si después de haber perdido en la reivindicación de una cosa, se prosigue la demanda por condición (1); pues en este caso la primera demanda la entablaria el actor en concepto de propietario, y la segunda en concepto de acreedor. — Lo mismo sucedería si después de haber perdido un pleito de reivindicación en concepto de heredero, lo intentase como adquirente (2), ó si después de haber perdido en una reivindicación general, la entablase de nuevo fundándose en una nueva causa de adquisición (3). — Citarémos los tres pasajes de Paulo y de Ulpiano relativos á este asunto: «*Cum queritur; hæc exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit; — Quantitas eadem, idem jus; — Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrant, alia res est*» (4).

Generalmente en los textos de Gayo y de los jurisconsultos de su época hallamos alternativamente citada, al par de la excepción *rei judicatae*, la *rei in iudicium deductæ*: así se dice comunmente, *exceptio rei judicatae vel in iudicium deductæ*. — Esta última, *SI EA RES IN IUDICIUM DEDUCTA NON SIT*, se oponía bajo el concepto, no de que la cuestión á que se refería hubiese sido resuelta en juicio, sino presentada ante el juez (*in iudicium deducta*), como, por ejemplo, cuando se había verificado ya la *litis contestatio* y la remisión del pleito al juez, pero no se había pronunciado aún sentencia. En el inmediato párrafo 10 veremos otra aplicación que esta excepción tenía.

La cosa juzgada produce, lo mismo que el dolo, la violencia y el juramento, una acción ó una excepción, cuando el que la invoca necesita ser actor ó reo. Cuando la parte que ha sido condenada niega la existencia del fallo que la condenó, es decir, niega haber cosa juzgada, tiene necesidad la contraria de probar y hacer declarar la existencia del fallo que le dió la victoria (*si queratur*

(1) Ibid. 31. f. de Paul.

(2) Ibid. 11. § 2.

(3) Dig. 44. 2. 11. § 4.

(4) Ibid. 12. 13 y 14.

*judicatum sit, necne*) (1); y para este caso tiene, como ya hemos dicho más arriba, la accion *judicati*, que corresponde al número de aquellas en que es doblada la pena contra el que ha negado sin razon, *adversus inficiantem duplatur* (2).

VI. Hæc exempli causa retulisse sufficiet. Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones necessariae sunt, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

VII. Quarum quædam ex legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

El pretor fué quien primero introdujo el uso de las excepciones, para modificar el rigor del derecho civil; pero posteriormente se hicieron leyes, senado-consultos y constituciones, que dieron nueva aplicacion al uso ya establecido; y aún crearon ciertas excepciones para ciertos y determinados casos.

*Ex legibus.* Tal es la excepcion NISI BONIS CESSERIT, relativa á la cesion de bienes del deudor á sus acreedores, determinada por la ley JULIA.

*Ex iis quæ legis vicem obtinent.* Por ejemplo, de los senado-consultos: tal es la excepcion que puede deducirse á veces del senado-consulta Macedoniano, como ya hemos explicado.—O bien de las constituciones: tal es la excepcion de que hemos tambien hablado en el mismo lugar, y que puede deducirse en ciertas circunstancias del rescripto de Adriano acerca del beneficio de la division, con motivo de la insolvencia de uno ó de muchos cofideyusores. Tal es tambien la de dolo, cuando se la aplica en virtud del rescripto de Marco Aurelio, para hacer admitir la compensacion en las acciones de derecho estricto.

*Excepciones perpétuas y perentorias: excepciones temporales y dilatorias.*

VIII. Appellantur autem exceptiones, aliæ perpetuæ et peremptoriæ, aliæ temporales et dilatoriæ.

6. Basta lo ya citado para servir de ejemplo: el que quiera saber más por menor cuán numerosas y varias son las causas que hacen necesarias las excepciones, puede consultar el Digesto y las Pandectas.

7. De estas excepciones, unas nacen de las leyes ú otros actos con fuerza de tal, y otras de la jurisdiccion pretoriana.

8. Llámase á unas *perpétuas y perentorias*, y á otras *temporales y dilatorias*.

(1) Dig. 49. 8. 1. pr. f. de Mac.

(2) Gay. 4. § 9 y 171.—Paul Sent. 1. 19. 1.

*Perpetuæ et peremptoriæ.* La primera de estas calidades es relativa á la duracion, y la segunda á los efectos de la excepcion. Por lo demas, la una es consecuencia necesaria de la otra; pues desde el instante que la excepcion es perpétua, es tambien necesariamente perentoria.

*Temporales et dilatoriæ.* Lo mismo sucede con las excepciones temporales y dilatorias, es decir, que la primera de estas calidades se refiere á la duracion, y la segunda á los efectos de la excepcion. Tambien aquí la una es necesaria consecuencia de la otra, pues desde el punto que una excepcion es temporal, es tambien necesariamente dilatoria.

Pero aquí importa evitar un error muy comun, derivado de nuestras ideas modernas acerca de las excepciones. Segun el derecho romano, no se trata en manera alguna, en las calificaciones que acabamos de enunciar, de los efectos que puede producir la excepcion, una vez alegada judicialmente y aplicada por el juez; sino únicamente de su duracion y efectos en manos del demandado, cuando aún no se ha entablado el pleito, y vale por tanto la excepcion como medio de defensa para contrarestar la accion.

De la confusion de estos dos diversos tiempos han nacido muchos errores, cometidos por los intérpretes en la materia que nos ocupa.

Pues si se los considera con relacion á sus resultados en justicia, cuando la aplica el juez, todas las excepciones, cualesquiera que sean, tienen un mismo resultado definitivo, supuesto que habrán de ser admitidas ó desechadas por el pretor que da la fórmula, segun que sean propuestas en tiempo hábil ó no; que modificarán, impedirán ó no impedirán la condena, segun su naturaleza, y segun que sean ó no probadas en juicio. Pero en todos los casos, el pleito, una vez entablado en justicia, y cualquiera que sea su éxito definitivo, se tendrá por consumado, y no se podrá volver á empezarlo ulteriormente; pues al que intentase hacerlo, ó se le negaria la accion, ó se le opondria la excepcion *rei judicate* ó *rei in iudicium deductæ*; segun lo pidiere el caso. (Véase el § 10 inmediato.)

Por el contrario, si se consideran las excepciones en manos del demandado, ántes que se halle entablado el pleito, como medio expedido para contrarestar la accion, entónces hay que determinar primeramente su duracion; es decir, el tiempo durante el cual

puede oponerlas el demandado; pues si durante este tiempo se le demanda, tiene derecho á hacerlas insertar en la fórmula del pretor, pues son un arma que temporalmente posee para defenderse cuando le ataquen. En segundo lugar, hay que determinar los efectos de las excepciones; es decir, la utilidad que de ellas reporta el que las posee, si es que poseyéndolas perpétuamente para defenderse destruyen la accion, ó si poseyéndolas por un tiempo determinado no hacen más que suspenderla, y perecen cuando espira el plazo de su duracion.—Esto nos lo explicarán los dos párrafos siguientes:

IX. Perpetuæ et peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt: qualis est *exceptio doli mali*, et *quod metus causa* factum est, et pacti conventi cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur.

9. Son excepciones perpétuas y perentorias las que pueden oponerse en todo tiempo á la accion y la destruyen por su propia naturaleza; como son las excepciones *doli mali*, *metus causa* y *pacti conventi*, cuando se ha convenido en renunciar absolutamente á toda accion.

En un fragmento de Gayo, inserto en el Digesto, hallamos definidas así las excepciones perpétuas y perentorias: *quæ semper locum habent, nec evitari possunt* (1). Esta definicion corresponde á la de nuestro texto. Son perpétuas, porque se poseen, no por un tiempo limitado, sino indefinidamente, y pueden oponerse siempre que sea necesario defenderse con ellas, pues, como dice nuestro texto, *semper agentibus obstant*.—De su carácter de perpétuas resulta necesariamente el de perentorias; es decir, que paralizan, que destruyen la accion, pues que la inutilizan para el demandante, quien tiene que ceder de su pretension cuando quiera que se le oponga, sin que le sirva, para evitarlo, dilatar el hacer uso de su accion (*nec evitari possunt*).

*Exceptio doli mali; quod metus causa.* Habiendo dicho con verdad que las acciones de dolo y de violencia son temporales, ¿cómo se explica que sus excepciones correspondientes son perpétuas? Fácilmente; porque siendo la accion un medio de ataque, está en mano del engañado ó violentado intentarla cuando quiera, desde el punto que descubra el dolo ó cese la violencia de que ha sido víctima; pero en cuanto á las excepciones, como no son más que un medio de defensa, claro es que no está en la mano del que tie-

(1) Dig. 44. 1. 3.

ne derecho á oponerlas contra una accion el que ésta se intente en tal ó cual tiempo determinado. Pero puede oponerlas á la accion cuando quiera que ésta se intente contra él (1), y de aquí nace el adagio: *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*.

X. Temporales atque dilatoriæ sunt quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant: que ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc precedere volumus: sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis, litem inferri ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint protulit: ut et inducias quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali poena perterriti tempora litium doceantur observare.

(1) Dig. 44. 4. 5. § 6. f. Paul.

10. Son temporales y dilatorias las excepciones que pueden oponerse por cierto tiempo y conceden un plazo. Tal es la excepcion de pacto, cuando media la convencion de no demandar durante cierto tiempo, cinco años por ejemplo; pero pasado este plazo, puede el demandante intentar una accion. Por consiguiente, los que tengan una accion que intentada antes de vencerse el plazo sería rechazada por la excepcion de pacto ó otra semejante, deben diferirla hasta que el plazo se cumpla. Hé aquí por qué se llaman dilatorias estas excepciones. Si el demandante intenta su accion antes de haber transcurrido el plazo, y se le opone la excepcion, en virtud de ésta, pierde por entónces su derecho: y en otro tiempo lo perdía tambien, aunque acudiera despues de haber vencido el plazo, pues se consideraba consumido y perdido su derecho por haberlo alegado temerariamente en juicio. Pero hoy ya no queremos proceder con tanto rigor, sino que á cualquiera que intente una demanda antes del tiempo fijado por el pacto ó por la obligacion, lo sometemos á lo mandado en la constitucion de Zenon contra los que, pidiendo fuera de tiempo, piden más de lo que se les debe. En consecuencia de esto, si el demandante despreciase los plazos que él mismo hubiese concedido, ó que trajese consigo la accion por su propia naturaleza, sufrirá en pena que se dupliquen los plazos en favor de los agraviados, y aún al espirar estos plazos, no estarán los demandados obligados á defenderse, interin no se les abonen previamente las expensas de la litis; pues con esta pena aprenderán los demandantes á respetar los plazos.