

# La *exceptio doli* y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo<sup>105</sup>

Por Patricio Lazo González<sup>106</sup>

## Resumen

El objetivo de este trabajo es examinar las funciones dogmáticas reconocidas a la *exceptio doli*, así como la posibilidad de hablar de una función de indemnidad patrimonial. Su marco teórico lo constituyen las nociones de funciones manifiestas y funciones latentes, propia de la sociología norteamericana de la segunda mitad del siglo XX y la clasificación de la *exceptio doli* propuesta por Riccobono. El desarrollo del trabajo atiende a ciertos pasajes extraídos de fuentes romanas, tanto jurídicas como literarias, para fundar sus apreciaciones en torno al fundamento sobre el que se sostendría la función de indemnidad patrimonial.

**Palabras clave:** *exceptio doli*; funciones dogmáticas; indemnidad patrimonial; equidad; derecho romano.

---

<sup>105</sup> Además de ser presentado en este Congreso, este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1181930, *Exceptio doli generalis: historia, función e interpretación*. El autor agradece al Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile el apoyo brindado para la realización de este proyecto.

<sup>106</sup> Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Correo electrónico: [patricio.lazo@pucv.cl](mailto:patricio.lazo@pucv.cl). Dirección postal: Av. Brasil 2958, Valparaíso (Chile). Teléfono: +56 32 227 3115.

## I. Introducción

De las muchas ocasiones en que Paulo, jurista del siglo III, se refiere a la *exceptio doli*, hay una en la que interesa que nos detengamos. Se trata del pasaje en el cual alude al fundamento de la creación de dicha excepción. La oportunidad la encuentra en la *laudatio* del edicto del pretor: “D. 44, 4, 1, 1 (Paulo, 71 ad ed.): *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*”.<sup>107</sup>

La equidad natural,<sup>108</sup> por consiguiente, sería el fundamento de la creación de esta excepción, que impediría que alguien pudiese usar el *ius civile* para valerse de su propio dolo.

Resulta conveniente examinar con detenimiento las palabras de Paulo, a fin de no incurrir en una impresión errada acerca de la relación entre la *exceptio doli* y el *ius civile*. En efecto, a primera vista, podría parecer que en ellas se revela una oposición: por un lado, el dolo y el derecho civil y, por el otro, la equidad natural y la *exceptio doli*. Pero tal contradicción es aparente, ya que Paulo no relaciona el derecho civil con la injusticia, sino que llama la atención acerca de una cierta debilidad de este, a saber, la ausencia de mecanismos que impidan su uso de forma antagónica con la equidad natural. La *exceptio doli* sería, entonces, un mecanismo correctivo de aquella debilidad del *ius civile*, por medio de la cual ciertos comportamientos dolosos podrían impugnarse. Si se toma en cuenta estas premisas, entonces se comprende que, para Paulo, antes que orientarse a reformar el derecho civil *in toto*, la *exceptio doli* dirigiría su acción a la actuación de la equidad natural en determinados supuestos. Ahora bien, si se revisa aquellos que el propio Paulo examina en D. 44, 4, 5, se podrá observar que, a pesar de que ellos no desmienten su originaria función, en la época en que nuestro jurista escribe se habían agregado a ella otras, las que habían adquirido una fisonomía definida. Es decir, la afirmación de Paulo, específicamente en cuanto a la relación que establece entre la *exceptio doli* y la equidad, describe correctamente solo uno de los efectos de aquella, pero no desmiente la existencia de otros. Pudo parecer suficiente a nuestro jurista

<sup>107</sup> Traducción: “Por esto propuso el pretor esta excepción, para que nadie obtenga algo de su dolo malo, al amparo del derecho civil y contra la equidad natural!”

<sup>108</sup> D’Ors prefiere traducir como “justicia natural”. Vid. D’Ors, Álvaro et al. (1975). *El Digesto de Justiniano*. Tomo III. Pamplona: Aranzadi.

pronunciarse parcamente en este punto, quizás porque era pertinente para referirse en términos laudatorios al edicto que se disponía a comentar.

## II. Funciones dogmáticas manifiestas y latentes

El uso de la expresión “función” es corriente en numerosas disciplinas, lo que incluye a las ciencias jurídicas. Estas, al observar y explicar sus instituciones, recurren usualmente a dicha noción para sus propósitos descriptivos. Sin embargo, uno de los problemas asociados al uso de la expresión “función” es que esta tiene varias acepciones, de modo que se impone precisar en cuál de todos los sentidos posibles se usa.

En este trabajo me valdré del significado que le asignó el sociólogo norteamericano Robert Merton en un conocido trabajo,<sup>109</sup> en el que desarrolló las nociones de funciones manifiestas y latentes, las que a partir de entonces han sido aplicadas a diferentes áreas de las ciencias sociales y las humanidades.

Según Merton, las funciones “son las consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado”,<sup>110</sup> a diferencia de las disfunciones, que define como “las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema”.<sup>111</sup> Aquellas, a su vez, pueden ser manifiestas o latentes. En ambos casos se trataría de consecuencias objetivas, es decir, que no dependen de la motivación de los actores, e inciden directamente en la adaptación o ajuste del sistema, por lo que resultan ser benéficas. La diferencia entre uno y otro tipo de funciones radicaría en que las manifiestas son deliberadamente buscadas por los participantes del sistema, en tanto que las latentes no y, en algunos casos, ni siquiera son reconocidas, no obstante lo cual se producen.<sup>112</sup>

Merton separa analíticamente el concepto de función del de motivación o disposición subjetiva. Esta atiende al punto de vista del agente o actor de

---

<sup>109</sup> Merton, Robert (2002). *Teoría y estructura sociales*. 4ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Las citas de este trabajo corresponden a esta última.

<sup>110</sup> Merton, Robert . *Teoría y estructura sociales*, cit., pág. 126.

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> *Ibíd.*

hechos sociales, a sus deseos o a sus intenciones al realizar una acción, en tanto que el de función se emplea desde el punto de vista del observador, que examina los efectos de dicha acción.<sup>113</sup> Este, a diferencia del primero, está en condiciones de evaluar tales consecuencias, con independencia de las razones por las que aquél haya sido movido a actuar.

Sin embargo, llevado este método de análisis al plano del derecho romano, habría que comenzar por decir que es preferible hablar de funciones dogmáticas, ya que las consecuencias de las instituciones son observadas precisamente en ese plano, el de la dogmática. A su turno, la diferenciación entre motivaciones y funciones (especialmente, las manifiestas) se vuelve complicada, porque, desde el punto de vista de un actor como, por ejemplo, el pretor, podemos observar que él actúa con base en un programa jurisdiccional (el edicto), pero nada sabemos acerca de sus motivaciones.

Por otro lado, hay que observar que los juristas suelen especular sobre los propósitos de ese mismo pretor, de modo que la interpretación que hacen de las fuentes se mezcla con el examen de tales (pretendidas) motivaciones. Pero es difícil que por ese camino haya algún éxito; en realidad, el pretor, en cuanto magistratura jurídico-constitucional, actúa en ejercicio de su jurisdicción, de modo que las reflexiones de los juristas acerca de sus motivaciones habría que entenderlas, más bien, como referidas a las funciones dogmáticas que ellos observan. Debemos, por lo mismo, mirar con distancia el hecho de que los juristas, en particular los tardoclásicos, constaten algunas funciones producidas por determinadas instituciones y, retrospectivamente, intuyan la intención deliberada de producirlas.

Quisiera ejemplificar este aspecto del problema con una *laudatio* al edicto de *exercitoria actione*, de la obra de comentarios al edicto de Ulpiano:

Dig. 14, 1, 1pr. (Ulp. 28 *ad ed.*) *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem*

---

<sup>113</sup> Merton, Robert. *Teoría y estructura sociales*, cit., pág. 98: "La disposición subjetiva puede coincidir con la consecuencia objetiva, pero también puede no coincidir. Las dos varían independientemente." Es decir, especialmente cuando no coinciden, es que se hace patente la diferencia del punto de vista, en particular el del observador, que es quien capta la contraposición.

*tabernae vel negotio praeponsit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium.*<sup>114</sup>

Ulpiano pone de relieve dos aspectos positivos de este edicto: 1) la utilidad que prestó, que a su juicio resulta ser manifiesta (*Utilitatem huius edicti patere*), lo que justifica su *laudatio*; y 2) la contribución a la justicia de las relaciones contractuales al permitir que el armador respondiese por los actos del patrón de la nave (*aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, tenere*).

A la luz de las palabras de Ulpiano, uno podría colegir sin temor a equivocarse que lo que quiso el pretor fue introducir una acción contra el armador por los actos y contratos concluidos por su patrón. ¿Describe esta afirmación una disposición subjetiva, o bien una función manifiesta? Si pensamos que el edicto efectivamente introdujo una de las acciones adyecticias, la *exercitoria*, es imposible separar una pretendida motivación subjetiva del efecto que con ello se buscaba. Más aún, la expresión de Ulpiano en el sentido de ser este edicto de una “utilidad manifiesta” parece una referencia bastante explícita a dicha función. Esto lo podemos comprobar a partir de la rica casuística contenida en este título del Digesto, la que se nutre de textos de varios juristas. El examen de esta casuística, a su vez, puede arrojar luces acerca del surgimiento de funciones latentes.

En definitiva, más allá de las expresiones con las que se acomete en los textos jurisprudenciales el examen de determinadas instituciones, es conveniente estudiar las funciones dogmáticas de estas con base exclusiva en cómo los propios juristas se ocupan de su operación en la práctica, es decir, mediante su aplicación a problemas específicos.

Este es el marco teórico a cuyo alero me propongo revisar un antiguo trabajo

---

<sup>114</sup> Traducción: “Nadie puede ignorar la manifiesta utilidad de este edicto: como por las exigencias del tráfico marítimo contratamos con patrones de nave, ignorando a veces su condición y cualidades, era justo que el que nombró patrón para la nave quedara obligado, como se obliga el que puso al frente de un comercio o negocio a un factor; pues es más apremiante el contratar con un patrón que con un factor, ya que las circunstancias permiten que cualquiera pueda informarse de la condición del factor y contrate con él, pero no así respecto al patrón, pues a veces el lugar y el tiempo no permiten pensarlo más detenidamente”. Traducción de D’Ors, Álvaro et al. (1968). *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Pamplona: Aranzadi.

de Salvatore Riccobono, en el cual tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las funciones de la *exceptio doli*. Finalmente, propondré una función dogmática adicional.

### III. Riccobono acerca de las funciones de la *exceptio doli*

Salvatore Riccobono dedicó unas pocas páginas a la *exceptio doli*, en el marco de un trabajo publicado en 1930 sobre la representación directa.<sup>115</sup> En ellas se refirió a las que, en su opinión, habían sido las dos funciones que habría cumplido esta excepción en el derecho romano clásico: la primera habría consistido en “*quella originaria, normale, negativa, eminentemente processuale, la quale arresta, paralizza o distrugge il diritto dell’attore, fondato sul ius civile*”,<sup>116</sup> para lo cual tomó por argumento la descripción contenida en Gai. 4, 116 acerca de la *exceptio doli*:

Gai. 4, 116. *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis inre civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. uelut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numerauerim. nam eam pecuniam a te peti posse certum est.*<sup>117</sup> *dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis;*

<sup>115</sup> Riccobono, Salvatore (1930). “Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano”. En *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*. Tomo XIV. 389-447. Palermo: Università di Palermo.

<sup>116</sup> Riccobono, Salvatore, cit., pág. 405.

<sup>117</sup> Traducción: “Fueron creadas estas excepciones para la defensa de aquellos contra los cuales se litiga. Frecuentemente ocurre que la demanda se funda en derecho civil, pero resulta injusta la condena. Por ejemplo, hubiese estipulado de ti que me des una cantidad de dinero a causa de un préstamo, pero no te hubiese entregado nunca el dinero. Aquel dinero que te puedo cobrar es una cantidad cierta y debes darlo, si es que te has obligado en virtud de una estipulación. Pero puesto que es injusto que seas condenado por esta causa, se permite que te defiendas por medio de la *exceptio doli*. Asimismo, si hubiese pactado contigo no cobrarte aquello que me debes, puedo de todas formas demandarte para que me des esa cantidad debida, porque la obligación no se ve afectada por el pacto. Sin embargo, pareció que a tu demanda debía oponer la excepción de lo convenido mediante pacto”.

*sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conueno non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conuenti repelli.*

Gayo se refiere, en primer término, al supuesto en el cual, teniendo como horizonte un préstamo de dinero, el (futuro) mutuante exige al (futuro) mutuuario la promesa de su devolución. Una vez perfecta la estipulación, el que debía mutuar el dinero desiste de entregarlo al promitente, pero este queda de todas formas obligado a entregar la suma objeto de la estipulación (*nam eam pecuniam a te peti posse*) o, lo que es igual, librado al ejercicio de la *actio certae pecuniae* por parte del estipulante.<sup>118</sup>

Como sabemos, en el siglo inmediatamente siguiente al de Gayo, el emperador Antonino Caracalla creará la *exceptio non numeratae pecuniae*, que probablemente acabará con esta práctica.<sup>119</sup> Sin embargo, en la época en que escribe nuestro jurista se trataba de algo habitual, como lo indica el adverbio *saepe* con el que Gayo inicia la segunda oración.

El segundo ejemplo que ofrece Gayo es el de un pacto entre acreedor y deudor, en virtud del cual el primero renuncia a cobrar la suma que el segundo le debe. Gayo expresa que tal pacto de no pedir no afecta en nada la obligación contraída por el deudor (*obligatio pacto conueno non tollitur*), de modo que sigue igualmente expuesto a ser demandado por su contraparte.

Gayo, por consiguiente, ilustra con estos dos ejemplos una situación que describe como injusta: el hecho de que tanto en uno como en otro caso, el deudor quede expuesto al ejercicio de la acción civil respectiva y a su correspondiente condena. Desde luego, esto requiere una matización: lo injusto no es, en realidad, estar sujeto a una acción y ser condenado, ya que, después de todo, el derecho descansa en esa premisa. Lo que Gayo denunciará como injusto es que, en el proceso iniciado por una acción civil, el deudor no pueda hacer valer, en un caso, la inexistencia del mutuo y, en el otro, el pacto de no pedir. Lo injusto consistiría, por consiguiente, en que ante el ejercicio de una

---

<sup>118</sup> Sobre el concepto de *certum* vid., Varbaro, Mario (2008). *Per la storia del certum. Alle radici della categoria dell cose fungibili*. Torino: Giappichelli Editore.

<sup>119</sup> Sobre esta excepción, vid. Carrasco García, Consuelo (2000). *Supuestos de hecho de la "exceptio non numeratae pecuniae" en el derecho romano*. Madrid: Dykinson.

acción civil, tales hechos carezcan de valor impugnatorio. De ahí que Gayo afirme que el fundamento de la creación de la *exceptio doli* es, precisamente, la defensa de los deudores, a los que se confiere la posibilidad de contrarrestar la pretendida condena de la fórmula, por medio de la alegación de ciertos y determinados hechos que, de comprobarse, conducirían a la absolución.<sup>120</sup>

Volvamos ahora a Riccobono. Cuando este autor hace mención a la segunda función de la *exceptio doli* se refiere a la aplicación recibida por la *interpretatio prudentium* de época bastante posterior a su creación, la que consistió en “*attuare l’efficacia di una convenzione e in generale della volontà effettiva in qualsiasi campo, contro i principii e le forme dell’ius civile*”.<sup>121</sup> Es decir, nuestra excepción habría servido a los juristas no solo para neutralizar una acción civil, sino también para permitir que la voluntad de las partes, expresada en pactos que no se sujetaban a las formas impuestas por el *ius civile*, ganase terreno frente a este. Con ello Riccobono dice, en realidad, dos cosas: la primera, que la voluntad efectiva encuentra en la *exceptio doli* un instrumento eficaz de actuación, en el marco de un proceso; la segunda, que ello se hace ya no en desmedro de una acción civil, sino del *ius civile* mismo, de sus principios y de sus formas.

---

<sup>120</sup> Una visión muy similar es la de Ulpiano (66 *ad ed.*) “D. 44, 4, 2, 3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem*”. [Traducción: “Sobre el primer asunto, en qué casos esta excepción tiene lugar, pueden ser tratados los siguientes: si alguno hubiese estipulado de otro sin causa y hubiese a continuación demandado en virtud de esa estipulación, la excepción de dolo malo lo perjudicará. Pues si bien al momento de haber estipulado no hay dolo malo, puede decirse que actúa con dolo malo si al momento de la *litis contestatio* perseverase en demandar en virtud de la estipulación. Igualmente, si al estipular tenía justa causa, pero ninguna suficiente después. Por esto, si habiendo estipulado para prestar dinero luego no lo prestó o si hubo causa cierta de la estipulación, pero ella no existió, o bien desapareció, se ha de decir que le perjudica la excepción”].

<sup>121</sup> *Ibid.*

Podríamos resumir lo dicho hasta ahora de este modo: las dos funciones de la *exceptio doli* identificadas tienen un eje que permite su diferenciación: uno de sus extremos se refiere al período histórico en que cada una aparece —la primera función sería coetánea a la creación de la excepción; la segunda, posterior—, en tanto que el segundo de estos extremos se refiere al resultado al que cada una conduce: en un caso, el de neutralización; en el otro, el de matización del formalismo negocial. Esta perspectiva acerca de las funciones de la *exceptio doli* podría permitirnos diferenciar estas según el tipo de efecto que pretenden producir (positivo/negativo), y según el ámbito en que se despliegan (procesal/sustantivo).

La tesis ricobboniana resulta ser un muy útil punto de partida para nuestro análisis. A lo ya dicho, habríamos de agregar lo que sigue: si interpretamos la descripción que hace Gayo de la *exceptio doli* en los términos de la clasificación de las funciones que hemos elegido, podríamos afirmar que su función manifiesta es la de servir como un mecanismo por medio del cual es posible neutralizar una acción civil. Esta consecuencia sería, a su vez, operada a través de la atribución de relevancia procesal a ciertos hechos alegados por el demandado, lo que le permitiría evitar la condena. A su vez, la función latente de nuestra excepción, desarrollada por la jurisprudencia romana, consistiría en dotar de efectos a la voluntad efectiva de las partes, reflejada en pactos.

#### **IV. Equidad y funciones dogmáticas en la *exceptio doli***

Aunque no tenemos certeza acerca del año preciso en que la *exceptio doli* fue introducida en el edicto, es conjeturable que ello haya ocurrido hacia el siglo I a.C. De acuerdo con un testimonio de Cicerón, Aquilio Galo habría introducido remedios procesales contra el dolo: “Cic., *de off.* 3.14.60: *Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat*

---

<sup>122</sup> Sobre el formalismo negocial, *vid.*, Corbino, Alessandro (1994). *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Torino: Giappichelli.

*de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum*".<sup>123</sup>

Cicerón, un contemporáneo de Aquilio Galo, además de atribuirle la creación de las fórmulas de dolo malo y de una noción acerca de este (*cum esset aliud simulatum, aliud actum*) no hace mayor caudal de las razones que tuvo para proponerlas.

Si ponemos ahora nuestra atención en cómo se relacionan estas funciones con la equidad, de los textos, tanto el de Paulo que citábamos al comienzo (D. 44, 4, 1, 1), como el de Gayo del que nos hemos venido ocupando, se sigue que la jurisprudencia clásica vio en la equidad el fundamento de la *exceptio doli*. De hecho, la frase de Gayo *saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* se refiere a los dos supuestos a los que él se refiere, de lo que se concluye que la equidad sería el principio en el cual descansaría la protección del deudor en ambos casos.

Sin embargo, hay que hacer notar que la lectura que hace Riccobono de las palabras de Gayo conduce a una tesis diferente. En cuanto a la segunda función de la *exceptio doli*, nuestro autor afirma que ella habría servido para actuar la voluntad efectiva "contra los principios y formas del *ius civile*", lo que constituye, en realidad, una sobreinterpretación de lo dicho por Gayo. Este parece referirse solo a la injusticia que significa condenar al demandado sin darle la posibilidad de alegar los hechos constitutivos de la excepción. Si, a pesar de todo, Riccobono tuviese razón en este punto, entonces nos veríamos forzados a admitir que la relación entre esta segunda función y la equidad queda oscurecida, si es que no comprometida. Por lo pronto, deja de ser tan nítido que la equidad pueda esgrimirse como fundamento de esta función

---

<sup>123</sup> Traducción: "Comenzó Canio a encolerizarse, pero ¿qué podría hacer? Todavía no había publicado Aquilio Galo, compañero y amigo mío, las fórmulas de dolo malo, en las cuales, cuando se le preguntaba qué cosa era el dolo, respondía que consistía en simular una cosa y hacer otra". Burdese, Alberto (2006). *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*. En Garofalo, Luigi (comp.). *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*. Padova: CEDAM, cree que la actuación de A. Galo en la introducción de medios procesales no ocurrió en el 66 a. C., año de su pretura, sino que con anterioridad debió haber sugerido a un pretor su introducción; para una visión muy detallada del punto, *vid.* Brutti, Massimo (1973). *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*. Milano: Giuffré, pág. 131 n. 3 y 132 y ss.

latente; el hecho de que se admita en el ordenamiento jurídico mecanismos destinados a dotar de efectos a la voluntad real, manifestada a través de pactos y, por lo mismo, exceptuados de los límites del formalismo no es, en sí mismo, una respuesta al problema de la equidad, sino que se refiere a la evolución del derecho. En efecto, si Riccobono tiene razón en su punto de vista, resulta que el fundamento que podría asomar para el uso de la *exceptio doli* en este caso sería el de introducir en el derecho mecanismos de atenuación del formalismo negocial, lo que se relaciona con el abrir paso al principio del consensualismo en los negocios jurídicos.<sup>124</sup> Se trata de un aspecto que tiene que ver con mecanismos de adaptación del derecho a una vida jurídica más compleja y, por lo mismo, no parece inmediatamente conectado a la equidad.

## V. Otras funciones dogmáticas de la *exceptio doli*

La sistematización de la extensa casuística sobre la *exceptio doli* –supuestos que atraviesan las más diversas áreas del derecho privado– hace pensar que ella difícilmente puede encuadrarse en las dos funciones que hemos visto. Aunque correcta, la identificación de solo una función latente –a saber, el reconocimiento de determinados efectos de la voluntad negocial expresada por medio de pactos– no alcanza para cubrir el espectro de supuestos en los cuales la *exceptio doli* actúa, dando lugar a la producción de efectos diferentes.<sup>125</sup> La sola lectura de todo el título D. 44, 4 permite hipotetizar que la existencia de grupos significativos de supuestos supone otras funciones latentes. Con ello no hago referencia al hecho, ya examinado en la literatura romanística, de que la *exceptio doli* se hubo desarrollado suficientemente como para operar en

---

<sup>124</sup> Sobre consensualismo, *vid.* Guzmán Brito, Alejandro (2013). *Derecho Privado Romano*. Tomo II. 2° edición. Santiago de Chile: Thomson: Reuters, pág. 132 y ss.; sobre las voces *conventio* y *pactum* en el lenguaje negocial romano, *vid.* Guzmán Brito, Alejandro (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*. Pamplona: Thomson Aranzadi, pág. 30 y ss.

<sup>125</sup> Es conjeturable que el propio Riccobono no haya pretendido describir con ella todos los supuestos de concesión de la *exceptio doli*, sino solamente oponer dos funciones del instituto y, precisamente, una muy cercana a la materia que le interesaba tratar.

todas las áreas temáticas que cubre el derecho privado romano,<sup>126</sup> sino a este otro, al de identificar el tipo específico de función dogmática, cualquiera sea el área en la cual sus efectos o consecuencias se producen, por las características comunes y definitorias de éstos.

En mi opinión, la ingente masa de supuestos en los cuales es posible observar la actuación de la *exceptio doli* permite identificar otras funciones de esta. Intentaré dar cuenta una de estas regularidades que, a mi modo de entender, nos permitirían hablar de la función dogmática de indemnidad patrimonial.

## VI. La función de indemnidad patrimonial

Bajo la expresión “indemnidad patrimonial” pretendo englobar supuestos en los que se decide la cuantía de los reembolsos exigidos al reivindicante, en el contexto de la *exceptio doli*. Como se sabe, una vez ante el ejercicio de la acción real el demandado podía solicitar al pretor que incluyese la excepción en la fórmula, lo que le facultaría para retener la cosa en el supuesto de operatividad de la cláusula arbitraria, hasta que el actor le abonase las impensas a las que tenía derecho.

Desde el momento en que el juez daba la posibilidad al demandado de restituir y hasta que ello ocurría, se abría un espacio de discusión, en el cual se necesitaría establecer con precisión la cuantía del desembolso que debería hacer el demandante para obtener la restitución de la cosa y de algunos de sus frutos, si correspondía. Vistas así las cosas, es posible afirmar que la *exceptio doli* constituía el marco dentro del cual tenía lugar una complicada discusión, propia del proceso *apud iudicem*. Resulta lógico, entonces, que los juristas razonaran también en torno a los problemas planteados en el seno de esta discusión, la que en algún momento requirió de criterios para la imputación de las impensas y de los frutos de modo de determinar con cierto grado de precisión los montos a restituir. Sobre tales bases se podría calcular el monto que el demandante debía al demandado.

Mirado desde esta perspectiva, resulta más o menos claro que la *exceptio doli*

---

<sup>126</sup> Concretamente, pienso en la obra colectiva dirigida por Luigi Garofalo (cit. n.º 68), en la que se examina la incidencia de nuestra excepción en las más diversas áreas del derecho romano.

daba ocasión para abordar una miríada de problemas procesales y sustantivos derivados de la restitución. Esta función, claramente, no estaba entre aquellas para las que había sido creada. Fue mérito de la jurisprudencia advertir otras, diferentes a la originaria, pero benéficas desde el punto de vista del desarrollo del derecho.

Examinaremos a continuación un par de ejemplos acerca de la discusión sobre la imputación de frutos a las impensas. Podrá observarse cómo las respuestas de los juristas se orientan a proveer al juez de criterios técnicos para establecer las condiciones de la restitución.

Un supuesto en el que esto ocurre es el del solar donado por uno de los cónyuges al otro.<sup>127</sup> El supuesto discutido por los juristas romanos fue el de la edificación, por parte del donatario, en el predio donado. Ante el supuesto de reivindicación el cónyuge que hubiese construido podía obtener una indemnización por aquella inversión, en virtud de la *exceptio doli*.

D. 44, 4, 10 (Marcianus 3 reg.) *Cum vir aut uxor in area sibi donata aliquid aedificasset, plerisque placet doli mali exceptione posita rem servari posse.*<sup>128</sup>

D. 24, 1, 31, 2 (Pomponius 14 ad Sab.) *Si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est, sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam.*<sup>129</sup>

Puede observarse que la discusión planteada por Marciano se enmarca en proposiciones todavía demasiado amplias (*doli mali exceptione posita rem servari posse*), lo que contrasta con los términos en que Pomponio trata el mismo supuesto en el segundo texto. Este habla de impensas y del fundamento para

---

<sup>127</sup> García Garrido, Manuel (1982). *Ius uxorium*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, pág. 61 y ss., discute las diversas hipótesis en torno al origen y fundamento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

<sup>128</sup> Traducción: "Si el marido o la mujer, en el solar donado por uno al otro, edificase, se admite por la mayoría que por la interposición de la excepción de dolo malo puede obtener una indemnización".

<sup>129</sup> Traducción: "Si el marido hubiese donado a la mujer un solar y esta hubiese edificado en él, aquella edificación pertenece, indudablemente, al marido. Sin embargo, se admite que las impensas habrán de ser indemnizadas a la mujer: porque si el marido reivindica la edificación, la mujer la retendrá a causa (del pago) de las impensas".

indemnizarlas por parte del demandante, si bien no de la *exceptio doli*. No solo eso, a diferencia de Marciano, hace expresa mención a la retención de la edificación en manos del cónyuge constructor y es claro al sostener que, hasta el pago total de las impensas, se podrá retener la edificación por parte del demandado (*eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*).

Desde luego, varios son los problemas de naturaleza dogmática a los que estos pasajes se conectan, pero solo podemos centrarnos en aquellos que se relacionan con la función desempeñada por la *exceptio doli*. Analizados conjuntamente, en ambos fragmentos el tema de fondo es el derecho de la mujer a exigir al marido el reembolso de las inversiones realizadas en el predio donado, a lo que ambos textos dan lugar.

Vista con detenimiento, la función cumplida aquí por la *exceptio doli* no se relaciona con la destrucción del derecho del actor, sino que más bien provee al demandado de un marco de actuación muy amplio, dentro del cual aparece y se desarrolla su derecho de retención.<sup>130</sup> Nada se indica acerca de los criterios con los cuales se computa el reembolso a favor del demandado, pero parece claro que él queda indemne desde una perspectiva patrimonial. Con esto se logra que el aumento de valor experimentado por el predio quede a cargo del patrimonio del demandante, lo que implica la indemnidad del demandado.

Con todo, se advierte en estos pasajes la ausencia de toda referencia a los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*, que, como sabemos, pertenecen al poseedor de buena fe. Y es lógico preguntarse si ellos desempeñan algún papel en la cuantificación de la indemnización, cuestión que fue resuelta en el siglo III por Papiniano, como se observará a continuación.

D. 6, 1, 48 (Papinianus 2 resp.) *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliorem praedio facto dominus restituere cogitur.*<sup>131</sup>

<sup>130</sup> Sobre el derecho de retención, *vid.* el ya clásico trabajo de Nardi, Enzo (1957). *Studi sulla ritenzione in diritto romano*. T. II. *Profilo storico*. Milano: Giuffré.

<sup>131</sup> Traducción: "Los gastos en un predio, que resultó ser ajeno, hechos por un poseedor de buena fe, no pueden demandarse ni a aquel que donó el predio ni al propietario. Pero es

D. 6, 1, 65 pr. (Papinianus 2 resp.) *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque mediū temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*<sup>132</sup>

Papiniano parece desarrollar suficientemente una idea: el monto de las impensas debe compensarse con el de los frutos percibidos, de modo que al demandado le corresponderá la diferencia en caso de que aquellas fuesen superiores a estos. En el primer caso Papiniano (D. 6, 1, 48) trata de un poseedor de buena fe que realiza las inversiones en un predio que resulta ser ajeno. Esas inversiones, agrega nuestro jurista, pueden ser recobradas por el poseedor de buena fe, pero no a través de acción, sino de excepción. Papiniano pone de relieve que, en el caso de que el poseedor haya percibido frutos, solo recobrará aquellos gastos cuando hayan sido superiores a aquellos, y la misma idea sostiene en el fragmento que citamos a continuación (D. 6, 1, 65 pr.). Este segundo supuesto consiste en que un comprador ha adquirido *a non domino* un predio que, a su vez, se encontraba en prenda a un acreedor (*pignori datum praedium*). Esta es la razón que explica que, además del precio de compra, el comprador haya debido también desembolsar la cantidad correspondiente a la deuda garantizada con la prenda. En el juicio reivindicatorio, y en virtud de la *exceptio doli*, el comprador solo restituirá el predio al reivindicante si este le reembolsa la suma de dinero que aquel pagó al acreedor para extinguir la prenda. A esta suma –agrega Papiniano– se han de agregar los intereses devengados y pagados en el tiempo intermedio, pero no los anteriores a la prenda.

---

verdadero que en virtud de la excepción de dolo, por el ministerio del juez y con fundamento en la equidad, son indemnizados, supuesto que excedan los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*. En efecto, operada la compensación, el dueño (podría) ser obligado a restituir el excedente de aquellos gastos que mejoraron el predio”

<sup>132</sup> Traducción: “El comprador de un predio comprado a quien no era dueño, por medio de la excepción de dolo, solo al dueño estará obligado a restituir (el predio) si recuperase la cantidad pagada a un acreedor de aquel (= propietario) que tenía el predio en prenda, más el excedente de los intereses del tiempo intermedio, si con los frutos percibidos antes de la *litis contestatio* se hubiese percibido menos, pues es justo que estos se compensen tan solo con los intereses posteriores a la venta, a semejanza de como se hace con los gastos hechos en el predio”

Papiniano profundizará en la relevancia que adquiere la percepción de frutos, al agregar que todo ello ocurre siempre que la suma pagada a título de intereses sea mayor que aquella correspondiente al montante de los frutos percibidos antes del juicio (*si minus in fructibus ante litem perceptis fuit*), ya que hacerlo así sería justo.<sup>133</sup>

Los pasajes de Papiniano examinados aclaran de mejor forma esta función latente que hemos denominado indemnidad patrimonial. En el orden de ideas aquí expuesto, si las inversiones han de reembolsarse, no se puede dejar de considerar los frutos percibidos por el poseedor de buena fe, de modo tal que el valor de estos se compensarán con aquellos. De esto se sigue que no habrá lugar a la restitución de las inversiones si el monto de los frutos percibidos ha supuesto, en la práctica, su restitución. Es decir, la indemnidad patrimonial, tal como la enfoca Papiniano, ya no solo toma por eje el patrimonio del demandado, sino también el del demandante.

En síntesis, podría afirmarse –aunque fuese provisionalmente– que en decisiones jurisprudenciales de los siglos II al III d. C. es posible observar que los juristas utilizaron la *exceptio doli* como un marco dentro del cual discutir la medida conforme a la cual el patrimonio del demandado resultaba ser indemnizado en los supuestos específicos de impensas útiles, pero, todavía más, incorporaron en su análisis criterios que hoy llamaríamos contables, probablemente en respuesta a una necesidad sentida por quienes debían establecer las condiciones de una restitución.

Parece improbable que este tipo de consecuencia haya sido prevista e incluso buscada cuando la *exceptio doli* fue creada. Sin embargo, lo que estos cuatro pasajes muestran con claridad (entre varios que pueden citarse) es que resultó decisiva para el desarrollo de la dogmática en torno a la *exceptio doli*.

## VII. Conclusión

Solemos decir que algo, por ejemplo, una institución jurídica, “está llamada a cumplir” una determinada función. Bajo esa idea damos por sentado un cierto

---

<sup>133</sup> El pasaje parece recortado en esta última parte, porque parecería más acertado entender los *usuris novis* de los que habla Papiniano en esta última parte del fragmento son opuestos a los frutos percibidos igualmente después del pleito, lo que se explicaría con el enfático *dumtaxat*.

consenso en torno a esa función, pero no apuntamos el análisis hacia la cuestión de si ella es un producto deliberado, o bien obedece a causas diferentes. Lo cierto es que la actividad interpretativa que hacemos de las reglas nos coloca ante más de una posibilidad, o, si se quiere, ante más de una función posible.

La jurisprudencia romana tuvo claridad desde un inicio acerca de su papel creador a través de la interpretación, y no dudó en aprovechar las posibilidades que tenían las diferentes instituciones para desarrollar no una, sino varias funciones.

El valor que para nosotros tiene la jurisprudencia romana es interesante si se mira desde la perspectiva acerca de cómo, mediante la interpretación de las instituciones, provocamos consecuencias positivas no previstas en su diseño original. Y es que, al menos en lo que se refiere al derecho, el continuo desarrollo de las posibilidades interpretativas bien puede estar asociado a la creación de nuevas funciones de nuestras instituciones. Hacerlo de modo tal de diferenciar funciones y disfunciones es ya un avance significativo y no creo que debamos dejar de tenerlo en cuenta.

El caso de la *exceptio doli* demuestra que las funciones latentes pueden ocupar un lugar mucho más importante que el de aquella otra manifiesta y ello dice mucho acerca de la conexión con el desarrollo del derecho. Ella continuaría siendo objeto de estudio entre los juristas medievales y los humanistas e influiría notablemente en los procesalistas y civilistas alemanes del la Pandectística alemana.

La codificación civil y procesal no constituirá su fin; de hecho, cierta jurisprudencia alemana del siglo XX continuará invocándola y promoviendo un renacimiento de ella en el derecho privado alemán,<sup>134</sup> comprobando así que nada de lo hecho por la jurisprudencia romana se había perdido. A fin de cuentas, todo depende de cómo veamos nuestra propia función.

---

<sup>134</sup> Vid. Wacke, Andreas (1994). "La 'exceptio doli' en el Derecho romano clásico y la 'Verwirkung' en el Derecho alemán moderno." En *Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 977-997.

