

autor del dolo. Si el dolo no procede de él, nada tiene que temer de la excepcion (1). La gravedad del vicio que resulta de la violencia, acto cometido por la fuerza brutal, por lo comun por personas desconocidas ó disfrazadas, ha hecho admitir esta diferencia.

Por lo demas, la excepcion de violencia no es más que una especialidad de la excepcion de dolo. La de dolo es general, tanto para el dolo propiamente dicho, como para la violencia, y áun para el caso de error, como dijimos ántes; porque la palabra dolo se extiende á todo lo que es contrario á la buena fe. Así, pues, en el caso de violencia se podria oponer la excepcion de dolo; y el mismo Casio, al decir de Ulpiano, no proponia más que esta última excepcion; pero la excepcion 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 seria inaplicable (2).

En fin, vemos por los términos mismos de la excepcion 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 enajenacion, sino que abraza toda especie de dolo, 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, seria aplicable la excepcion de dolo. «*Nam et si inter initia nihil dolo malo fecit at tamen nunc petendo facit dolose*» (3). Hemos visto un ejemplo (tomo 1, lib. II, tit. 1, § 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 recaido 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 com-

(1) Ibid.

(2) Dig. 44. 4. 4. § 33. f. de Ulp.

(3) Ibid. 2. § 5. f. de Ulp.

probar. 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 (1), entónces 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 excepciones *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 (2); 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 entónces no habia más que la enunciacion del hecho sin que fuese caracterizado como acto de dolo ó de violencia (3). 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

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

(2) Ibid. 44. 4. 2. §§ 4 y 5.

(3) Ibid. § 16.

la excepcion de dolo ó de violencia, pues no siendo así, el juez no tendría 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 aún accion, segun la extension del dolo, de la violencia ó del error, y segun los objetos sobre que recayesen estos vicios del consentimiento (1); 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 (2).

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

Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit. Sucedia frecuentemente que para mayor solemnidad y seguridad en la obligacion se hacia 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 luégo 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.

(1) Como en el caso de sociedad, si ha habido dolo en el hecho mismo de asociacion. Dig. 17. 2. 3. § 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.

(2) Dig. 5. 3. 38. f. de Paul. — 58. f. de Scevol. — Véase lo que dijimos ántes, pág. 728.

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 obliga, 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.

Per exceptionem pecunie non numeratæ. 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 entónces 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 anomalia 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 obligacion y la accion existen, pero el promitente puede defenderse por la excepcion de dolo (4).

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 pactum 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 (5).—Hemos visto que las obligaciones contraídas de palabra ó

(1) Dig. 44. 4. 2. § 3. f. de Ulp.

(2) Ibid. 4. § 16.

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

(4) Dig. 44. 4. 2. § 3.

(5) Gay. 4. 119.

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 (*pacti conventi*); pero no lo sería tratándose de una obligacion contraida 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 (1).

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 (2).

IV. *Æque si debitor, creditore deferente, juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi.* In iis quoque actionibus quibus in rem agitur, æque necessariae sunt exceptiones: veluti, si, petitore deferente, possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

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

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 todavia que la cosa juzgada: *jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (3). Éste es, dice Gayo, el medio más expedito de terminar los pleitos (4). En el edicto relativo á esto habia el pretor insertado una

(1) Dig. 2. 14. 17. § 1. f. de Paul.

(2) Ibid. 44. 4. 2. § 4. f. de Ulp.

(3) Dig. 12. 2. 2.

(4) Ibid. 1.

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 (1) 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 ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est*» (2). Esta es una 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 (3): 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 corres-

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

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

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

ponden las acciones reales: por ejemplo, la acción *rei vindicatoria*, la acción *ad exhibendum* (1); y lo mismo sucede cuando medien acciones *in factum* y acciones penales (2). Pero ya dejamos explicado el cómo y por qué serían 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 iudicatæ adjuvari.

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

Los juriconsultos romanos han consagrado como axioma que la cosa juzgada vale tanto como la verdad «*res iudicata pro veritate accipitur*» (3).—Pero ¿cómo se aplicaba este principio? ¿Una vez dado fallo sobre cualquiera cosa, caducaba toda acción acerca de ella, ó bien se podía renovar, dejando salvo al reo su derecho de oponer la excepción *rei iudicatæ*? En una palabra, ¿producía la cosa juzgada una completa denegación de acción, ó una excepción solamente? Para resolver estas cuestiones preciso es recurrir á ciertas distinciones que hoy ya nos parecen muy sutiles.

En los tiempos en que había acciones de la ley, se consideraba caducada toda acción que había sido intentada una vez y no se la podía alegar de nuevo. Por tanto, no eran necesarias las excepciones, ni tampoco en aquélla estaban en uso todavía (4).

Pero cuando se introdujo el sistema formulario se alteró esta práctica, pues entónces se introdujeron las excepciones, y la de *rei iudicatæ* 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 distinción fun-

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

(2) Ibid. 3. § 1. f. de Ulp. y pág. 434.

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

(4) Gay. 4. 108.

damental entre las acciones legítimas (*judicia legitima; judicia quæ legitimo jure consistunt*) y las acciones, *quæ 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 præcepit, imperium habebit*» (1), y las cuales, por consiguiente, deben ser interpuestas ántes que espire este *imperium*, pues de lo contrario, perecen cuando él. Gayo menciona esta primera distinción en su Instituta (4. §§ 104 y 105), y nos dice que en las acciones *quæ imperio continentur*, ya sean reales, ya personales, ya *in factum*, ó de cualquiera otra especie, jamás se verificaba novación alguna que extinguiese la obligación de la parte demandada, y la reemplazase con otra obligación procedente de la *litis contestatio* ó de la sentencia (2); sino que subsistiendo siempre en derecho estricto la obligación primitiva, cualquiera que fuese la sentencia, y pudiendo, por tanto, el acreedor repetir su acción siempre que quisiese, era de absoluta necesidad contestarla por medio de la excepción *rei iudicatæ*: «*SI EA RES JUDICATA NON SIT*» (3). Hé aquí las palabras de Gayo: «*Si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam.... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei iudicatæ, vel in iudicium reductæ*» (4).

Si, por el contrario, se trata de una acción 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, según ya en otro lugar hemos dicho, desde la *litis contestatio* se consuma una novación que extingue la obligación personal del deudor demandado y que la sustituye con una obligación nueva, la cual es á su vez extinguida por novación, y restituida por la obligación que resulta de la condena; de modo que se dice que el deudor demandado está ligado, primero por su acción principal, en seguida por la *litis contestatio*, y últimamente por la condena (5). De consiguiente, disuelta por el pleito mismo la obligación principal, y consumada la acción que aquélla daba, no puede ésta intentarse de nue-

(1) Gay. 4. 105.

(2) Ibid. 3. 181.

(3) Dig. 44. 2. 9. § 2. f. de Ulp.

(4) Gay. 4. 106. «*Tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatæ vel in iudicium deductæ summoverti.*» (Gay. 3. 131.)

(5) Gay. 3. 180.

vo, y por tanto es completamente supérflua la excepcion *rei judicatae* (1).

Pero no sucede lo mismo en las *in rem* y las *in factum*, pues éstas por su misma naturaleza no podían 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, podían 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 podría llamar á revista los fallos anteriores (2).

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 si sólo un principio de orden social, que 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 (3).

En tiempo de Justiniano, segun se deduce de nuestro texto, parece que en toda clase de acciones se aplicó indistintamente el sistema de los *judicia quae imperio continentur*; pues hallamos escrito en aquel texto, que ya se trate de una accion real, ya de una personal (*sive in rem, sive in personam*), subsiste siempre firme la obligacion principal (*nihilominus obligatio durat*), sin que ninguna novacion produzcan el pleito ni la sentencia, y pudiendo, por consiguiente, ser la accion intentada de nuevo, si bien quedando á salvo el recurso de la excepcion.—Pero á decir verdad, tanto respecto de esta excepcion, cuanto de todas las demas, como que en tiempo de Justiniano, las acciones ni se pedian ya al magistrado superior, ni se encerraban en los límites de una fórmula, sino que se intentaban directamente ante el juez, quien podia 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 exa-

(1) Gay. 4. 107.

(2) Ibid.

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

minar, como derivadas que son del sistema de las fórmulas, caducado ya en tiempo de Justiniano.

Tambien Ulpiano, siguiendo á Juliano, habla de las condiciones con que podia oponerse la excepcion de la cosa juzgada: «*Exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii*» (1). Así, pues, es preciso que se trate de un mismo litigio, *eadem quaestio*; 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 praedjudicium faciant* (2), aunque sea por una accion diferente (*vel alio genere judicii*): esto último necesita explicacion.—Efectivamente, si la nueva accion, el *alium genus judicii* tiende al mismo fin que la primera, y encierra la misma pretension; en una palabra, si reproduce el mismo litigio, aunque sea bajo una forma distinta, hay lugar á la excepcion *rei judicatae*; por ejemplo: si despues de haber sido vencido en la accion de petition de herencia se intenta reclamar bajo el mismo concepto las cosas hereditarias en particular, ó *vice-versa*; lo mismo que si despues de haber perdido en la accion *familiae erciscundae*, se intentase bajo el mismo concepto la accion *communi dividundo*.—Pero si la nueva accion se fundase en distinto derecho, entónces no habria lugar á la excepcion, como, por ejemplo: si despues de haber perdido en la reivindicacion de una cosa, se prosigue la demanda por condiccion (3); pues en este caso la primera demanda la entablaria el actor en concepto de propietario, y la segunda en concepto de acreedor.—Lo mismo sucederia si despues de haber perdido un pleito de reivindicacion en concepto de heredero, lo intentase como adquisidor (4), ó si despues de haber perdido en una reivindicacion general, la entablase de nuevo fundándose en una nueva causa de adquisicion (5).—Citarémos los tres pasajes de Paulo y de Ulpiano relativos á este asunto: «*Cum quaeritur; haec exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit;—Quantitas eadem, idem jus;—Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quae nisi omnia concurrant, alia res est*» (6).

(1) Dig. 44. 2. 7. § 4. f. de Ulp.

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

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

(4) Ibid. 11. § 2.

(5) Dig. 44. 2. 11. § 4.

(6) Ibid. 12. 13 y 14.

Matias T. Carronera.