

## PRECEDENTES SUPLETORIOS DE LA "EXCEPTIO" EN EL PROCEDIMIENTO DE LAS "LEGIS ACTIONES"

*La excepción en sentido estricto. Aspectos formal y sustancial.*

El concepto de excepción, en su sentido más propio y estricto, surge, se desarrolla y se fija con precisión en el Derecho procesal romano de la época del procedimiento formulario. Ofrece tal concepto dos aspectos: uno, meramente formal, y otro, sustancial. Según el primero, la *exceptio* es una *pars formulae*, un enunciado inserto en la redacción de la fórmula, aquel sucinto programa en el que se señalaba al *iudex* árbitro su tarea. El aspecto sustancial mira al contenido de dicho enunciado, en cuanto encierra una categoría especial de las diversas *defensiones* que el demandado puede esgrimir frente al ataque del actor.

Probablemente el primer aspecto, externo y visible, precedió y fué el germen de elaboración del concepto sustancial. Es frecuente tal proceso de labor doctrinal en el que conceptos y clasificaciones se van desflecando al escudriñar y desentrañar la apretada concisión de cláusulas formales estereotipadas por el uso o de fórmulas procesales. Se podría decir de estas manifestaciones del formalismo jurídico algo parecido a lo que, siguiendo a Carducci, decía Unamuno de la rima en relación con los poetas. La necesidad de buscar un consonante obliga al poeta a seguir una nueva asociación de ideas. Este lazo de asociación, que parece meramente externo, acústico, introduce en la poesía elementos nuevos. Y la rima es así rima generatriz<sup>1</sup>.

Piénsese en la trama de conceptos y doctrinas que nuestros mercantilistas desarrollan partiendo del nódulo esquemático de

1 UNAMUNO, *Ensayos*, II, ed. Aguilar, págs. 465-6

frases formularias, que constituyen la redacción de una letra de cambio. De la misma manera, el deseo de recoger una alegación del demandado, encuadrándola, para que tuviera eficacia, en el cuadrulado del casillero por el cual discurría el proceso, llevó al pretor a embutir en la redacción de la fórmula, entre la *intentio* y la *condemnatio*, una frase nueva, una *adiectio formulae*: la *exceptio*. Y al socaire de su exégesis se fueron después contorneando las características especiales de la *exceptio* sustantiva, como categoría que se separa y distingue de las demás modalidades de *defensio*.

Desde el punto de vista formal, la *exceptio* es una proposición que encierra una condición negativa para que pueda darse la *condemnatio*<sup>2</sup>. El esquema más sencillo, la fórmula de lo que Cicerón llamaría un *iudicium purum*<sup>3</sup>, es decir, sin *exceptio*, puede expresarse así: "Si se da el supuesto A)—*intentio*—fallarás así—*condemnatio*." Cuando hay una *exceptio*, tal esquema adoptaba esta otra modalidad: "Si se da el supuesto A)—*intentio*—y no se da el supuesto B)—*exceptio*—fallarás así—*condemnatio*." La *exceptio* proporcionaba así al juez los supuestos positivos de la *condemnatio*, y la *exceptio* le prescribía los negativos<sup>4</sup>.

Lingüísticamente, el enunciado condicional, que es la *exceptio*, embutido entre la *intentio* y la *condemnatio*, se cosía a la primera con diversas partículas. Acaso la más regular fué si *non* precedida muchas veces de *ac*, *at* o *aut*. Otras, probablemente más antiguas—*extraquam si*, *praeterquam si*, *quod*—parecen emplearse en *exceptiones* que cumplen el papel que anteriormente desempeñaba una *praescriptio*<sup>5</sup>. En cambio, la partícula *nisi* no se emplea en las fórmulas para iniciar la *exceptio*, sino para insertar en ellas el *iussus de restituendo* de la cláusula arbitraria<sup>6</sup>.

Desde un punto de vista sustancial, atendiendo al fondo de la naturaleza de la alegación del demandado que se encerraba en aquella *adiectio formulae*, dichas alegaciones se separaban

2 ... *omnis exceptio ... ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem*. GAYO, IV, 119.

3 *De inventione*, II, 20.

4 WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts*, p. 145.

5 CICERÓN, *loc. cit.*; D., 5, 3, 25, 17; D., 43, 12, 1, 16. Ve. LENEL, *E. P.*, II, 249 de la ed. franc.

6 WENGER, *Except.*, en la *Realenzyklop. Pauly-Wissowa*, recogiendo lo apuntado por KELLER, WACH, *Der röm. Civilproc. u. die Actionem*, 166, 369.

de las demás modalidades de *defensio* por un rasgo fundamental: las *exceptiones* dejaban inatacada la exactitud de la *intentio*. El demandado podía oponer a la *actio* dos categorías de *defensiones*: unas negaban, pura y rotundamente, el derecho alegado por el demandante<sup>7</sup>. A la afirmación de éste de ser, verbigracia, propietario *ex iure Quiritium*, el demandado oponía, en esta categoría, una simple negativa. El problema a dilucidar por el *iudex* en tales casos era el *si paret* o *si non paret* de la *intentio*. Porque era la existencia real y exactitud de ésta lo que estaba en juego.

Por el contrario, otras veces el demandado dejaba incólume, aceptaba, la afirmación del demandante en la *intentio*; pero alegaba un hecho o circunstancia que, en aquel determinado caso, hacían la *intentio* del actor, no obstante su exactitud como afirmación y su legalidad como pretensión, inadecuada u opuesta a la equidad. Este tipo de alegación era la *exceptio* considerada en su sentido sustancial. Frente a la afirmación del demandante de que el demandado le debe cien sestercios que le prestó aquél, puede suceder que éste se defienda negando el préstamo y la deuda. Su postura sería en tal hipótesis de negativa rotunda a la exactitud de la *intentio*. El *iudicium* resultante será *purum*, la *defensio* del demandado no será una *exceptio* y la fórmula que indique al juez su tarea le ordenará: "*Si paret Numerum Negidium Aulo Agerio sestertium centum dare oportere* (*intentio*), *Numerum Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve* (*condemnatio*)."<sup>7</sup> El juez sólo deberá dilucidar si se deben o no los cien sestercios.

La modalidad de *defensio* que es la *exceptio* surgirá, en cambio, cuando el demandado no impugne la exactitud de la *intentio*. En el caso anterior, por ejemplo, si reconoce el préstamo y la deuda, pero alega que el actor ha convenido con él en no reclamársela. La fórmula dirá entonces: "*Si paret Numerum Negidium Aulo Agerio sestertium centum dare oportere* (*intentio*), *si inter Aulum Agerium et Numerum Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur* (*exceptio*), *Numerum Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve* (*condemnatio*)".

La figura de la *exceptio* resultó así perfecta y claramente

---

<sup>7</sup> Negativa que, a su vez, podía ofrecer los dos aspectos: de negación absoluta—el pretendido derecho no existió nunca—o de negativa relativa—el derecho existió, pero no existe—que señalaba SAVIGNY (*Sist. del D. Rom.*, t. IV, p. 106 de la trad. de Mesía y Poley).

contorneada. Desde el punto de vista formal es la *pars formulae* que, inserta entre la *intentio* y la *condemnatio* y enlazada a aquélla con las partículas indicadas, constituye una condición negativa de la *condemnatio*. Desde el punto de vista sustancial, son excepciones las modalidades de *defensio* del demandado en las que éste deja intacta la *intentio*, es decir, la legalidad y exactitud del derecho alegado por el actor, pero alega una circunstancia que frena o impide la puesta en vigor de tal derecho. Una circunstancia que hace que aparezca como injusto acceder, en aquel caso concreto, a la pretensión del actor. *Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*<sup>8</sup>.

Este claro perfil del concepto de *exceptio* aún se realza más ahondando en otras características de esta modalidad de *defensio* relativas, principalmente: a) a su significación frente a la dicotomía *ius civile* y *ius honorarium*; b) frente a la de *ius strictum* y *aequitas*; c) a su eficacia paralizadora del acto o derecho al cual se opone, en comparación a los otros modos de *defensio* del demandado; d) a su papel en la transformación evolutiva del Derecho privado romano; e) a sus relaciones con la cuestión del ámbito del *officium iudicis* en el Derecho romano.

De todo ello pensamos tratar más adelante. Nos limitamos ahora a insistir en que, como al principio decíamos, este concepto de *exceptio* solamente se nos ofrece dentro del marco del proceso *per formulam*. Únicamente en él la *exceptio* presenta ese perfil bien dibujado. Su noción es algo íntimamente entrelazado a las características peculiares del clásico proceso del *ordo iudiciorum privatorum*.

Y tal consideración nos inclina a pensar en estas dos cuestiones: 1.ª ¿Qué pasaba, en este aspecto, antes de implantarse el procedimiento *per formulam*? 2.ª ¿Qué pasó después cuando el procedimiento formulario cayó en desuso? Entre estos dos temas, el estudio de la *exceptio* clásica quedará encuadrado históricamente, haciéndose más comprensibles, de un lado, sus orígenes; de otro, el proceso de difuminación y desdibujamiento que se va operando en el concepto de la *exceptio*, el cual se amplía y se hace borroso en sus contactos con las demás modalidades de *defensio* al romperse los moldes procesales en que se formó.

---

<sup>8</sup> GAYO, IV, 116.

*Las "defensiones" distintas de la negativa rotunda y directa en la época de las "legis acciones".*

Respecto al Derecho procesal de la época de las *legis acciones*, nos sale al paso la expresa noticia de Gayo: *nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*. No había *exceptiones* en la tramitación del pleito en el procedimiento de las *legis acciones*.

¿Qué alcance cabe atribuir a esta afirmación gayana? Desde luego, ninguna objeción puede presentarse contra su exactitud si pensamos en la *exceptio*, en su aspecto formal, como *pars formulae*. No existiendo fórmula en el pleito tramitado en los moldes de una *legis actio*, no cabe, claro es, hablar de *exceptio* en este sentido. Esa acepción de *exceptio* como *pars formulae* parece además tener presente Gayo. Nos dice que en la época de las *legis acciones* no se utilizaban las *exceptiones* de la misma manera que como se usaban en la época en que él escribe: *ita ut nunc*.

Pero ¿supone ello que en proceso antiguo no se admitieran al demandado, aunque encasilladas en otros moldes de la tramitación, aquellas figuras de alegaciones de defensa que hemos descrito en el concepto sustancial de la *exceptio*?

Puede desde luego pensarse en una época primitiva de rudo, elemental y nada o poco refinado sentido jurídico, en la que muchas de tales alegaciones eran totalmente inoperantes y no necesitaban, por tanto, cauce procesal. Mas, por una parte, puede conjeturarse fundadamente que no con todas sucedía lo mismo; y sabemos, por otra, que algunas de las objeciones defensivas del demandado que más tarde fueron opuestas por la vía de la *exceptio*, surgieron ya en la época de las *legis acciones*. Veamos algunos casos:

a) Así sucedería con alegaciones basadas en reglas referentes a la tramitación misma de los procesos. El miembro de un municipio citado ante el *praetor urbanus*, o el ciudadano de una *civitas foederata* citado ante el *proetor peregrinus*, que tuvieran ya convenido y pendiente un *vadimonium* con el actor para comparecer ante los magistrados jurisdiccionales del respectivo municipio o ciudad federada, no podrían menos de alegar tal circunstancia ante los pretores. Y con ello no negaban el derecho del actor; oponían un hecho que paralizaba la demanda.

b) El mismo Gayo nos habla de otro caso que ineludiblemente tuvo que ser esgrimido como defensa. El del que se veía demandado por un asunto sobre el que ya se hubiera tramitado el pleito por la *legis actio* correspondiente; hipótesis que más tarde ha de encajarse en la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. La alegación de que la *lis finita est*, de que el demandante ha consumado—y consumido—la *legis actio*. *Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*<sup>9</sup>.

c) Aquella fuerza de oposición a la *actio* proporcionada al demandado por el *pactum* anteriormente celebrado con el actor, que tanto desarrollo y tanta importancia tendrá en el procedimiento formulario con las múltiples aplicaciones de la *exceptio pacti*, tiene también un antecedente remotísimo en la época de las *legis actiones*, las cuales, a veces, *per pactum tolluntur*. Nos referimos a aquellos casos en que la vetusta legislación decenviral eliminaba la petición de la aplicación de la pena señalada para algún delito, sin que el argumento opuesto por el demandado fuese el de negar la comisión del hecho delictivo o su participación en el mismo afirmadas por el adversario, sino la alegación de haber convenido con éste una composición pecuniaria. Tal sucedía en los casos de *furtum manifestum* y de *iniuria*<sup>10</sup>.

Cuando el autor del *furtum manifestum* era una persona libre, la pena de privación de libertad con que se castigaba podía ser apartada por un convenio entre el ladrón y su víctima: *de furto pacisci lex* (la de las XII tablas) *permittit*<sup>11</sup>. Y lo mismo sucedía con la pena del talión señalada para algunas lesiones: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*.

Cierto que se trataba aquí de un medio de *defensio* esgrimido en circunstancias y ambiente especiales, ya que para el logro de las aspiraciones del demandante—hacer del ladrón un esclavo, en el primer caso, e imponer el talión al agresor, en el segundo—el procedimiento penal de aquella rudimentaria etapa dejaba la ejecución a la justicia privada; pero “la acción delictual privada<sup>12</sup> está sometida a las mismas reglas fundamenta-

9 GAYO, IV, 108.

10 *Quedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti* (D., 2, 14, 17, 1).

11 D., 2, 14, 7, 14.

12 MOMMSEN, *Droit pénal rom.*, III, p. 239, en la trad. franc. del *Man. des antiquités rom.*

les que la acción privada no delictual”<sup>13</sup>, y el *sacramentum*, según nos informa Gayo, era la *legis actio generalis*, es decir, la tramitación prescrita *in iure* para toda acción privada respecto de la cual no se señalase especialmente otro cauce procesal<sup>14</sup>. La objeción de la existencia del pacto se haría frente a la demanda de *additio* del *reus*, en el caso del *furtum*, y en el de la *iniuria*, frente a la petición de que el magistrado permitiera la ejecución del talión.

d) Algunas objeciones defensivas de los demandados, que en el procedimiento formulario se encerraban en la oportuna *exceptio* encajada en la fórmula, se apoyaban en leyes comiciales o plebiscitos que eran anteriores a la implantación del sistema procesal *per formulam*. Tal sucedía con las leyes *Cincia* (del 224 a. de C.) y *Plaetoria* (hacia el 190 a. de C.).

Contra la reclamación por el donatario de una donación excesiva, el pretor concedía, en el procedimiento formulario, la *exceptio legis Cinciae* al donante que no se había desligado aún de todo lazo, dominical o posesorio, con la *res donata*. Asimismo, el pretor concedió al menor de veinticinco años una *exceptio legis Plaetoriae* contra el que reclamaba el cumplimiento de un *negotium* en el que el menor había sido engañado.

Ni la *lex Cincia* declaraba nulas las donaciones que prohibía, ni la *lex Plaetoria* declaraba nulos los actos en que el menor era engañado. Es decir, que ambas eran *leges imperfectae*. Pero es evidente que, aunque no en el molde formal de la *exceptio* como *adiectio formulae*, innata todavía, la modalidad sustancial de oposición en el donante y en el menor demandados, apoyada en las leyes referidas, existiría como *argumentum defensionis* antes de que apareciera en el Derecho procesal la *exceptio* formularia.

13 *L. c.*, I, p. 202.

14 “Los teóricos del Derecho romano parten, en el proceso penal privado como en el proceso penal público, de la idea del poder ilimitado del magistrado... Pero la misma tendencia democrática que introdujo la provocación obligatoria como medida restrictiva en el Derecho penal público se manifiesta en la acción delictual privada... por la introducción de la obligación de dejar la decisión definitiva a jurados... Para la introducción del procedimiento *in iure* ante el pretor se aplica a los procesos delictuales las reglas generales; es incuestionable que al principio se empleó para ellos la forma del *sacramentum*.” MOMMSEN, *l. c.*, I, págs. 203-4.

*Cauce procesal de los medios precursores de la "exceptio" en las "legis actiones".*

Si, según Gayo nos informa, no había *illis temporibus usus exceptionum*, el que podía disponer de los argumentos defensivos enumerados ¿qué cauce procesal utilizaba?

Se han propuesto diversas soluciones, apuntadas unas de un modo general y señaladas otras concretamente referidas a alguno de los casos a que acabamos de referirnos. Las principales son:

a) La de que la alegación era hecha como prejudicial antes de celebrarse la *legis actio*, y conducía, caso de ser tenida en cuenta, a una *denegatio actionis*<sup>15</sup>.

La hipótesis propuesta implica la admisión de un concepto, diríamos también sustancial y amplio, del *praeiudicium*, que, naturalmente, no sería aquel al que se alude con tal denominación y características procesales bastante bien definidas en el procedimiento formulario. Los *praeiudicia* de éste daban lugar a fórmula y al consiguiente traslado de la cuestión al *iudex* árbitro, mientras que, v. gr., el examen de la cuestión de si el menor de veinticinco años había sido engañado, y la consiguiente *denegatio actionis* al que con él contrató, se encuadrarían, en el período del procedimiento primitivo, en el lapso procesal entre la citación y la celebración de las ceremonias de la *legis actio*. Precisamente se ha propuesto esta solución como régimen de puesta en vigor de la *lex Plaetoria* antes de que surgiese el medio procesal de la *exceptio legis Plaetoriae*<sup>16</sup>, y también para la aplicación de la *lex Cincia* antes de que pudiera utilizarse la *exceptio legis Cinciae*.

Naturalmente que ello lleva conectado el tema de la época de comienzo y de la amplitud de la facultad de *dare et denegare actionem* en el pretor, facultad no admitida por unos sino con posterioridad a la *lex Aebutia*, y afirmada por otros para el período de las *legis actiones*. La personificación de la discrepancia puede decirse que la encarnaron dos eminentes romanistas: GIRARD y WLASSAK. Para el primero de ellos, la posibilidad de que el pretor procediese a una *denegatio actionis* nació con la

15 BETHMANN-HOLWEG, *Der röm. Civilpr.*, I, 124 ss. WENGER, en el art. de "Realenz. Pauly-Wissowa" antes cit.

16 BETHMANN-HOLWEG, *l. c.*

aparición del procedimiento formulario, con el cual “el magistrado quedó desligado de las trabas que resultaban para él de la ley. Las acciones no son dadas por la ley, sino por él”. Además, tal facultad no se iniciaría con la amplitud que revistió posteriormente, sino de manera tímida, como consecuencia de la opción entre los dos procedimientos—el antiguo de las *legis actiones* y el moderno de las fórmulas—, es decir, como un poder de rehusar el primero para conceder el segundo, desde donde se iría, “por una pendiente natural, a denegar la acción que la ley daba, aun sin conceder fórmula en su lugar, y a conceder fórmula no sólo en los casos en que la ley daba una acción, sino en aquellos en que la rehusaba”<sup>17</sup>.

WLASSAK, por el contrario, propugnando la idea de la esencial concordancia del sistema de las *legis actiones* y del formulario, en orden a la fijación y consolidación de la contienda judicial, puso de relieve cómo la solemne colaboración del magistrado, que Varrón declaraba indispensable—*necesse*<sup>18</sup>—para la validez de la *legis actio*, pudo ser siempre denegada por aquél. Ninguna fuerza podía ser utilizada contra la postura anticollaboracionista del pretor, ni por las partes, ni por los colegas de éste, ni por los tribunos de la plebe. Su actitud denegatoria era insuperable y frustraba inexorablemente la proyectada *actio*. Frente a la concepción legalista del viejo Derecho procesal romano, grata al maestro francés, WLASSAK partía de la idea de un vasto poder originario del magistrado, cuyo campo de actividad fué estrechando cada vez más la legislación popular, y de la idea de que el viejo y el nuevo procedimiento coincidían en que su reglamentación no la agotaban ni las normas de la *lex* ni las de los juristas, y necesitaba el complemento del *imperium* del magistrado<sup>19</sup>.

Nos inclinamos a la opinión de WLASSAK. Pero creemos que, incluso aceptando, en cierto modo, los razonamientos de GIRARD, no veríamos razones decisivas para oponernos a la posibilidad de la *denegatio actionis* en las hipótesis de reclamación de cumplimiento del negocio jurídico afectado por las disposiciones de las leyes *Cincia* y *Plaetoria*. La idea de una negativa del pretor a abrir la vía procesal en la época de las *legis actiones* no se

17 GIRARD, *Man.* (8.<sup>o</sup>), p. 1057, n. 2 y *Mélanges*, I, 70-76 y 114 ss.

18 I, 1, 6, 30.

19 *Die klassische Prozessformel*, p. 137 y n. 27, donde las alusiones del autor a otros trabajos suyos anteriores dispensan otras citas.

nos alcanza cómo puede excluirse en absoluto, ya que necesariamente se había de proceder así en los casos en que la protección procesal que se pedía no era otorgada por ley alguna. Aun concediendo que no pudiera el magistrado "rehusarla (*denegare l. a.*) cuando la ley la daba", ¿por qué no admitir que la rehusase cuando una ley era contraria a ella? Por eso creemos perfectamente posible la *denegatio actionis* contra las reclamaciones del donatario o del acreedor del menor, ya que la decisión del magistrado se apoyaba en una ley comicial o en un plebiscito, que no otorgaban, es cierto, una acción de nulidad a favor del donante o del menor engañado, pero que habían de eliminar todo temor de responsabilidad del magistrado que, apoyándose en ellas, operando como *legum minister* o *lex loquens*, que diría CICERÓN<sup>20</sup>, cerraba la vía judicial.

Los efectos logrados con la *denegatio* como modalidad de defensa no eran, sin embargo, iguales a los que más tarde el demandado conseguiría por medio de la *exceptio* en sentido estricto o formal. Diferencias procesales importantes separaban la *denegatio* de la *exceptio* del procedimiento formulario. La *exceptio* conducía a la *litis contestatio* y a la *sententia*; la *denegatio* se pronunciaba sin llegar a la *litis contestatio*. Como WLASSAK hizo patente<sup>21</sup>, la *denegatio* carecía de aquella fuerza extintiva y excluyente de nueva discusión que nacía de la *litis contestatio*; ni la *res* ha sido *deducta in iudicium*, ni ha sido *iudicata*. Y, por tanto, puede reiterarse la petición ante el mismo o ante otro pretor<sup>22</sup>.

b) Otra conjetura se fija en la *sponsio* forzosa, concluída *in iure*, como el cauce procesal, en el Derecho antiguo, de las alegaciones que habían de constituir más tarde el contenido de la *exceptio* formularia. La hipótesis, que se apoya principalmen-

20 *Pro Cluent.*, 53, 146; *de leg.*, 3, 1, 2.

21 *Z. S. S. (Rom. Abt.)*, XXXIII, 138, 157-8.

22 Entre los dos sistemas, *denegatio* y *exceptio*, se interpuso como etapa puente la *praescriptio pro reo*, que ocupa así "un lugar intermedio entre la antigua *denegatio*, con la que tenía de común la decisión por el *iudex*, pero de la que la separaba la importante diferencia de que la *exceptio*, como consecuencia de la inscripción en la fórmula del hecho excepcional puesto a discusión, conducía a la repulsa del demandante en la sentencia, y excluía, consecuentemente, la renovación de la indagación del hecho constituyente de la excepción. Se nos presenta así la consolidación de la contienda *sub exceptione* como acto profundamente tallado frente, tanto a la *denegatio* como la *litis contestatio* condicionada por la *praescriptio pro reo*". WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts*, p. 128, n. 8.

te en una frase de un personaje de PLAUTO (*Rudens*, V, 3, 24), fué acogida ya por SAVIGNY y por BETHMANN-HOLLWEG<sup>23</sup>, y, según este autor, se usaría ya al final del período de vigencia de las *legis actiones* como un medio de descargarse el pretor de la indagación previa al *dare aut denegare la legis actio*.

El sentido de las palabras de PLAUTO no es incuestionable<sup>24</sup>; pero la conjetura está abonada por la gran extensión de la zona de empleo de las *sponsiones* ordenadas por el magistrado como medio de abrir el camino a la *legis actio* y por la tendencia a trasladar a la tarea del *iudex* el examen de cuestiones que el aumento creciente de asuntos y su complejidad impedían o dificultaban el que pudieran ser examinadas por el magistrado.

c) Otro precedente para suplir en este período la inexistencia de la futura *exceptio* se ha visto en la *intercessio* tribunicia. La conjetura fué formulada por CUQ<sup>25</sup>, si bien no con carácter general, sino limitada a la alegación contra las donaciones excesivas, que fué encauzada después en la *exceptio legis Cinciae*. La hipótesis de la *intercessio* tribunicia, como precedente cumplidor de la finalidad que después llenaría la *exceptio*, encuentra, para CUQ, su apoyo en alguna frase de LIVIO y en el carácter de protección a los plebeyos contra peticiones de ejecución de promesas *ultra modum* que tuvo el plebiscito de Cincio. Los tribunos tendrían, según eso, la obligación de velar por el cumplimiento del acuerdo de la plebe, usando el medio indirecto de la oposición de su *intercessio* a la tramitación de reclamaciones de donaciones excesivas.

Doctrinalmente, así como la *potestas* tribunicia nada podía frente a la *denegatio actionis* del magistrado, no hay obstácu-

23 También KARLOWA, *Legisact.*, p. 343, y LENEL, *Ursprung der Except.* p. 41 ss.

24 La frase es pronunciada por un personaje, Labrax, que, habiendo prometido una cantidad al esclavo Gripus, dice: *cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis, nive etiamdum haud siem quinque et viginti annus natus*; con lo que parece provocar a su adversario a celebrar la *sponsio* mediante la cual se encauzará el proceso en el que el *iudex* decidirá si Labrax ha sido engañado siendo menor de veinticinco años. SAVIGNY veía en tal *sponsio* un precedente general de la *exceptio doli*, que retrotraería a época muy antigua la influencia de la *aequitas* en la toma en consideración del dolo; pero la alegación de Labrax no se funda en el dolo en general, sino en el dolo contra el menor de veinticinco años al que apuntaba la *lex Plaetoria*. Ve. SAVIGNY, *Sistema*, IV, 124; y ACCARIAS, II, p. 1065, n. 1; GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, en *Mèlanges*, I, 83 ss.

25 *Manuel des inst. jur. des Rom.* (2.<sup>a</sup>), p. 525 y n. 2.

lo para admitir la *intercessio* funcionando eficazmente contra la celebración de la *legis actio*. A las objeciones de GIRARD de que para la posibilidad de la *intercessio* ninguna necesidad había de la *lex Cincia*, ya que los tribunos podrían oponer su intercesión contra la tramitación de demandas de donaciones excesivas antes de la ley, y de que, por otra parte, la voluntariedad de la *intercessio*, a declarar la cual los tribunos no podían ser forzados, no dotaría de sanción suficiente a la ley, nos parece contesta adecuadamente la alegación de CUQ negando un carácter puramente arbitrario al ejercicio de la *intercessio*, haciendo notar que ésta resultaría injustificada, antes de la *lex Cincia*, para oponerse a la ejecución de una obligación válidamente constituida por el donante; pero encontraba después su razón de ser en los preceptos de la ley. Ciertamente parece no haber existido nunca disposición formal que regulase en la constitución romana las razones en que había de fundarse la *intercessio* en general; pero de hecho aparecía siempre motivada en la estimación de una violación de costumbres o de leyes. Y como MOMMSEN hacía notar, "salvo casos en que se hizo de ella un uso abusivo contra *rogationes* y senadoconsultos, la *intercessio* tiene regularmente un verdadero carácter nomofiláctico"<sup>26</sup>.

d) Según otro punto de vista, la *exceptio* vino a simplificar la vía, lenta, costosa y complicada, que la rigidez procesal anterior hacía ineludible. Tal vía no era otra que la de la acción de repetición. El precedente que después fué sustituido por la *exceptio* sería, al menos en muchos casos, la vieja *condictio*, con la cual se restablecía, mediante una especie de marcha atrás procesal, el equilibrio patrimonial perturbado por la donación inoficiosa, por el perjuicio sufrido por el menor de veinticinco años, etc., etc. Antes de que, con la aparición de la *exceptio*, pudiera evitarse que la lesión se consumase, el viejo procedimiento se limitó, con la *condictio*, a impedir, restaurando con una *actio* de marcha opuesta y un nuevo proceso, el estado patrimonial anterior, que dicha lesión jurídica se prolongase o perpetuase.

Naturalmente, la posibilidad amenazante de la acción de restitución sería también freno que impediría la reclamación de ejecución dirigida contra el donante (*lex Cincia*) o el menor que contrató (*lex Plaetoria*). La acción de repetición constituiría así

<sup>26</sup> *Droit pub. rom.*, en el *Man. des antiquités rom.*, I, 312 de la trad. francesa.

aquella modalidad de "defensa en forma de acción", en la que IHERING encajaba, con otras, la *actio legis Plaetoriae*, antecedente de la *exceptio* del procedimiento formulario <sup>27</sup>.

Serían estos casos las más remotas aplicaciones de la *condictio* como acción restauradora de un equilibrio patrimonial perturbado *contra legem*. La situación jurídica del amenazado con la *condictio*—en su forma de *legis actio, l. a. per condictio-nem*—resultaría semejante a la del acreedor que, teniendo varios *sponsores*, hubiera reclamado de uno de ellos la totalidad de la deuda. El *iudex* no se lo negaba, obtenía judicialmente tal pago; pero la *manus iniectio pro iudicato* concedida por la *lex Furia*, de que nos habla GAYO, podía oponerse después como acción de repetición con una fuerza drástica mayor que la de la *condictio*. El antecedente de una *exceptio* lo fué también aquí la amenaza de una acción de restitución.

Como conclusiones de todo lo expuesto entendemos que pueden aceptarse las siguientes:

1.ª Si bien era imposible que se diese en el procedimiento de las *legis actiones* la *exceptio* en su sentido puramente formal—y en tal sentido hay que tomar la noticia de GAYO—, se dió en dicho procedimiento aquella modalidad de *defensio* del *reus*, que es la *exceptio* en su acepción sustancial, que alude a las características de un determinado tipo de argumentación polémica procesal.

2.ª Tal tipo de *defensio* no tuvo en el procedimiento anterior al formulario un peculiar cauce procesal general como lo fué después la *exceptio* formal clásica.

3.ª Las finalidades análogas, más o menos, a las de ésta se lograban por medidas heterogéneas amoldadas a las características de cada caso.

4.ª Entre todas ellas—salvo, naturalmente, aquellos casos de los que ya GAYO nos dice que la *exceptio* clásica ha sustituido a elementos que antes operaban *ipso iure* <sup>28</sup>—creemos que serían los de más general aplicación la acción de repetición y la *denegatio actionis*, que, dados los limitados efectos de ésta, tan distintos a los de la *litis contestatio* y la sentencia, no tenían por qué excluirse mutuamente.

JOSÉ ARIAS RAMOS.

<sup>27</sup> *El espíritu del D. Rom.*, t. IV, p. 118 ss. de la trad. españ. de PRÍNCIPE SATORRE.

<sup>28</sup> IV, 107-108.