

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA. VESTIGIOS DEL PENSAMIENTO DEL JURISTA NERACIO EN EL ART. 422 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

RESUMEN: En el art. 35 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que corresponde al capítulo II. De las excepciones, se indica, dentro de las diferentes excepciones procesales existentes en materia civil, la cosa juzgada (§VIII) y, en el art. 422 en modo preciso se explica que 'Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren'. Los criterios guía necesarios para la interposición de la *exceptio rei iudicatae* son mencionados por Neracio, libro séptimo *membranarum* en D. 44.2.27: Cuando se investiga, que se trate o no del mismo juicio se deben examinar: las personas, el objeto del que se trata, la causa próxima de la acción. No importa enterarse después de la razón por la que alguien había estimado que a él le correspondía aquella causa de la acción; en el mismo modo que si alguien, después de haberse juzgado en contra de él, hubiera encontrado nuevos documentos en su causa.

ABSTRACT: Se analiza el pensamiento de Neracio respecto a la excepción de cosa juzgada que presenta los mismos presupuestos indicados en el art. 422 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal además de proponerse un caso práctico en materia hereditaria.

PALABRAS CLAVE Y KEYWORDS: Excepción, Neracio, Legislación, Proceso, Civil.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LA EXCEPTIO REI IUDICATAE. 3. UN CASO PRÁCTICO EN MATERIA HEREDITARIA. 4. CONCLUSIONES. FUENTES DE CONSULTA. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el art. 35 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que corresponde al capítulo II. De las excepciones, se indica, dentro de las diferentes excepciones procesales existentes en materia civil, la cosa juzgada (§VIII) y, en el art. 422 en modo preciso se explica que 'Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren'. En la presente investigación no nos proponemos hacer un análisis de derecho vigente, sino simplemente explicar el origen de tal disposición en los textos de los juristas romanos que mediante la compilación justiniana llegaron a cristalizarse en nuestra legislación. El jurista Neracio perteneciente a la escuela Proculeyana que for-

mó parte del consejo imperial de los emperadores Trajano (98-117 d.C.) y Adriano (117-138 d.C.) trata de la *exceptio rei iudicatae* en el libro séptimo *membranarum* como se demuestra en el texto que se encuentra en D. 44.2.27, tal situación hace pensar que en los otros pasajes de Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* en D. 44.2.9.1 y en D. 44.2.11 pr. cuando recuerda el pensamiento neraciano sobre el argumento, haya tomado en consideración tal obra¹.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DE LA *EXCEPTIO REI IUDICATAE*

Los criterios guía necesarios² para la interposición de la *exceptio rei iudicatae*³ son mencionados por Neracio, libro séptimo *membranarum* en D. 44.2.27:

- 1 En este sentido O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma 2000 (rist.) 773.
- 2 La determinación de los criterios para la aplicación de la *exceptio rei iudicatae* fue considerada por Neracio en los libros *membranarum* porque la finalidad de tal obra era ilustrar a un público no necesariamente experto las bases de la ciencia jurídica.
- 3 La reconstrucción de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* hecha por O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen, 1956, 506 es en los siguientes términos: *si ea res qua de agitur iudicata non est in iudicium deducta non est*. En el mismo sentido D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 99. Respecto a la conjunción disyuntiva *ve y no vel ver* M. Kaser, *Zum Ediktstil*, en *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar, 1951, 59 ss., = *Ausgewählte Schriften*, 1, rist. Camerino, 1976, 247. En relación a los problemas si eran dos o una excepción ver: H. Ankum, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, en *MNHHM. G. A. Petropoulos*, Athènes, 1984, 189 ss., = *Extra-vagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, 2007, 91 ss. y M. Marrone, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusionione processuale, litis contestatio e sentenza*, en *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège, 1999, 369 ss. = *Scritti Giuridici*, 2, Palermo, 2003, 691 ss., también del mismo investigador, *Res in iudicium deducta - res iudicata* en *BIDR*, 98-99, 1995-1996, 66 = *Scritti Giuridici*, 2, cit., 590 ss. Tales autores son del segundo parecer, opinión que aceptamos, el último autor explica correctamente que el término '*iudicium*', en la expresión *in iudicium deducere*, tenía el significado de *formula*, por lo cual *deducere rem in iudicium* se refería al comportamiento del demandante que «incorporaba» en la fórmula la *res qua de agitur*, con la consecuencia de «consumirla» una vez que la fórmula, con la *litis contestatio*, se hubiera consolidado como definitiva. La *res in iudicium deducta* habría sido la *res*, la cuestión, la pretensión del demandante, la relación precluida para ser contemplada en una fórmula concordada entre el pretor y las partes, en tal modo fijada definitivamente mediante la *litis contestatio*. Como veremos a continuación el caso analizado por Neracio en D. 44.2.11 pr., no trataba de la *res in iudicium deducta*, sino de una cuestión ya decidida en una sentencia (*res iudicata*), por lo cual, si bien parezca adecuado pensar que los compiladores hubieran sustituido en algunos textos clásicos el nombre de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* en *exceptio rei iudicatae* como sostiene Marrone en p. 380 = 702 y M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 302 n.6, en el caso de Neracio en D. 44.2.11 pr., no había sido así, según nosotros, porque el jurista estaba tratando de un problema de *res iudicata* y, en tal caso, la *exceptio* debía ser nombrada únicamente en relación a la cláusula de la excepción aplicable (*si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait*). Sobre tal aspecto, en el pasaje 4.110 de los *Fragmenta Augustodunensia* (obra postclásica de autor anónimo que explica la obra institucional de Gayo) se observa como el demandado habría podido escoger una de las cláusulas de la presente excepción: *Ne autem idem litigans audiatur in iudiciis diversis post primam actionem...er...ei opponitur exceptio rei in iudicium (hoc est si adhuc pendet iudicium) rei in iudicium deductae, (si iudicata in legitimo iudicio) rei iudicatae*.

Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset.

(Cuando se investiga, se trate o no del mismo juicio se deben examinar: las personas, el objeto del que se trata, la causa próxima de la acción. No importa enterarse después de la razón por la que alguien había estimado que a él le correspondía aquella causa de la acción; en el mismo modo que si alguien, después de haberse juzgado en contra de él, hubiera encontrado nuevos documentos en su causa).

El demandado para defenderse del demandante que había ejercitado la acción en un segundo juicio tenía la posibilidad de interponer la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, si la cuestión correspondía al mismo problema (*eadem res*⁴). Neracio determina los presupuestos necesarios para establecer la identidad entre los dos juicios; el primer criterio es el que se refiere a la identidad entre las personas (*personae*), el demandante y el demandado son los mismos en los dos juicios, la controversia es idéntica a la primera (*id ipsum de quo agitur*), así como la razón por la que se actúa en juicio (*causa proxima actionis*).

Paulo, *libro septuagesimo ad edictum* en D. 44.2.12 y en D. 44.2.14 pr, repropone los mismos presupuestos recordados por Neracio con otra terminología:

Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit, (Cuando se propone la cuestión, si esta excepción perjudique o no, se debe examinar si corresponde al mismo objeto).

Deductae in iudicium vel iudicatae... Contrariamente a la veracidad de la fuente J. D. Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998, 407 ss., el cual subraya la lejanía existente entre la práctica procesal formular y el periodo en que escribía el maestro de Autun y además menciona 'Que el augustodunense sepa diferenciar entre una acción consumida en la *litis contestatio* y una situación de cosa juzgada, debe aceptarse sin reparos; pero que FA 4,110 sea el reflejo de una práctica procesal real, conteniendo por tanto información sobre el tenor literal de la fórmula o fórmulas del *album*, parece un tanto arriesgado'. Ciertamente las afirmaciones del investigador español no se pueden ignorar, pero si Neracio en D. 44.2.11 pr., usaba la terminología *exceptio rei iudicatae*, tal dato hace pensar en una adecuada interpretación del autor de los *Fragmenta Augustodunensia* en la práctica procesal clásica; además, parece lógico el pensamiento escrito en el texto, ya que resulta poco probable la posibilidad de que el demandado, que habría querido hacer valer la excepción, hubiera nombrado también la cláusula que no correspondía a su caso específico. G. Sacconi, *L'«exceptio rei in iudicium deductae»*, en *Sodalitas. Scritti in O. di A. Guarino*, 4, Napoli, 1984, 1909 ss., niega la veracidad de los *Fragmenta Augustodunensia*, porque según el autor se encontraría desmentido en un pasaje de Cicerón, *De oratore* 1.37.168, en donde, en un evidente caso de aplicación de la excepción de *res iudicata*, el autor usó los términos que conducen a una *exceptio rei in iudicium deductae: petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante venisset*. Según nosotros, probablemente en el periodo en que escribe Cicerón no había sido hecha todavía la distinción de las cláusulas de la excepción así como habría sucedido después con la codificación del edicto en edad adrianea; es más, la misma autora al final de su investigación no excluye tal posibilidad.

- 4 Sobre los elementos necesarios que deben considerarse en el *eadem res* en el pensamiento neraciano ver G. Pugliese, *s.v.*, *Giudicato civile (storia)*, en *ED*, 18, 1969, Varese, 738 ss.

et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est... (también si es la misma causa por demandar y la misma condición de las personas, si no concurren todos estos requisitos es otro asunto).

En Paulo el requisito de la identidad entre las personas (*personae*) correspondería a la *condicio personarum*⁵, la misma controversia (*id ipsum de quo agitur*) se habría referido al *idem corpus* y la *causa proxima actionis* habría sido la *causa petendi*. La falta de uno de los presupuestos recordados habría excluido la aplicación de la *exceptio*.

3. UN CASO PRÁCTICO EN MATERIA HEREDITARIA

Después de haber recordado los presupuestos para la aplicación de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* tenemos los instrumentos necesarios para analizar el problema hereditario tratado por Neracio y recordado por Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11 pr.

Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam agit rupti testamenti.

(Si una madre con fundamento en el senadoconsulto pretende los bienes del hijo impúber difunto porque pensaba que resultando ineficaz el testamento del padre no existiera ningún sustituto y pierde el juicio porque el testamento no era inválido, en el momento de abrir el testamento pupilar se encontró que no había ningún sustituto. Neracio afirma que ella al demandar de nuevo la herencia, le daña la excepción de cosa juzgada. Yo no lo meto en duda que a ella le corresponda la excepción de cosa juzgada pero con conocimiento de causa se debe socorrerla porque ejercitó la acción únicamente por motivo del testamento ineficaz.)

5 No obstante debemos precisar que el requisito de la identidad entre las personas presenta algunas diferencias respecto a la *condicio personarum* ya que, como correctamente subraya Pugliese, *s.v., Giudicato civile (storia)*, 738, podía existir la *eadem res* también si los sujetos fueran físicamente diferentes pero hubieran tenido la misma posición jurídica como se demuestra con el pasaje de Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11.7; efectivamente en el segundo *iudicium* podía actuar a nombre del demandante el procurador, el tutor o el curador del *furiosus* o del pupilo, así como el *actor municipum* y en el caso del demandado el *defensor*: *Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.* (Actualmente utilizamos en el derecho la tesis que por parte del demandante se comprendan estas personas en la excepción de cosa juzgada: el procurador en virtud del mandato, el tutor, el curador del furioso o del pupilo y el actor del municipio. Por parte del demandado se contará también el defensor porque el que pide contra el defensor litiga con él).

El texto fue considerado por la romanística como prueba que todavía en el 133 d.C., fecha en que fue hecho el senadoconsulto Tertuliano, Neracio se encontraba en vida y en plena lucidez mental⁶; el jurista, probablemente en el libro séptimo *membranarum*⁷ analiza el problema de una madre que pretendía los bienes del hijo impúber en base al senadoconsulto Tertuliano⁸ ejercitando una *petitio hereditatis*⁹ porque, si bien existía un testamento del *pater*, en donde se había nombrado un heredero sustituto para el menor de edad, la madre consideraba el testamento inválido (*ruptum*), quedando en tal modo sin validez la sustitución. Como la plena validez del testamento del *pater* fue demostrada en la sede oportuna, la mujer perdió el juicio (*victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat*), pero se presenta la paradoja que no obstante la plena eficacia del *testamentum*, una vez abiertas las tablillas pupilares (*tabulae inferiores*), faltaba el heredero sustituto, probablemente porque el testador había nombrado como tal un póstumo que no nació o el heredero sustituto había muerto antes que el mismo impúber¹⁰. Si la mujer hubiera demandado en juicio una segunda vez en contra de los poseedores de la herencia para pretender *ex senatoconsulto* los bienes del hijo con la misma acción, los demandados podían interponer la *exceptio rei iudicatae* según Neracio¹¹.

6 Sobre el argumento ver M. Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, en ZSS, 83, 1966, 124 ss., G. Camodeca, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, en AAN, 87, 1976, 37, del mismo autor *Il giurista L. Neratius Priscus Cos. Suff. 97 nuovi dati su carriera e famiglia*, en SDHI, 73, 2007, 291 ss., tesis seguida por V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 76.

7 En este sentido Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit, 773.

8 Como hicimos notar en una anterior monografía Y. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, 197 ss, el senadoconsulto Tertuliano concedía a la madre el beneficio (Ulpiano en D. 38.17.2.20: *senatus consulti beneficium*) para ser considerada heredera civil del hijo bajo determinadas condiciones: que la misma hubiera tenido al menos tres hijos (el *ius liberorum*), que el hijo no tuviera *sui heredes* y que faltaran el padre natural y los hermanos consanguíneos. Si el hijo hubiera tenido hermanas, la madre habría compartido la herencia con ellas.

9 El uso de la *petitio hereditatis* en el primer juicio en contra de los poseedores de los bienes hereditarios se demuestra con los términos *bona vindicaverit*, además, cuando el jurista habla del segundo juicio hace una clara llamada usando el adverbio *rursus* que significa ‘una segunda vez’ (*si peteret rursus hereditatem*).

10 Ejemplos propuestos por G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, 196 n.47. Difícil resulta aceptar la tesis de B. Biscotti, *Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Post-moderno?*, comunicación *SIHDA Salzburg*, 10-14 settembre 2013, 1, reperible on-line, que el padre no había nombrado ningún sustituto; las palabras *postea autem apertis pupillaribus tabulis* demuestran la existencia de *tabulae inferiores*, en donde el padre había nombrado un sustituto pupilar, pero que no había sido tal por los motivos propuestos anteriormente.

11 El caso es diferente al presentado por Juliano, libro *quinquagensimo primo digestorum* en D. 44.2.25 pr., donde una persona, que no tenía el título de heredero, había demandado en juicio mediante la *petitio hereditatis* y después, una vez considerado *heres* pretendía de nuevo la herencia con la misma acción (*Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit et postea heres factus tandem hereditatem petet*); en el texto de Juliano el demandante no era todavía titular de la herencia cuando había demandado en juicio la primera vez (por ejemplo, consideraba de ser heredero de una persona que creía muerta pero que contrariamente seguía con vida). En el problema analizado por Neracio la mujer era heredera *ex senatoconsulto* no existiendo un heredero sustituto pero, si bien esta situación había sido notoria a partir de la apertura de las *tabulae inferiores* ya desde el primer juicio habría tenido derecho a la herencia,

Veamos la razón de su pensamiento de acuerdo a los presupuestos de la *eadem res* recordados por el jurista en D. 44.2.27¹². La madre había demandado en el primer juicio en contra del poseedor o de los poseedores de la herencia y lo mismo había sucedido en el segundo juicio; evidentemente existía identidad de personas (*personae*): la madre era en ambos casos demandante en contra del mismo demandado o demandados. Como en el primero y en el segundo juicio la demandante pretendía la herencia del hijo *ex senatoconsulto*, resultaba cierto que había ejercitado la *petitio hereditatis* por la misma razón (*id ipsum de quo agitur*), obtener en tal modo el *idem corpus* y, en relación al tercer requisito, la *causa proxima actionis* o *causa petendi* debemos destacar algunos aspectos que consideramos de particular interés. La causa por la que la mujer en el primer juicio ejercita la acción es la ineficacia del testamento pero tal causa es diferente a la alegada en el segundo juicio que sería la inexistencia del substituto; sin embargo ambas causas que claramente son diferentes, no se encuadran en el concepto de *causa proxima*; como se demuestra en un pasaje de Cicerón, *De fato* 15.34:

...causa autem ea est, quae id efficit, cuius est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris. Itaque non sic causa intellegi debet, ut, quod cuique antecedit, id ei causa sit, sed quod cuique efficienter antecedit...

(...pero la causa es la que produce el evento del cual es causa, por ejemplo la herida es la causa de la muerte, la indigestión de la enfermedad, el fuego del calor. Por esto no se debe entender en el sentido que la causa sea lo que precede a cada fenómeno, sino lo que lo precede determinándolo...)

Aplicando el concepto de causa como el hecho anterior que produce un determinado evento, debemos distinguir dos tipos: la *causa pristina* (causa anterior) y la *proxima*¹³; así, en el caso tratado por Neracio en D. 44.2.11 pr, se observa la cadena causal que existía en los dos juicios: en el primero, la causa por la que la mujer había ejercitado la acción era porque consideraba de ser heredera por motivo del senadoconsulto Tertuliano. En la visión de la demandante el testamento del padre no podía producir efectos jurídicos, situación que se demuestra falsa en la sentencia. En el segundo juicio

no porque el testamento fuera ineficaz, como consideraba erróneamente la demandante, sino porque faltaba el heredero substituto. Mientras en el caso de Juliano el demandado no habría podido interponer la *exceptio rei iudicatae* (*exceptione rei iudicatae non summovebitur*), porque nadie habría podido pretender la herencia de una persona que se encontraba con vida, en el caso de Neracio tal excepción habría tenido lugar, si bien, habría sido paralizada, según nuestra opinión con una *replicatio*.

12 Sobre este argumento ver R. Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, 112 ss.

13 Como por ejemplo había hecho Paulo, *libro tertio quaestionum* en D. 12.5.8: *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summoveere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudine, superesset...* (Si prometiste a Ticio mediante estipulación por una causa torpe, por ejemplo porque te obligó mediante violencia, si bien puedes oponerte al acreedor con una excepción de dolo o una excepción *in factum*, si te la pide judicialmente y tu pagas, no podrás exigir la restitución de lo pagado, por el hecho que, independientemente de la causa próxima constituida por la estipulación que quedaría sin efecto con la excepción, quedaría en pie la causa remota, es decir la torpeza).

la mujer con fundamento en el senadoconsulto Tertuliano ejercita la acción, porque en el testamento eficaz del padre la sustitución pupilar no podía producir efectos. En los dos juicios, como se observa, si bien no exista una identidad de *causa pristina*, la *causa proxima actionis* era la misma (el título de heredera civil) y era conforme a derecho que la madre tuviera *ex senatus consulto* los bienes del hijo con fundamento en tal ruolo¹⁴.

El problema de la causa en la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* es tratado por Paulo, *libro septuagensimo ad edictum* en D.44.2.14.2 (la última parte del pasaje se encuentra transcrita también en D. 50.17.159); el jurista distingue entre las acciones reales y las acciones personales en este modo:

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulae causae aequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

(Las acciones personales se diferencian de las acciones reales en esto: que cuando la misma cosa me es debida por la misma persona, las singulares causas siguen las singulares obligaciones y ninguna de ellas daña a las demás; pero cuando promuevo mediante la acción real sin expresar la causa por la que afirmo que la cosa es mía, todas las causas se comprenden en esta sola petición. De hecho la cosa no puede ser mía que solo una vez, si bien me sea debida muchas veces).

Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.

(Por muchas causas puede ser debido a nosotros una cosa pero no así una cosa puede ser nuestra por muchas causas).

Hemos citado estos textos porque la *causa proxima actionis* de Neracio denominada por Paulo en D. 44.2.14 pr. *causa petendi* era un criterio de distinción entre acciones reales y personales; así mientras la *petitio hereditatis* tenía únicamente una *causa proxima* (el derecho a las cosas hereditarias en razón del título de heredero), la situación era diferente en las acciones personales, en las que podían existir diferentes tipos de causas próximas y, no obstante hubieran sido las mismas personas y el mismo objeto, el demandante podía ejercitar la acción varias veces para requerir la prestación, sin que el demandado pudiera interponer la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*¹⁵.

14 Sobre este aspecto estamos de acuerdo con M. Marrone, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, en *SDHI*, 64, 1998, 58 = *Scritti giuridici*, 2, Palermo, 2003, 670, en el sentido que la doctrina tiene razón cuando afirma que la *causa* de las acciones reales se identifica con el mismo derecho subjetivo pero se equivoca cuando niega al mismo tiempo que esa consista en el título de adquisición: 'in realtà le due cose, nel rapporto reale concretamente dedotto in giudizio, si identificavano'.

15 Por ejemplo, si una persona demanda en juicio al heredero por motivo del dolo cometido por el difunto y después la misma persona ejercita la acción por el dolo del heredero, Paulo, *libro trigesimo primo ad*

Después de haber observado la razón por la que Neracio había concedido al poseedor o poseedores de la herencia la *exceptio rei iudicatae* en contra de la madre del impúber, debemos de determinar si, según el jurista, la demandante no habría tenido modo de obtener los bienes del hijo *ex senatus consulto*, ya que los términos *ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti*, por los que se propondría una *restitutio in integrum* concedida por el pretor¹⁶, no puede ser atribuida al jurista trayaneo sino a Ulpiano (*ego*). Según nuestra opinión resulta impensable sostener que Neracio, por razones de lógica jurídica, dejara sin protección una madre solo porque en el presente caso existían los requisitos identificados por el jurista para conceder al demandado la *exceptio rei iudicatae*¹⁷; ciertamente no podía ser así ya que en un caso parecido de

edictum en D. 44.2.22 sostiene la no procedibilidad de la excepción *quia de alia re agitur* (*et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur*). Sobre este argumento ver Pugliese, s.v., *Giudicato civile (storia)*, cit., 739.

- 16 El verbo *succurrere* (socorrer) identifica, como es notorio, la existencia de una *restitutio in integrum*; por ejemplo, Gayo, 2.163 respecto al menor de veinticinco años que hizo la *aditio* de la herencia *dam-nosa*: *...Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere dam-nosam hereditatem susceperint, praetor succurrit...* (el pretor socorre a quienes tienen tal edad también en el caso de que tomaran una herencia desconociendo que es perjudicial), o el pasaje de Marcelo, *libro tertio digestorum* en D. 4.1.7.1, que se encuentra en el título de *in integrum restitutionibus* de la compilación justiniana: *Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit...* (Ni el auxilio tiene lugar únicamente en este caso, debiéndose auxiliar también a los engañados sin su culpa, sobretudo cuando hubiera existido fraude por parte del adversario).

- 17 En sentido contrario Biscotti, *Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Post-moderno?*, cit., 1. La investigadora declara 'può la poverina chiedere di nuovo in giudizio l'eredità? La risposta di Nerazio, riferita da Ulpiano, è tranchante quanto lapalissiana, giuridicamente fondata quanto umanamente ingiusta: ed è no'. El texto no dice exactamente así, Neracio declara únicamente la imposibilidad del demandado de interponer la *exceptio rei iudicatae: obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait* y como veremos probablemente el jurista habría encontrado una solución alternativa a esta problemática no incorporada en D. 44.2.11 pr. La propuesta de Ulpiano era que una vez interpuesta la excepción del demandado, el demandante habría debido ser auxiliado por el pretor declarando '*quae unam tantum causam egit rupti testamenti*'. Ciertamente estas palabras más que aclarar la solución dejan más dudas que certezas ya que la *ratio* de la *restitutio in integrum* tenía como presupuesto el hecho de que la madre había hecho valer en el primer proceso únicamente la circunstancia del *testamentum ruptum*, pero tal afirmación parece más bien un subterfugio que una verdadera y propia explicación jurídica, ya que la *causa proxima actionis* o *causa petendi* era la misma en el primer y en el segundo proceso. A. Guarnieri Citati, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, en *BIDR*, 33, 1923, 207 n.6, retiene los términos *unam-testamenti* interpolados y G. Beseler, *Romanistische Studien*, en *ZSS*, 50, 1930, 72, elimina todo el pensamiento ulpiano pero, según nosotros, esta no puede ser una solución a la problemática. Probablemente el jurista quería declarar que, no obstante en los dos casos la *causa proxima actionis* era la misma, el primer juicio tenía como *causa pristina* un testamento *ruptum*, situación diferente al segundo *iudicium*, por este motivo el uso del adverbio *tantum*. Sin dar su opinión sobre tal punto Sacconi, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, cit., 47 ss., y Finazzi, *La sostituzione pupillare*, cit., 197 n. 51. Que sea ulpiano el remedio de la *in integrum restitutio* es considerado por M. Marrone, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, cit, 66 n. 62 = *Scritti giuridici*, 2, cit, 678 n. 62. Tentativos de explicación de esta última frase se encuentran en Biscotti, *Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?*, cit., 2 ss.

ejercicio de una acción real, el jurista, en un texto de Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* en D. 44.2.9.1, había encontrado la solución a la problemática:

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

(Si alguien defiende un fundo que creía de poseer comprándolo inmediatamente después se pregunta si sea obligado a entregarlo. Y Neracio dice que si al demandante que ejercita la acción de nuevo le viene interpuesta la excepción de cosa juzgada le conviene interponer una *replicatio* a proprio favor si ya se juzgó).

El texto es motivo de discusión por parte de la doctrina y parece aceptable la posición de Pugliese, en el sentido que los compiladores habrían unido dos casos en un único texto¹⁸, el primero se refiere a un demandado, el cual, considerando erróneamente de poseer un fundo¹⁹, había aceptado la *litis contestatio* e inmediatamente después (*mox*²⁰) había adquirido la cosa. La cuestión que se debe determinar es si el demandado se encontraba obligado a entregarla (*an restituere cogatur?*) y la solución a este problema, lamentablemente, se perdió en la compilación²¹, ya que inmediatamente el texto se interrumpe y se presenta una opinión de Neracio en relación a un caso diferente. El problema del jurista trajaneo corresponde a un juicio en donde el demanda-

- 18 G. Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, en *Studi in Onore di G. Zanobini*, 5, Milano, 1965, 494 ss., = *Scritti giuridici scelti*, 2, Camerino, 1985, 118 ss., con recuerdo a la posición de la doctrina del siglo XIX, tesis aceptada por M. Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, en *Studi Cagliari*, 43, 1962-1963, 173 n. 153.
- 19 Debe hacerse notar que el demandado había aceptado la *litis contestatio* sin poseer, no por causa de su mala fe sino por un error; por ejemplo, el demandado había adquirido anteriormente un fundo y pensaba que el juicio se refería a tal *res*, sin embargo el *fundus* era otro, diferente al que efectivamente poseía. La situación habría sido diferente si el demandado, no obstante hubiera tenido conocimiento total de no poseer hubiera participado en el juicio; tal argumento ya fue tratado por nosotros Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 177 ss.
- 20 Resulta aceptable sostener que el término *mox* corresponda al significado 'inmediatamente después' en relación al *defenderit*, por esto la adquisición se efectúa apenas realizada la *litis contestatio*, como justamente considera Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, cit., 495., = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit., 119, tesis anteriormente sostenida por Erman, reseña a L. Rudolf, *Die Replik des Prozessgewinns (replica rei secundum me iudicatae)* en *ZSS*, 27, 1906, 408 ss. Sobre tal punto M. Marrone, *Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae* in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 71ss., afirma: 'Si tratta del caso di un tale che, convinto erroneamente di possedere un fondo, accetta di sostenere il giudizio di rivendica; nel corso del processo compra il fondo e ne diviene possessore', si bien el maestro, a diferencia de Pugliese, interpreta el texto como un solo caso tratado y no dos como contrariamente entendemos nosotros.
- 21 En el mismo sentido Marrone, *Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, cit., 72. Pensamos que el juez, una vez demostrada la titularidad del fundo del demandante en juicio y verificada la posesión del demandado, habría solicitado la restitución (o en caso de incumplimiento, condenado); y después, el demandado habría podido demandar en juicio al vendedor por motivo de evicción..

do había sido absuelto por no tener la posesión del fundo²² y después de la sentencia de absolución había adquirido la *res*. La cuestión que permanece abierta consiste en saber si el titular podía demandar al poseedor no obstante en la primera sentencia hubiera sido absuelto por la falta de la posesión; según los criterios recordados por el jurista era evidente la facultad del demandado de interponer la *exceptio rei iudicatae*, pero resultaba inadecuado permitir al adquirente de conservar una cosa no obstante su titular hubiera sido el demandante en el primer juicio.

La solución del jurista fue la de conceder al demandante una *replicatio* denominada *replicatio de re secundum se (actorem) iudicata*²³ y la razón de esta solución tenía

22 Atención, en el primer juicio el demandante había demostrado de ser titular de la cosa, pero, debido a la imposibilidad (de acuerdo a la tesis proculeyana aceptada obviamente por Neracio) de condenar un demandado sin haber tenido en ningún momento la posesión, habría sido absuelto como justamente hace notar Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, cit., 43 n. 110 y en *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle «actiones in rem»*, cit., 141 ss., y en el mismo sentido Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, cit., 499, = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit., 123. Efectivamente la controversia jurisprudencial entre Sabinianos y Proculeyanos referida por nosotros *supra* en referencia a D. 5.3.57 se refería a la pérdida de la cosa después de la *litis contestatio*, sin embargo, en este caso, en el primer juicio el demandado no habría tenido jamás el fundo en el transcurso del proceso. Sobre ese aspecto, en relación a la *petitio hereditatis* ver el *principium* de D. 44.2.9, en donde se observa que Ulpiano afirmaba que el demandado que no poseía la *res* habría sido absuelto por este hecho: *...adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est...*

23 Sobre este punto debemos subrayar que en el caso en que el demandado en el primer juicio hubiera sido absuelto por falta de posesión y después se hubiera vuelto poseedor, el demandante habría podido pretender en juicio la cosa de la que él era el titular. Sobre tal aspecto Gayo, *libro trigensimo ad edictum provinciale* en D. 44.2.17: *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae*. (Si te pido una cosa mía pero tu fuiste absuelto porque demostraste que sin dolo tu dejaste de poseerla e inmediatamente después comenzaste a poseerla y yo te la exijo, no me perjudica la excepción de cosa juzgada). Probablemente el mecanismo era diferente entre las dos escuelas: mientras para los Sabinianos (tesis afirmada por Gayo), la *exceptio rei iudicatae* no podía ser propuesta por el demandado en juicio, para los Proculeyanos (dentro de ellos Neracio) el demandado podía interponer la excepción, aunque si la misma podía ser paralizada con una *replicatio*. Se llegarían a los mismos resultados pero por caminos diferentes. Nosotros, de todos modos somos más prudentes sobre este aspecto, ya que los términos *non nocebit mihi exceptio rei iudicatae* podrían interpretarse también en otro sentido: la *exceptio rei iudicatae* interpuesta por el demandado no causa un daño al demandante, ya que tendría a disposición la *replicatio*. Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, cit., 502 ss., = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit., 126 ss., piensa en la existencia de dos posiciones diferentes entre las escuelas. Respecto a la *replicatio* A. Wacke, *In integrum restitutio propter dolum?*, en ZSS, 88, 1971, 118 n. 55 piensa en una *replicatio doli*, si bien nosotros consideramos difícil aceptar tal pensamiento, ya que si el demandado hubiera adquirido la cosa por parte de un tercero y obtenido la posesión que antes no tenía, no necesariamente significaría que la adquisición hubiera sido hecha con intención dolosa (si hubiera sido así estaría indicado en el texto). La *replicatio de re secundum se iudicata* era un remedio propuesto por Neracio, para evitar una situación que en caso contrario habría sido absurda: el demandante demostraba la titularidad de la cosa, el demandado era absuelto por falta de posesión y después con el uso de la *exceptio rei iudicatae* no podía obtener el fundo, no obstante demostrara su titularidad en el primer *iudicium*. Sobre el argumento ver Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, cit. 495, = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit., 119 ss., el investigador contrario a la posición de M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, en AUPA, 24, 1955, 168 ss., que atribuía a los justinianeos la inserción de la *replicatio*, sostiene justamente la dificultad de pensar

como fundamento una situación particular: el demandante, en el primer juicio, había demostrado de ser el titular de la *res* pero, no obstante tal hecho, el demandado había sido absuelto ya que no poseía el fundo²⁴. Si hubiera sido demandado una segunda vez, después de haber adquirido la posesión del fundo, podía interponer la *exceptio rei iudicata* por los motivos vistos anteriormente, pero el demandante podía replicar que en el primer juicio se había decidido a su favor ya que había demostrado su titularidad no obstante el demandado hubiera sido absuelto.

Evidentemente el presente caso es completamente diferente a D. 44.2.11 pr., y tal tipo de *replicatio* no encuentra los mismos presupuestos lógicos del problema motivo de nuestra investigación, sin embargo, debemos subrayar que existen diferentes puntos de contacto que nos hacen pensar en una solución parecida; por una parte en D. 44.2.9.1 se trata de una acción real al mismo modo que la *petitio hereditatis* ejercitada por la madre en contra del poseedor o de los poseedores de la herencia y, si bien en la primera sentencia el demandante no había obtenido la *res*, ya que el demandado no la poseía, el mismo no perdía la titularidad de la cosa. En el caso de la madre existían los tres presupuestos requeridos por Neracio en D. 44.2.27, para conceder al poseedor o poseedores de la herencia la *exceptio rei iudicatae*, pero la heredera *ex senatoconsulto* podía replicar que, si bien en el primer juicio no había podido demostrar su derecho, ya que el testamento era eficaz, después de abrirse las *tabulae inferiores* y faltando el heredero substituto, existían los presupuestos necesarios para obtener *ex senatoconsulto* la herencia del hijo.

4. CONCLUSIONES

Después de haber observado que en varios textos de juristas romanos se explican los requisitos incorporados en el art. 422 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal podemos interpretarlo según nuestro análisis anterior; específicamente cuando se menciona el requisito de la identidad de las cosas (*idem corpus*) significa que la controversia debe ser idéntica a la anterior (*id ipsum de quo agitur*) y en relación a la identidad de las causas se refiere a la *causa proxima actionis* o *causa petendi* que corresponde al hecho anterior que produce una exigencia y no a la *causa pristina* o causa remota que podría ser diferente en ambos juicios.

En el caso que tratamos de la madre que exigía la herencia del hijo porque era heredera civil de acuerdo al senadoconsulto Tertuliano hemos demostrado que en el derecho romano sucedía lo que podría presentarse también en el derecho actual, que

que los compiladores hubieran incorporado un remedio clásico en el tiempo en que el proceso formular no se encontraba vigente. Sobre tal argumento ver Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 382 con bibliografía en la nota 53 y más ejemplos del uso de la *replicatio* en relación a la *exceptio rei iudicatae* son recordados por Pugliese, s.v., *Giudicato civile (storia)*, cit., 736 ss.

24 Como justamente subraya M. Kaser, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, en *ZSS*, 98, 1981, 138 y n. 235: 'Die *pronuntiatio* ist *secundum petitorem* ergangen'.

al demandante se le pudiera interponer la excepción de cosa juzgada porque existan los presupuestos indicados en el artículo 422 resultando sin embargo injusto que no pudiera pretender lo que por derecho debería corresponderle.

FUENTES DE CONSULTA

CICERÓN

De fato

15.34

De oratore

1.37.168

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Art. 35 § VIII

Art. 422

CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

D. 44.2.9.1

D. 44.2.11 pr.

D. 44.2.12

D. 44.2.14 pr.

D.44.2.14.2

D. 44.2.27

D. 50.17.159

Fragmenta Augustodunensia

4.110

BIBLIOGRAFÍA

A. Guarnieri Citati, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, en *BIDR*, 33, 1923, 207 n.6

A. Wacke, *In integrum restitutio propter dolum?*, en *ZSS*, 88, 1971, 118 n. 55

B. Biscotti, *Non dubito: sed ex causa succurrendum erit. Ulpiano giurista Post-Postmoderno?*, comunicación *SIHDA Salzburg*, 10-14 settembre 2013, 1

D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.

Erman, reseña a L. Rudolf, *Die Replik des Prozessgewinns (replica rei secundum me iudicatae)* en *ZSS*, 27, 1906, 408 ss.

- G. Beseler, *Romanistische Studien*, en ZSS, 50, 1930, 72
- G. Camodeca, *Il giurista L. Neratius Priscus Cos. Suff. 97 nuovi dati su carriera e famiglia*, en SDHI, 73, 2007, 291 ss.
- G. Camodeca, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, en AAN, 87, 1976, 37.
- G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, 196 n.47.
- G. Pugliese, *Due testi in materia di «res iudicata»*, en *Studi in Onore di G. Zanobini*, 5, Milano, 1965, 494 ss., = *Scritti giuridici scelti*, 2, Camerino, 1985, 118 ss.
- G. Pugliese, s.v., *Giudicato civile (storia)*, en ED, 18, 1969, Varese, 738 ss.
- G. Sacconi, *L'«exceptio rei in iudicium deductae»*, en *Sodalitas. Scritti in O. di A. Guarino*, 4, Napoli, 1984, 1909 ss.
- H. Ankum, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, en MNMH. G. A. Petropou.
- J. D. Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, 1998, 407 ss.
- los, Athènes, 1984, 189 ss., = *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, 2007, 91 ss.
- M. Kaser, *Zum Ediktsstil*, en *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar, 1951, 59 ss. = *Ausgewählte Schriften*, 1, rist. Camerino, 1976, 247.
- M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996.
- M. Marrone, 'Res in iudicium deducta'-'res iudicata' en BIDR, 98-99, 1995-1996, 66 = *Scritti Giuridici*, 2, cit., 590 ss. M. Marrone, *Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae in Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 71ss
- M. Marrone, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, en *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège, 1999, 369 ss. = *Scritti Giuridici*, 2, Palermo, 2003, 691 ss..
- M. Marrone, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, en SDHI, 64, 1998, 58 = *Scritti giuridici*, 2, Palermo, 2003, 670
- M. Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, en ZSS, 83, 1966, 124 ss.
- M. Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, en *Studi Cagliari*, 43, 1962-1963, 173 n. 153.
- O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen, 1956
- O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma 2000 (rist.)
- R. Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, 112 ss.
- V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 76.

Y. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, 197 ss.

Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 177 ss.