

TÍTULO 1

De pactis et conventis

T. La rúbrica se menciona de manera variable en Cs: *de pactis et conventionibus vel transactionibus* (4,3), *de transactionibus* (4,6) o simplemente *de pactis* (7,4). Liebs¹⁰¹ propone que la rúbrica original rezaba, como dice Cs 4,3: *De pactis et conventis vel transactionibus*. Pero me parece, como a Levy,¹⁰² que no hay manera de establecer que esa era la rúbrica original, pues si bien hay varias sentencias que se refieren a la transacción, comenzando con la primera, el contenido de las mismas indica una confusión entre pacto y transacción, de suerte que no hacía falta especificar esa diferencia en la rúbrica.

Corresponde al § 10 del Edicto, cuya rúbrica, según Lenel, quien la reconstruye a partir del comentario de Ulpiano a la misma (Ulp. 4 *ad Ed.* D 2,14,1; 5 y 7, principalmente), rezaba *de pactis et conventionibus*. El texto de la rúbrica edictal no se nos ha transmitido literalmente, pero Lenel lo conjetura a partir de que Ulpiano, comentando la rúbrica, analiza dos palabras: *pactio* (de donde procede *pactum*) y *conventio*. Parece más probable, como sugiere Álvaro d'Ors,¹⁰³ que la rúbrica original dijera *de pactis conventis*, de modo que no se tratara de dos figuras diferentes, los pactos y las convenciones, sino que únicamente se refiriera a los pactos convenidos. Esto tiene sentido por la ubicación de este título en el Edicto, entre la *editio actionis* y la *in ius vocatio*, donde interesaba tratar precisamente de la posible solución de la controversia mediante el prototipo de los pactos, la transacción. El comentario de Ulpiano sobre la *conventio* sería una especie de excursus a propósito del calificativo *conventis* referido al *pactum*. Abona esta conjetura Valerio Probo quien transmite

¹⁰¹ Liebs, *PS*, p. 136.

¹⁰² Levy, *PS*, p. 42.

¹⁰³ D'Ors, A., "«Conventiones» y «contractus»", *AHDE*, 1976, pp. 130 y 131.

p.c. como una abreviatura contenida en el Edicto que significaba *pactum conventum*. Las rúbricas del Digesto (2,14) y del Código (2,3) dicen solamente *de pactis*.

El hecho de que la *conventio* se fuera convirtiendo, como dice Ulpiano, en una categoría general (*verbum generale*) pudo justificar que posteriormente la rúbrica del título se refiriera, como en PS, a dos instituciones distintas.

O. Levy propone que la rúbrica es clásica. Pero más bien parece posclásica por la sustantivación del calificativo *conventis*. El hecho de que en *Cs* se den como propias de PS otras rúbricas parece indicar que el autor de esta colección usa varios manuscritos (o ediciones)¹⁰⁴ de PS. La palabra *transactio* no aparece en ninguna rúbrica clásica. Por vez primera ocurre en alguna rúbrica de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, según lo reporta *Cs* 9,15 y 6,19 respectivamente.

Au. Como señala Levy, A.

1,1,1 (*ex Cs 4,4*,) *De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur.*

S. La sentencia en su primera parte (*De his... licet*) afirma que se puede pactar respecto de aquellas cosas que se puede transigir. La segunda parte (*ex... nascitur*) parece dar una explicación de lo afirmado inicialmente, según la cual, sólo es posible pactar de las cosas transigibles, porque solo cuando se pacta respecto de esas cosas surge una obligación. En esta explicación está implícita la idea de que es esencial al pacto generar una obligación.

O. Posclásico, como afirma Levy. La primera parte de la sentencia supone una confusión entre la *transactio* y el *pactum*.

En el derecho antiguo, el pacto era un convenio por el cual el autor de un delito evitaba la pena mediante el pago de una cantidad de dinero. De ahí que en época clásica el pacto continuara siendo un convenio por el que se evitaba una agresión procesal a cambio de alguna prestación. El prototipo de los pactos en derecho clásico fue la *transactio*, por la que se solucionaba un conflicto sin necesidad de juicio: el actor renunciaba al ejercicio de su acción a cambio de alguna prestación del demandado,

¹⁰⁴ Según sugiere D'Ors, A., "De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*", *BIDR* 37-38, 1995-1996, p. 21.

que podría ser un pago efectivo o incluso una promesa. El efecto de la transacción era meramente generar una excepción, a favor del demandado, contra quien intentara ejercer la acción a la que había renunciado. Si el demandado, en vez de dar una prestación efectiva prometía dar o hacer algo, quien había renunciado a su acción para dirimir el conflicto tenía sin embargo una acción para reclamar el cumplimiento de la promesa, pero esta acción no era efecto de la transacción, del pacto, sino de la promesa.

El pacto que tuvo este origen se usó, ya en derecho clásico, para otros fines. Como consistía principalmente en la renuncia al ejercicio de una acción, suponía siempre la existencia de una obligación previa. Por un pacto podía, entre otras cosas, fijarse o modificarse el plazo o el lugar para el pago de una deuda, o modificar la posición jurídica del acreedor prendario en relación con la cosa pignorada; en éstos y otros casos, el efecto del pacto era darle al demandado una excepción de pacto en contra del actor que, por ejemplo, exigía el pago antes del plazo pactado o en lugar diferente del pactado. Por medio de pactos también se podía determinar el contenido de las obligaciones bilaterales o contractuales, en cuyo caso, el cumplimiento del pacto era exigible por la acción contractual correspondiente, por ejemplo, exigir el pago del precio al comprador con la acción de compra en el lugar pactado.

Respecto de una controversia resuelta por medio de una sentencia, llegó a cuestionarse de si podía hacerse una transacción, de modo que el actor renunciara a la acción ejecutiva a cambio de alguna prestación efectiva del demandado. Un rescripto de Septimio Severo y Caracala, citado por Ulpiano (43 *ad Sab.* D 12,6,23,1), resolvió que tal transacción era nula, y que lo que se dio por la transacción podía retenerlo quien lo recibió pero deduciéndolo (compensándolo) de lo que podría exigir con la acción ejecutiva. Sin embargo, el propio Ulpiano señalaba que si la sentencia, respecto de la cual se hizo la transacción, era apelable o de validez dudosa, la transacción valía, y de esta observación interpretaba que el rescripto sólo se aplicaba cuando se transigía de una sentencia firme (*de sententia indubitata*). En otros lugares Ulpiano (7 *disputationum* D 2,17,7 pr y 4 *ad Edictum* D 2,15,7 y 11), ya sin referencia al rescripto, da la misma opinión de que la sentencia apelable sí puede ser objeto de transacción, y lo mismo implica un texto de Papiniano (1 *responsorum* D 2,14,40,1).

Pero también existía, en el siglo tercero, la posibilidad de que los litigantes convinieran algo respecto de una sentencia definitiva. Se podía, por ejemplo, convenir, como atestigua Ulpiano (58 *ad Ed.* D 42,1,4,4) que el demandado diera una garantía de que cumpliría la sentencia, sin que el otorgamiento de la garantía extinguiera la acción ejecutiva. En un rescripto de Alejandro Severo (CJ 2,3,8 [222]) se trata de un pacto¹⁰⁵ que hicieron los litigantes respecto de una sentencia, por el cual el litigante vencido engañó a la parte vencedora para que diera una garantía de que no reclamaría nada respecto de ciertos esclavos (*cavere nullam se controversiam de servis moturam*). El emperador resolvió que tal pacto (*pactum*) hecho de mala fe era nulo y que si con base en esa convención (*conventio*) se demandara a la mujer que garantizó que no demandaría respecto de los esclavos, el juez la absolvería. En este caso, no hay una renuncia completa a la acción ejecutiva sino sólo a la reclamación de ciertos esclavos, que posiblemente fueran como accesorios de una cosa principal que se reclamaba, y como no se extingue la acción se precisa de una caución o garantía de que no se demandarán los esclavos. Así mismo era posible, como testimonia Ulpiano en el libro 58 de su comentario *ad Edictum* (D 39,5,17), que el actor favorecido con una sentencia definitiva renunciase por liberalidad al ejercicio de la acción ejecutiva, lo cual podía formalizar haciendo una estipulación novatoria (*stipulatio Aquiliana*), que extinguía la obligación definida en la sentencia y hacía nacer una obligación de pagar una cantidad, y luego extinguiendo esta obligación estipulatoria por medio de una *acceptilatio*; de esta manera se extinguía por completo la acción ejecutiva. El mismo Ulpiano, al comentar el Edicto del pretor en el título *de pactis* (4 *ad Ed.* D 2,14,7,13) hace la afirmación general de que es válido el pacto de no ejercer la acción ejecutiva, es decir, el pacto respecto de una sentencia definitiva.

Atendiendo estas prácticas, Ulpiano (50 *ad Ed.* D 2,15,1) hace una contraposición entre la transacción, que se hace respecto de un asunto no resuelto judicialmente (*de re dubia et lite incerta neque finita*) y el pacto, que puede hacerse respecto de una sentencia definitiva (*rem certam et indubitatum*). Ulpiano nota otra diferencia entre la transacción sobre un litigio pendiente y el pacto sobre una sentencia: la transacción supo-

¹⁰⁵ En el mismo texto se alude a lo hecho como un *pactum* o una *conventio*, lo cual hace ver que ya no se perciba una diferencia clara entre estas palabras.

ne que quien renuncia a la acción recibe algo a cambio,¹⁰⁶ mientras que quien pacta y extingue la acción ejecutiva lo hace por causa de donación (*donationis causa*).

Todavía a fines del siglo III, en un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,32 [294-305]) se afirma que es doctrina segura que sobre la sentencia definitiva no se puede transigir (*super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae*), pero admite que se extinga la acción ejecutiva por medio de la estipulación aquiliana seguida de la aceptilación. En el mismo sentido de admitir la transacción sólo respecto de litigios no resueltos, se manifiestan otros dos rescriptos de Diocleciano recogidos en Cs 4,11 [293] y 9,18 [294]). En el primero se dice que la transacción no elimina la acción ejecutiva si el asunto ya estaba decidido y en el otro se declara en general que la *transactio* hecha respecto de un litigio no resuelto (*de dubia lite*) es válida.

De acuerdo con esta doctrina que distingue entre la transacción de asuntos dudosos y el pacto respecto de sentencias definitivas, no se entiende la afirmación de la sentencia de que se puede pactar respecto de lo mismo que se puede transigir. La confusión entre ambas figuras (cuya distinción no es fácil pues la misma transacción es un pacto) no es exclusiva de este fragmento de PS. En varios rescriptos del siglo III, se habla de un pacto de transacción (CJ 2,4,7 [238]: *transactionis placitum*, Cs 4,11 *pactum transactionis* [294]) y en otros se usan indiferentemente las dos palabras para referirse a una transacción (CJ 2,4,10 [244], 11 [255], 13 [259] y 20 [293]). La cercanía entre los dos términos hacía previsible su equiparación. Ya en un rescripto de Diocleciano (CJ 2,2,18 [293]) se igualan los dos términos donde se dice que es lícito transigir o pactar (*transigere vel pacisci*) respecto de un crimen capital (excepto respecto del adulterio), y que no es lícito transigir respecto de otros crímenes públicos (excepto el de falsedad); puede ser que aquí los dos términos conserven su sentido específico, y que en la primera frase se afirme que es lícito transigir antes de sentencia y pactar después de ella en crímenes capitales, y que respecto de otros crímenes sólo es lícito transigir antes de la sentencia; pero ya hay una equiparación formal de ambos términos. En el siglo IV se consumará la confusión entre ambas figuras.

¹⁰⁶ Véase Diocleciano CJ 2,4,38 [294-305] que dice que no hay transacción si no se dio, se dejó retener o se prometió algo a cambio.

Levy¹⁰⁷ opina que la confusión es evidente a partir de que se prohíbe cualquier pacto respecto de una sentencia definitiva, ya que entonces sólo se puede pactar respecto de un asunto no concluido, lo cual es lo mismo que transigir. Esta regla aparece en una decisión de los emperadores Valente y Valentiniano, el año 365, recogida en *Cs* 9,1, en la que resuelve el caso, similar al del rescripto de Alejandro Severo (CJ 2,3,8 [226]) arriba examinado, de una mujer que fue coaccionada para hacer un pacto después de dictada la sentencia, y los emperadores resuelven que el pacto es inválido, no porque fuera coaccionado (como resolvió Alejandro Severo en el siglo tercero), sino porque no es lícito, conforme al orden jurídico, hacer un pacto después de la sentencia (*post sententiam pacisci non licere iuris ordine precavetur*). Esta nueva regla pudo haberse generado, opina Levy, en relación con casos en que los deudores del fisco querían hacer algún arreglo después de la sentencia en vez de apelar judicialmente y a los que se les castigó severamente por ello (Constantino CT 11,34,1 [331] y CT 11,30,17 [331]), o en relación con una disposición de economía procesal de que no se reabrieran los litigios terminados por sentencias o transacciones (Constantino CT 2,9,1 [352]).

En una constitución imperial de Arcadio y Honorio (CT 2,9,3 [395]) se manifiesta plenamente la confusión: ahí se habla de un mayor de edad que pretende apelar ante un juez o suplicar ante el emperador contra pactos o transacciones (*pacta vel transactiones*) que hubiera hecho libremente; aquí se trata de un arreglo antes de una sentencia definitiva, puesto que se contempla la posibilidad de apelarla, arreglo que en el siglo III sería claramente una transacción, pero aquí se le llama indistintamente pacto o transacción.

La otra parte de la sentencia, la que explica que sólo se puede pactar de las cosas transigibles porque únicamente de este tipo de pactos resulta una obligación, es claramente posclásica, y opuesta a la doctrina común, que todavía en el siglo III recoge Ulpiano (4 *ad Ed.* D 2,14,7,4), de que el pacto no produce obligación o acción sino sólo excepción (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*) y que se mantiene a finales del mismo siglo en un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,28 [294]: *ex pacto non potuit nasci actio*).¹⁰⁸

¹⁰⁷ Levy, *PS*, p. 44 s.

¹⁰⁸ Otros textos de Diocleciano que mantienen la misma regla: CJ 2,3,21; 28. 2,4,28. 4,65,27. *Cs* 4,9.

La idea de que el pacto genera una obligación o acción pudo irse formando a partir de los casos en que se hacía una transacción en la que el demandado, en vez de dar efectivamente algo, se obligaba mediante una promesa a dar o hacer algo en determinada fecha, o cuando prometía pagar una pena (estipulación penal) en caso de no respetar lo pactado, como ocurre en varios rescriptos del siglo III (CJ 2,3,7 [213]; 14 [241]; 2,4,17 [293]). En tales casos, como la promesa era en cierto modo causada por el pacto, se podía fácilmente pensar que la obligación de cumplir la promesa derivaba del pacto y que éste, en consecuencia, producía la obligación.

Un paso más en esta dirección pudo darse cuando se concedió acción, aunque no hubiera estipulación, a quien había sufrido una pérdida porque la otra parte de un pacto hubiera incumplido lo convenido. Así lo dispone un rescripto del emperador Alejandro Severo (CJ 2,4,6,1 [230]), a quien se presentó el caso de una madre que había pactado con su adversario que renunciaría a la impugnación del testamento a cambio de que se le diera una parte de los bienes de la herencia; como la madre no recibió esa porción de bienes, sus hijos pedían que se les entregara, a lo cual el emperador respondió que podían demandar al adversario con la acción de la estipulación, si es que él había prometido pagar una pena en caso de no cumplir lo convenido, pero que aun en el caso de que no hubiera hecho la promesa, los hijos podrían demandar su interés con una acción útil. En otro rescripto de Diocleciano (CJ *h.t.* 33,1 [294]) se trata de alguien que transigió a cambio de recibir un predio, que posteriormente resultó gravado o en copropiedad, y el emperador le responde que use la acción por lo estipulado, si es que hubo estipulación penal, o que, en todo caso, reclame con una acción “civil”. En otro rescripto de Diocleciano (CJ *h.t.* 19 [293]) se trata de un caso en que un demandado que sustrajo un documento probatorio, con el que su contraparte podía haber ganado una decisión judicial, y gracias a esa sustracción logró que el actor consintiera una transacción; el emperador decide que el actor, si la acción fue extinguida totalmente por la transacción, pueda demandar con la acción de dolo. En estos tres textos resulta que excepcionalmente el pacto o transacción da lugar a una acción sin que mediara una estipulación. Ciertamente que los dos primeros textos citados, como bien advierte Levy,¹⁰⁹ han sido considerados interpolados puesto que ambos dicen que la acción procede a

¹⁰⁹ Levy, *PS*, p. 48, nn. 228 y 229.

causa de las palabras prescritas (*praescriptis verbis*), lo cual es típico de Justiniano; pero puede ser que la interpolación se reduzca a la inserción de esa expresión y que la concesión de alguna acción, llamada *utilis* en el primer rescripto citado y *civilis* en el segundo, estuviera ya en el texto original, puesto que hubo casos en que el pretor, en época clásica, concedía acciones (*in factum*) para hacer efectivo un convenio que por sí mismo no obligaba, como en la permuta y en la *datio in aestimatum*.¹¹⁰ En todo caso, en el último rescripto citado no hay referencia a las palabras prescritas y sí se concede una acción diferente, la acción de dolo.

La regla de que el pacto o transacción válido produce acción está claramente implícita en una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio de fines del siglo IV (CT 2,9,2 = CJ 2,4,40[381]). Allí se habla de un pacto o transacción escrita (*pactum vel transactio scripta*) que se hizo conforme a las antiguas formalidades jurídicas (estipulación aquiliana y acceptilación) y que adquirió así firmeza jurídica (*firmitas iuris innexa est*). Esto hace que si una parte no cumple el pacto, la otra pueda exigirle a su elección, o el cumplimiento conforme a lo prescrito por las leyes, o el pago de una pena y la restitución de lo que hubiera recibido por tal pacto. Aquí subyace la idea de que el pacto válido produce acción. Lo mismo en otra constitución de los emperadores Arcadio y Honorio (CT 2,9,3 = CJ 2,4,41 [395]) en la que se considera un pacto o transacción hecho por un mayor de edad, libremente y confirmado con invocaciones a Dios o al emperador, que posteriormente no quiere cumplir y lo impugna judicialmente; el emperador resuelve que tal persona pierda la acción que pudiera haber obtenido por el pacto, pague la pena por incumplimiento y restituya todo lo que hubiera obtenido a causa de tal pacto. Esto implica que el pacto da acciones a ambas partes, y quien incumple el pacto pierde la acción que hubiera podido tener y puede ser atacado con acciones que le exijan el pago de una pena y la restitución de lo recibido.

La PS coincide materialmente con esta doctrina. No distingue, como las constituciones citadas, entre pacto o transacción, y afirma que del pacto válido nace una acción.

Au. B, como opina Levy,¹¹¹ ya que coincide materialmente con las constituciones arriba citadas de finales del siglo IV. La doctrina clásica respecto del pacto está recogida en otra sentencia (2,14,1), de A, que dice

¹¹⁰ Véase D'Ors, *DPR* § 395.

¹¹¹ Levy, *PS*, p. 49.

que del pacto no nace obligación (*ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*).

(*ex Cs 4,4*). 1,1,2 *In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur.* (*ex Brev.*) *Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem.*

Esta sentencia ofrece una buena oportunidad para conocer la evolución de un texto jurídico. Es posible que la fuente de la sentencia sea, como sugiere Levy, Paulo 3 *ad Ed.* D 2,14,27,2. La sentencia, en la versión que transmite la *Consultatio*, viene a ser una primera abreviación de este texto; la versión que da el *Breviarum Alarici* es una abreviación de la sentencia, que recibe posteriormente una nueva redacción en la *Interpretatio*.

S. En la versión de *Cs*, el significado es que en el ámbito de los contratos de buena fe, un pacto puede ser extinguido por un nuevo pacto, y que aun cuando el primer pacto produce una excepción, ésta se supera por la réplica que produce el segundo. La versión del *Brev.* dice más generalmente que todo pacto posterior supera al anterior, ya sin hacer referencia al ámbito de los contratos ni a la réplica, pero conservando la mención de la excepción.

O. Levy¹¹² sugiere que la fuente de la sentencia es el texto de Paulo arriba citado (3 *ad Ed.* D 2,14,27,2). Ahí, en sede del edicto *de pactis*, el jurista discute los efectos que tiene el pacto que se conviene después de otro. Distingue varios supuestos. El primero es el de un pacto de no demandar, al que sigue otro por el que se pacta que sí se demandará. Dice Paulo que el pacto posterior invalida el primero, pero no *ipso iure*, como en cambio sucede en las estipulaciones que se deshacen por una *acceptilatio*, pues el primer pacto producirá una excepción, la cual se supera por medio de una réplica (*replicatio*). Esto último aparenta ser lo que el compilador de las sentencias quiso expresar en la frase final (*et licet exceptionem... replicatione tamen excluditur*).

¹¹² Levy, *PS*, p. 49.

Prosigue Paulo refiriendo el caso de uno que pacta que no demandará por la acción de injurias; en este supuesto, el pacto elimina la acción, por lo que no se puede posteriormente pactar que sí demandará con la acción de injurias, porque esta acción, dice Paulo, nace de la injuria, y no del pacto

Añade Paulo que lo mismo sucede en los contratos de buena fe: si se pacta que se extingue por completo la obligación de una de las partes, como la de comprar, se entiende que el contrato ha sido deshecho, por lo que no puede un nuevo pacto resucitar la obligación. En cambio, si se hace un pacto que modifica alguna obligación puede otro posterior anular el primero y hacer que el contrato vuelva a su estado original. Respecto de estos casos de contratos no habla Paulo de excepción ni de réplica, porque en este ámbito los pactos tienen efecto *ipso iure*.

En la sentencia conservada en *Cs* se pierde esa distinción del efecto de los pactos, según se refieran a obligaciones de derecho estricto o de buena fe. La sentencia inicia haciendo referencia a los contratos, pero da una regla que se refiere a las obligaciones de derecho estricto.¹¹³ Se nota que el compilador de la sentencia, movido por su interés de abreviar, pasa por alto la necesidad de distinguir el efecto de los pactos según el tipo de las obligaciones. Sin embargo, podría considerarse, como lo hace Levy,¹¹⁴ que la sentencia en esa versión es de origen clásico.

No obstante, la expresión contratos de buena fe (*bona fidei contractibus*) no es una expresión clásica. En derecho clásico se distingue entre acciones o juicios de buena fe (*bonae fidei iudiciis*) y acciones o juicios de derecho estricto, y como todos los contratos dan lugar a acciones de buena fe, no tiene caso distinguir entre contratos que generan acciones de buena fe y contratos que generan otro tipo de acciones. La expresión *contractus bonae fidei* se generalizó, como opina d'Ors,¹¹⁵ a causa de la influencia de Gayo, quien sostuvo que todo convenio es un contrato, por lo que fue necesario distinguir entre los contratos de buena fe (anteriormente todos los contratos) y los “contratos” de derecho estricto, como

¹¹³ Así también Knütel, R., “Die Inhärenz der *exceptio pacti in bonae fidei iudicium*”, SZ, 84, 1967, p. 152.

¹¹⁴ Levy, PS, p. 49.

¹¹⁵ D'Ors, A., “De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*”, BIDR, 37-38, 1995-1996, pp. 11 y ss. También considera posclásica esa expresión, Carcaterra, A., *In torno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, pp. 190 y ss.

las estipulaciones y los préstamos. La presencia de esta expresión en la sentencia, lo mismo que en el texto citado de Paulo, puede indicar la influencia de Gayo a fines del siglo III.

La versión de la sentencia que conserva el Breviario, suprime la referencia a los contratos y a la réplica simplemente da una regla abstracta que dice que el pacto posterior modifica el anterior, aunque el primero produzca excepción. De acuerdo con Levy,¹¹⁶ esas supresiones responden a la constitución de Constancio y Constante (CJ 2,57,1 [342]) que suprimió el procedimiento formulario y sus tecnicismos, de modo que ya no hacía falta distinguir entre acciones de buena fe y de derecho estricto, entre excepciones y réplicas. La alusión a la excepción que quedó en la sentencia parece simplemente un eco de lo que decía la primera versión. Esta versión es de origen posclásico.

Au. De acuerdo con Levy, en que la versión de *Cs* es de *A*, que supone una simplificación, pero no un apartamiento o rechazo de la doctrina clásica, y que la versión conservada en el Breviario es de *B*, elaborada en respuesta a la supresión del procedimiento formulario y ajena ya a la doctrina clásica.

Liebs,¹¹⁷ en cambio, como niega la existencia del estrato *B*, propone que la versión del Breviario es propia de sus compiladores, quienes supone que actuaron con libertad respecto de los textos que compilaban, de modo que pudieron modificar la sentencia conservada en *Cs*, eliminando la referencia a los contratos y a la réplica, pero preservando la palabra *exceptio* que, en su opinión, tenía todavía un significado material para ellos.¹¹⁸ Sin embargo, me parece que la explicación de Liebs no es creíble. En primer término porque, como opina d'Ors, "no es propio del estilo de los compiladores alaricianos el alterar los textos conservando una *interpretatio* que va más allá de su propia innovación; lo habitual en ellos es lo contrario: conservar el texto originario, pero aclarar su sentido con una *interpretatio* más adecuada a la comprensión contemporánea".¹¹⁹

¹¹⁶ Levy, *PS*, p. 50.

¹¹⁷ Liebs, *PS*, p. 136.

¹¹⁸ Para hacer esta afirmación, Liebs cita dos sentencias (*PS* 2,2,3 y 2,11,3), pero éstas sólo se conservan en el Digesto, de modo que no puede afirmarse que fueron conocidas por los compiladores del Brev.

¹¹⁹ D'Ors, "De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*", *BIDR*, 37-38, 1995-1996, p. 9.

Además, como se explica abajo, el contenido de la propia *interpretatio* no se explica en relación con la sentencia conservada en *Cs*, por lo que debió de ser una explicación del texto de *B* conservado en el Breviario.

La *interpretatio* dice: *Si de una re inter ipsas personas duae pactiones fiant, posteriore valebit*. Conserva de la sentencia la regla general de que el pacto posterior anula al anterior, ya sin ninguna referencia a la *exceptio*, e introduce la aclaración de que se trate de dos pactos hechos por las mismas personas y respecto de la misma cosa. Esta aclaración pudo ser pertinente para el intérprete que tiene a la vista la sentencia conservada en el Breviario que solo dice que el pacto posterior supera al anterior, pero sería claramente innecesaria respecto de la sentencia conservada en *Cs* que se refiere expresamente a los pactos celebrados respecto de contratos, por lo que se entiende que son respecto del mismo contrato y los mismos contratantes. La eliminación de la palabra *exceptio* es congruente, como lo señala Levy,¹²⁰ con el hecho de que ya no tiene significado material en las fuentes occidentales del siglo V y que la palabra misma no se encuentra en ninguna de las *interpretationes* que conocemos.

*1,1,3 Pacto convento Aquiliana stipulatione subici solet. sed consultius est huic poenam quoque subiungere, quia recisso quoquo modo pacto poena ex stipulatione peti potest.*¹²¹

(Ex D 2,15,15) *Pacto convento quidem Aquiliana stipulatio subici solet. Sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia recisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.*

S. Al hacer un pacto que ponía fin a un litigio (*transactio*) o cancelaba una deuda, se hacía una estipulación Aquiliana para que la deuda, que podía ser la definida en una sentencia apelable, se novara en obligación verbal (*verbis*) que luego se cancelaba mediante *acceptilatio*. Como la cancelación de la obligación por este medio era definitiva, y quien cancelaba lo hacía al recibir algo a cambio que podía ser la entrega efectiva de una cosa o el convenio informal de dar o hacer algo, se procuraba, en este último caso, asegurar el cumplimiento del convenio con una promesa formal de pagar una pena (*stipulatio poenae*) en caso de no cumplir lo convenido.

¹²⁰ Levy, *PS*, p. 51.

¹²¹ La sentencia no está en el código principal *M* —*Monacensis D 2*— pero sí en el segundo *L* —*Parisiensis 4403*— y en el *A* —*Aurelianiensis 207*—.

O. Clásico.

Levy¹²² separa dos partes de la sentencia. La primera (*Pacto... subiungere*) es la que dice que al pacto suele añadirse la estipulación Aquiliana aunque es más seguro añadirle también una estipulación penal; esta parte sería de origen clásico. La segunda parte (*quia rescisso pacto... potest*), que explica que la utilidad de la estipulación penal es que, en caso de que se deshiciera el pacto, pueda exigirse la pena, sería de origen posclásico. El fundamento de Levy es que la segunda frase es incomprensible, puesto que si el pacto hubiera sido rescindido, la estipulación penal, que es parte del pacto, no podría ser exigible. En su opinión, la frase final sólo podría entenderse por alguien que concibe que el pacto genera por sí mismo una obligación, como quien redactó la frase final de la sentencia 1 de este título.

Me parece, en cambio, que el contenido de la sentencia es conforme con el derecho clásico del siglo III, si se entiende referida al pacto por el que se resuelve un litigio y se cancela la obligación base de la acción, mediante una estipulación aquiliana seguida de aceptación. En este caso, el efecto de este convenio no es sólo el típico de la transacción, esto es el otorgamiento de una excepción al demandado que le permitirá defenderse si el actor ejerce posteriormente la acción, sino que el efecto del convenio es anular la obligación base de la acción y por lo tanto extinguir por completo la acción. A este tipo de convenio se refieren rescriptos de Alejandro Severo (CJ 2,4,3 [223] y 4 [226]) y de Diocleciano (CJ 2,4,15 [290] y 32 [294]). Para convenir de este modo, es aconsejable (*consultius* como dice la sentencia) que el actor se asegure de que la otra parte cumplirá lo convenido, sea mediante una estipulación de hacer lo convenido, sea una estipulación de pagar una pena si no lo hace. Parece que llegó a preferirse la garantía de la estipulación penal, según dice un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,37 [294]), que señala como algo establecido que si no se cumplen las “promesas de una transacción” se puede exigir la pena comprendida en una estipulación. En mi opinión, la sentencia refleja, de modo abreviado, ese convenio que pone fin al litigio cancelando la acción y dando al actor la posibilidad de exigir el pago de una pena si la otra parte incumple lo convenido.

La frase final *rescisso pacto...* me parece que no tiene ningún sentido si se entiende que el pacto fue rescindido por un nuevo pacto o por deci-

¹²² Levy, *PS*, pp. 51 y 52.

sión judicial, ya que la estipulación penal sólo cabe exigirla si se incumple el pacto, mientras que si éste se rescinde por un nuevo pacto no hay incumplimiento ni puede exigirse la pena, y si se rescinde por decisión judicial tampoco podrá exigirse la pena por incumplimiento de un pacto que ya fue rescindido. Me parece que Levy acierta en cuanto señala la dificultad para entender dicha frase, pero la solución que propone, que se trata de una frase añadida en el siglo IV en un ambiente en que el pacto produce acción por sí mismo, no resuelve el problema del sentido de la frase, pues lo mismo da que el pacto produzca excepción o acción, ya que una vez rescindido, es absurdo exigir la pena por su incumplimiento.

Me parece que la dificultad se disuelve si se entiende que la frase *resciso pacto...* significa, no que el pacto ha sido rescindido, sino quebrantado o incumplido, como si dijera *recesso pacto...* Abona esta conjetura un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,39 [294]) donde aparecen los dos verbos; primero dice que quien convino un pacto (transacción), aunque se arrepienta inmediatamente después de haberlo hecho, no puede rescindirlo (*rescindit... non potest*), y luego, el emperador dirigiéndose a quien le hizo la consulta, le dice que quien lo persuadió de que era lícito, pasado cierto tiempo, apartarse del pacto (*a transactione recedi*) afirmó algo falso. Aquí parece que la misma acción de no cumplir el pacto se designa con uno y otro verbo, por lo que permite pensar que la sentencia cuando dice *resciso pacto* significa que el pacto ha sido incumplido.¹²³ Otro indicio del siglo III a favor de esta interpretación de la sentencia, es un texto de Hermogeniano (1 *iuris epitomarum* D 2,15,16), autor contemporáneo del compilador de las PS, que dice que quien deja de cumplir (*fidem... rupit*) una transacción, no solamente se le impide, mediante una excepción, renovar el litigio, pues además se le exige pagar una pena si es que hizo la estipulación correspondiente. El contenido esencial es el mismo que la sentencia si se entiende que ésta se refiere al incumplimiento de lo pactado, no a su rescisión.¹²⁴

¹²³ En otro rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,17 [293]) se expresa el incumplimiento del pacto con otra frase equivalente a “apartarse de lo convenido”: *de conventione resilluisse*.

¹²⁴ El verbo *rescindo* para indicar la acción del juez de anular un pacto o transacción ya no aparece en la única constitución imperial que se nos conserva, posterior a Diocleciano, que indica que un juez anula un pacto o transacción: CJ 2,4,42 [469], en la que la acción de anular se expresa con las palabras *retractari praecipimus*.

Parece que el caso previsto en la sentencia de uno que se aparta de la transacción e intenta un proceso judicial preocupó a los emperadores, por lo que Constantino (CT 2,9,1 [319]) declaró terminantemente que no permitiría que se reiniciaran los litigios terminados por una transacción. Posteriormente, los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (CT 2,9,2 [381] = CJ 2,4,40) establecieron que quien incumplía una transacción tendría que pagar una pena por incumplimiento, aunque no se hubiera hecho una estipulación penal.

Au. De toda la sentencia que transmite *Brev.*, *A*, y no parece probable, según lo arriba visto, la opinión de Levy de que *B* añadió la frase final. La sentencia mantiene la distinción entre la estipulación Aquiliana y la estipulación penal, las cuales se habrán de confundir en el siglo V.¹²⁵

La versión que da el Digesto tiene algunas variantes respecto de la que transmite el Breviario. La versión del Digesto refuerza la afirmación de que al pacto suele añadirse una estipulación aquiliana añadiendo la palabra *quidem* (ciertamente, en verdad). En vez de decir que es conveniente añadir una pena (*poenam*), dice que es conveniente añadir una estipulación penal (*poenalem stipulationem*). Al referirse al pacto incumplido, en vez de decir que se incumple de cualquier manera (*resciso quoquo modo*), dice si quizá se incumpliera (*resciso forte*). Finalmente, para expresar cómo se reclama la pena, en vez de decir que se pide por causa de la estipulación (*ex stipulatione*), dice que se pide por lo estipulado (*ex stipulatu*) haciéndose así eco de los textos clásicos que se referían a la acción para reclamar una estipulación de objeto incierto (*actio ex stipulatu*).¹²⁶

Son variantes que demuestran una intención de mejorar el estilo jurídico del texto sin alterarlo, esto es una intención classicista. Podrían las variantes atribuirse a *D*, como lo hace Levy,¹²⁷ pero más parecen obra previa de *E*, de suerte que los compiladores del Digesto simplemente colocaron un texto previamente “mejorado” por los juristas cultos de las

¹²⁵ En opinión de Levy, *VR*, p. 133, que infiere que esta confusión se da a partir de CT 2,9,2 [381], que prescribe que se exija la pena aunque no se haya estipulado.

¹²⁶ Es interesante la confrontación entre un rescripto de Alejandro Severo (CJ 2,4, 6 [230]) que utiliza la expresión *ex stipulatu actio competit* con otro de Diocleciano (CJ 2,4,33 [290]) que, al igual que la sentencia transmitida por el *Brev.*, dice *ex stipulatione... agere*.

¹²⁷ Levy, *PS*, p. 53.

escuelas de Beirut o Constantinopla. Me parece más probable esta conjetura, porque me cuesta aceptar que los compiladores del Digesto, con la ingente tarea que tenían, se detuvieran a hacer mejoras estilísticas y de precisión jurídica en textos que no les interesaba cambiar su sentido.

1,1,4. *Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus*
(= Cs 4,7 = Cs 7,4).

S. El pacto contrario a las leyes o a las buenas costumbres es nulo.

O. Es clásica la regla de que el pacto contra las leyes no produce efecto, como consta en el Edicto del pretor, cuyo título *De pactis conventis* (Lenel § 10) contenía la cláusula que decía que el pretor no daría efecto a los pactos hechos con dolo (*dolo malo*), ni a los que contravinieran o defraudaran las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos imperiales. Lo que no aparecía en el Edicto era la referencia a los pactos contra las buenas costumbres (*contra bonos mores*). Es posible que a partir de la referencia al dolo se haya ido ampliando el supuesto, como lo sugiere Levy,¹²⁸ y se fueran incluyendo otros casos además del engaño.¹²⁹ En este sentido, Paulo (3 *ad Ed.* D 2,14,27,4) dice que los pactos que contienen una causa torpe (*turpem causam continent*) no deben respetarse, y luego menciona varios tipos de estos pactos en los cuales no hay propiamente engaño a otra persona sino una especie de defraudación del interés público, como el pacto de no demandar por un robo o una injuria, con el cual se evita que el delincuente sufra la pena, lo cual parece contrario al interés público. Cuando Ulpiano comenta el significado de la expresión *dolo malo* en el Edicto (4 *ad Ed.* D 2,14,7,14), después de discutir supuestos en que vale y no vale un pacto, concluye de modo general que valen los pactos que se refieren a cosas privadas y no valen los que versan sobre cosas públicas. Estos textos hacen pensar que los pactos que lesionaban el interés público se llegaron a considerar hechos dolosamente y por lo tanto sin valor.

Ulpiano parece haber dado un paso más. En el § 16 del texto arriba citado da una nueva regla general, según la cual no vale el pacto que se aparte de o resulte extraño al derecho común (*a iure communi remotum*

¹²⁸ Levy, *PS*, p. 54.

¹²⁹ En rescripto de Alejandro Severo, CJ 2,3,8 [222] (=Cs 9,11= Cs 1,8) se habla de un pacto hecho con mala fe (*mala fide*), pero se refiere a un supuesto de engaño.

est). Puede ser que esta regla sea un desarrollo de la que impide efectos a los pactos que versen sobre cosas públicas, motivado por la consideración de que hay ciertas reglas jurídicas, o “derecho común”, cuyo incumplimiento se considera una lesión del interés público. Pero el contenido de la nueva regla es más amplio que la precedente, pues pueden ser extraños al derecho común pactos que se refieren a las cosas privadas.

D’Ors hace ver¹³⁰ que fue una política de Diocleciano el tratar de mantener, por medio de sus rescriptos, la integridad del derecho romano frente a las costumbres jurídicas provinciales. Con ese fin utilizó la expresión buenas costumbre (*boni mores*) para significar los principios jurídicos romanos reconocidos que debían cumplirse por todos los habitantes del imperio y prevalecer respecto de las (malas) costumbres provinciales. En esto es muy significativo un rescripto de Diocleciano, recogido en Cs 4,10 como proveniente del Código Hermogeniano, mas no en el Código de Justiniano, que dice que no vale el pacto hecho contra las buenas costumbres o contra las leyes (*neque contra bonos mores neque contra leges*). Las buenas costumbres significan aquí, no ciertas reglas de moralidad personal, sino un ordenamiento normativo no escrito que complementa el ordenamiento escrito en las leyes.¹³¹ La dicotomía entre las leyes (derecho escrito) y la costumbre (derecho no escrito) se generalizará en el siglo IV e influirá en los compiladores justinianeos que interpolarán textos clásicos introduciendo la expresión *boni mores* con ese sentido normativo de derecho no escrito.¹³²

La sentencia usa la expresión *boni mores* con ese sentido normativo que le dio Diocleciano, distinto del sentido de moralidad personal que tuvo en época clásica. Por ello, cabe afirmar que el origen de esta expresión en la sentencia es posclásico.

¹³⁰ D’Ors, “De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*”, *BIDR*, 37-38, 1995-1996, p. 16.

¹³¹ Kaser, *SZ* 60, 1940, p. 144 y ss. sostiene que los juristas clásicos ya consideraban las “buenas costumbres” como fuente jurídica normativa; me parece que esto se puede afirmar respecto de la costumbre en general, pero no de las “buenas costumbres”.

¹³² Por ejemplo, *CJ* 2,3,6 que incluye la frase *contra bonos mores*, que no está en la versión que transmite *Cs* 1,7.

Au. La sentencia me parece, como a Levy,¹³³ atribuible al estrato original, A, ya que coincide con el rescripto de Diocleciano arriba citado (Cs 4,10), el cual pudo ser incluso su fuente, como sugiere Liebs.¹³⁴

La IP dice: *Si inter aliquos conveniat aut de admittendo crimine vel inferenda violentia vel faciendo quod lex aut honestas prohibet, aut de rebus alienis, aut si de bonis viventis aliquid paciscantur, haec pacta valere non possunt.*

Esta *interpretatio*, como bien advierte Levy,¹³⁵ se refiere a la regla general que da la sentencia sólo en la frase que dice que es nulo el pacto de hacer lo que la ley o la honestidad prohíben (*faciendo quod lex aut honestas prohibet*). Las restantes frases son ejemplos de pactos nulos, que Levy agrupa en tres: los que se refieren a la comisión de un delito (*de admittendo crimine vel inferenda violentia*), los que se refieren a cosas ajenas —que Levy entiende referidos a cosas de una herencia ajena, es decir de una herencia que no pertenece a las personas que pactan— y los que se refieren a los bienes que integrarán la herencia de una persona viva.

Levy sugiere que el intérprete pudo basarse en alguna lista conocida de pactos inválidos, como la que hubo en Beirut (Thalelaios en CJ 2,3,6, *Basílica*, Heimbach I, 646). Señala que en occidente (*GE* 2,9,18 e *IT* 8,12,1), los pactos de cometer delitos eran comúnmente tenidos por nulos, y que los pactos respecto de una herencia ajena o propia también se consideran nulos en la *Lex romana burgundionum* (38,3); previamente Diocleciano había dado rescriptos contra ese tipo de pactos (CJ 5,14,5 [290] y 8,38,4 [293]) y luego Constantino (CT 2,24,2[327]), de modo que cuando Justiniano los reprueba (CJ 2,3,30,3-4) refiere que es una prohibición antigua. Es también posible, como sugiere d'Ors,¹³⁶ que hubiera en la sentencia una lista semejante de pactos nulos, como lo sugiere la sentencia 1,1,7.¹³⁷

¹³³ Levy, *PS*, p. 54

¹³⁴ Liebs, *PS*, p. 136.

¹³⁵ Levy, *PS*, p. 55.

¹³⁶ D'Ors, "De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*", *BIDR*, 37-38, 1995-1996, p. 19.

¹³⁷ *Cfr.* *PS* 3,4b,2 que señala una regla general que prohíbe las condiciones testamentarias contra las leyes o las buenas costumbres y añade luego una serie de ejemplos de condiciones de ese tipo.

Aparte de las referencias a pactos nulos, llama la atención que la *IP* sustituya la referencia a las buenas costumbres con la palabra honestidad (*honestas*) que vuelve a dar un sentido de moralidad personal, quizá una moral común como podría ser entonces la moral cristiana.

1,1,4^a. (*ex Cs 7,5*) *Pactum contra ius aut constitutiones aut senatus consulta interpositum nihil momenti habet.*

S. Es nulo el pacto acordado en contra del derecho (en mi opinión se refiere al derecho anterior al siglo tercero) o de las constituciones imperiales o de los senadoconsultos.

O. Levy¹³⁸ opina que es de origen posclásico, y específicamente del siglo V. Él afirma que la fuente remota del texto podía ser el Edicto del pretor (Lenel § 10) en el que se declaraba que no tenían efecto los pactos realizados contra las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos o los decretos del príncipe (*leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum*), pero que el señalar como nulos los pactos hechos contra el derecho o las constituciones imperiales (*contra ius aut constitutiones*) debió darse en la época en que se suele contraponer el *ius* a las *constitutiones*; esto, sigue diciendo Levy, ocurre aparentemente por vez primera en una constitución de Valente, Graciano y Valentiniano del año 378 (CJ 7,65,5 = CT 11,36,25), donde se dice que ha sido prohibido, por el derecho (*iure*) y las constituciones imperiales (*constitutionibus*) apelar de la ejecución de una sentencia; añade que la contraposición entre *ius* y *leges* (ya no *constitutiones*) se da sobre todo en textos de los siglos V y VI, y que posiblemente la fuente próxima de la sentencia sea la novela 9 de Teodosio II (= CJ 1,14,5) [439] la cual fue extendida a occidente por la novela 26 de Valentiniano del año 448. Esta ley, a propósito de unos magistrados municipales (*curiales*) que arrendaron unos fundos ajenos en contra de la ley que les prohibía hacerlo, resuelve que ese contrato es nulo, reitera que ellos no tienen facultades para celebrar ese tipo de contratos, y añade una disposición general según la cual es nulo todo pacto, convención o contrato que se haga en contra de una ley que les prohíbe contratar (*lege contrahere prohibente*); además, dice la ley, que esta dis-

¹³⁸ Levy, *PS*, p. 57.

posición se aplicará también para toda interpretación de leyes antiguas o nuevas (*ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas*). A Levy le parece que el autor de la sentencia pudo tomar de esa novela la afirmación de que el pacto contra las leyes es nulo, y que la referencia a los pactos contrarios al derecho (*ius*) la elaboró como una forma de sintetizar lo que dice la novela imperial respecto de la interpretación de las leyes.

La opinión de Levy no me parece convincente, porque la oposición que dice él fue común en los siglos V y VI fue entre *ius* y *leges*, y no *ius/constitutiones*, como aparece en la sentencia, y porque no parece claro que la sentencia provenga de la novela citada, la cual se refiere directamente a un contrato hecho en contra de una ley prohibitiva, y a partir de ello afirma que el pacto contra la ley es nulo, y no dice que el pacto contra el derecho sea nulo. Otro indicio en contra de la conjetura de Levy es que esta sentencia no se haya conservado en el Breviario, pues si fuera real esa supuesta versión de la sentencia posterior a las novelas de Teodosio y Valentiniano (posterior al año 488 que es según Levy el término *post quem*) estaría muy próxima a la compilación del Breviario (año 506), por lo que cabría esperar que fuera ahí recogida.

Por otra parte, debe considerarse el rescripto de Caracala del año 213 (CJ 2,3,6) que también se recoge en *Cs* 1,7 como procedente del Código Gregoriano. Ahí se dice que los pactos contra las leyes, las constituciones o las buenas costumbres (*contra leges, constitutionesque vel contra bonos mores*) son nulos. La mención de las buenas costumbres aparece en la versión del CJ pero no en la de *Cs*, por lo que cabe suponer, como hace d'Ors,¹³⁹ que es una interpolación. En este rescripto aparece la contraposición entre las *leges*, que posiblemente se refiera en general a las fuentes antiguas que mencionaba el edicto (leyes comiciales, plebiscitos, senadoconsultos y edictos), y las *constitutiones* que van formando el derecho nuevo y en las que podían caber la otra fuente que mencionaba el Edicto, los decretos imperiales. La sentencia hace una contraposición semejante entre las fuentes antiguas (los senadoconsultos, expresamente mencionados y de gran importancia en el siglo I y en la primera parte del II, y el *ius*, palabra con la que se alude a las otras fuentes antiguas), y el derecho nuevo significado en las *constitutiones*. Desde esta perspectiva,

¹³⁹ D'Ors, "De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*", *BIDR*, 37-38, 1995-1996, p. 15.

la sentencia parece tener su origen en el siglo III, aunque su contenido (una regla general abstracta) sea posclásico.

Au. Levy opina que es el estrato *C* de finales del siglo V, pero discrepo de ello por las razones mencionadas arriba y me parece más probable el estrato *A* pues se corresponde con las tendencias jurídicas de Diocleciano. La palabra *senadoconsultos* (*senatus consulta*) indica que la sentencia se compuso a partir de un texto clásico, posiblemente un comentario al edicto *de pactis conventis*, pues en época de Diocleciano esa fuente jurídica carecía ya de importancia. También pudo influir en su composición el citado rescripto de Caracala, procedente del Código Gregoriano.

Esta sentencia y la precedente, ambas referidas a los pactos nulos podían ser, en época de Diocleciano (estrato *A*), en cierto modo complementarias, pues, por una parte, pueden proceder de fuentes diversas: la sentencia 4 de un rescripto de Diocleciano recogido en el Código Hermogeniano, y la sentencia 4ª del rescripto de Caracala recogido en el Código Gregoriano; por otra parte, declaran nulos los pactos por causas en parte también diversas: la sentencia 4 señala que son nulos los pactos contra las leyes (*leges*) o las buenas costumbres (*boni mores*, entendidas como costumbre normativa) y la 4ª, los que contravienen el derecho antiguo (*ius* y *senatus consulta*) o el nuevo derecho creado por los emperadores (*constitutiones*).

La referencia de esas dos sentencias a textos extraídos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano sugiere que en la composición del estrato *A*, el compilador tenía a la vista ambos códigos con cuyo contenido intentaba “actualizar” los textos doctrinales de Paulo y de otros autores.¹⁴⁰

1,1,5 *De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus*.¹⁴¹

S. Es posible transigir o convenir respecto de los casos litigiosos, esto es de los que no hayan sido resueltos por una sentencia inapelable.

O. Levy¹⁴² opina que parece de origen posclásico porque entiende que el sentido más probable de la sentencia es que se puede transigir o conve-

¹⁴⁰ Liebs, *RJA*, pp. 111 y ss., considera que el orden de PS depende del que seguían CG y CH.

¹⁴¹ No está en el código principal *M* —*Monacensis D 2*— pero sí en el segundo, *L* —*Parisiensis 4403*— y en el *A* —*Aurelianiensis 207*—.

¹⁴² Levy, *PS*, p. 58.

nir respecto de casos litigiosos pero que no se puede transigir ni convenir respecto de casos ya resueltos por sentencia definitiva. Considera por eso que esta sentencia es como un complemento de la sentencia 1, y hace notar que los mismos manuscritos del Brev. que conservan la sentencia 1 son los que conservan también esta otra.

Sin embargo, esta sentencia 5 puede entenderse, según admite Levy también como posible, en el sentido clásico de que es admisible transigir o convenir respecto de asuntos litigiosos, sin que ello implique la negativa a convenir respecto de asuntos resueltos por una sentencia definitiva. Admitiendo este sentido, la única novedad que presentaría la sentencia respecto del derecho clásico sería la equiparación entre transigir o convenir, cosa que ya ocurre en la primera mitad del siglo tercero. En Ulpiano (4 *ad Ed.* D 2,14,1,3) se lee que la palabra *conventio* es general y que algunas convenciones se hacen para contraer un negocio y otras para transigirlo (*conventio transigendi causa*), de modo que resultaba natural decir que la *transactio* era una *conventio* o que transigir es convenir. Como la *transactio* se entendía también como un *pactum*, y en la doctrina clásica es el prototipo de los pactos, se dio asimismo una equiparación entre *convenire-conventio* y *paciscere-pactione-pactum*. Paulo (3 *ad Ed.* D 2,14,4 pr y 1) utiliza sin diferencia específica ambas expresiones cuando afirma que hay convenciones (*conventiones*) tácitamente acordadas, de lo que concluye que un mudo puede pactar (*pacisci potest*).¹⁴³ En rescriptos de Diocleciano también se manifiesta este uso de las palabras *conventio*, *pactum*, *transactio* con el mismo significado de arreglo extrajudicial de un caso litigioso: en CJ 2,4,13 [290] habla de pacto o transacción, en el § 15 habla de un pacto (se entiende por el que se soluciona una controversia) que es convención y en el § 17 de una transacción o convención.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia sería de origen clásico.

Au. Considerando que la sentencia corresponde a la doctrina presente en los rescriptos de Diocleciano citados, cabe considerar que es de *A*, y no de *B* como propone Levy.

¹⁴³ La formación de la palabra *conventio* como una categoría general que incluye los pactos, transacciones, contratos y cualquier otra obligación, quizá sea del siglo tercero. Véase *supra* el comentario a la rúbrica de este título, *sub T*. Revisando los títulos del Digesto sobre los pactos (D 2,14) y las transacciones (D 2,15) y los del Código (CJ 2,3 y 2,4) se encuentran numerosos párrafos donde se presenta este uso no diferenciado entre *conventio*, *pactum*, *transactio*.

La relación entre esta sentencia y la primera de este título, las que, como advierte Levy, aparecen juntas en los códigos que las contienen, me parece que puede ser explicada por los diversos estratos a los que pertenecen. Esta sentencia y la siguiente (§ 5ª), que completa el sentido de la primera, podrían ser del estrato A: la sentencia 5 afirma que es lícito transigir y convenir (o pactar) respecto de asuntos litigiosos, y la sentencia 5ª añade que no es lícito pactar (o convenir) de una cosa juzgada, salvo por causa de donación. En cambio, la sentencia 1, que dice que sólo se puede pactar respecto de lo que es lícito transigir porque sólo de ello resulta una obligación de pacto, y que da un sentido totalmente diferente al de las sentencias 5 y 5ª, es atribuible a B. Podría ser que B compusiera la sentencia 1 teniendo a la vista las sentencias 5 y 5ª.

1,1,5ª *Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest* (= Cs 4,6. 7,6).

S. Respecto de un asunto decidido por una sentencia definitiva, no puede hacerse pacto o transacción alguna, salvo que el acreedor quiera remitir por donación o liberalidad el pago de la sentencia.

O. Levy¹⁴⁴ opina que la sentencia es posclásica y que constituye un paso intermedio entre la doctrina clásica, que permite el pacto aun respecto de una sentencia definitiva, y la doctrina posclásica del siglo IV en occidente, que prohíbe todo pacto respecto de una sentencia. Él sólo considera el texto de Ulpiano (50 *ad Ed.* D 2,15,1 que contiene una afirmación general según la cual se puede transigir de un asunto dudoso (*de re dubia et lite incerta*), y que si se pacta respecto de un asunto ya decidido judicialmente (*rem certam et indubitam*), en realidad se remite por donación (es decir sin recibir nada a cambio), la deuda definida en la sentencia. Levy opina que la afirmación de que el pacto respecto de una sentencia era necesariamente gratuito es una tontería (*foolish assertion*) ajena a Ulpiano y a los compiladores, y cita en apoyo a Mitteis y Prinsheim.

Sin embargo, después del rescripto de Septimio Severo y Caracala, citado por Ulpiano (43 *ad Sab.* D 12,6,23,1) arriba citado,¹⁴⁵ que dispone

¹⁴⁴ Levy, pp. 59 y 60.

¹⁴⁵ *Supra ad* 1,1,1 *sub O.*

que si se hace una transacción respecto de una cuestión resuelta por sentencia definitiva, la transacción no vale, de modo que el actor puede exigir el pago de la sentencia y el deudor que dio algo por ello sólo puede pedir que se compense lo dado, podría preguntarse si vale el acto por el que el acreedor renuncia a la acción ejecutiva sin recibir nada a cambio. Como el rescripto no contempla ese supuesto, podría afirmarse que si el actor liberalmente (es decir *donationis causa*) pacta que no reclamará la sentencia, tal pacto es válido, como lo afirma ese texto de Ulpiano. Otro texto del mismo jurista (53 *ad Ed.* D 39,5,17), dice que si se hace una estipulación aquiliana respecto de la deuda definida en una sentencia y luego esa estipulación se cancela *donationis causa* por medio de una aceptilación, el deudor queda liberado, es decir que vale ese pacto no obstante el rescripto citado.

Ciertamente que la afirmación general de la sentencia de que todo pacto respecto de una cuestión decidida judicialmente no vale salvo que haya sido hecho *donationis causa* puede parecer extraña al derecho clásico, pero no lo es si se pone en relación con la prohibición de transigir respecto de una cuestión decidida por sentencia, pues entonces es una forma de afirmar que no todos los pactos respecto de cosa juzgada son ineficaces. En el mismo sentido está un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,32 [294]) que afirma primero que no vale la transacción respecto de una sentencia firme y agrega (interpretado *a contrario*) que sí vale el pacto si se hace una estipulación aquiliana y la aceptilación consecuente respecto de la deuda definida en una sentencia. Si la intención del rescripto prohibitorio de Severo y Caracala era que el actor no negociara con la sentencia, la admisión de que hiciera un pacto *donationis causa* no lo violaba.

Podría entonces decirse que el contenido de la sentencia es de origen tardoclásico.

Au. Levy¹⁴⁶ la atribuye al estrato C, considerando que en parte modifica la sentencia 1,1,1 que atribuyó al estrato B. Añade que la sentencia debe ser posterior a la constitución de Valente y Valentiniano, recogida en *Cs* 9,1, del año 365, la cual dice enfáticamente que no vale el pacto respecto de una sentencia. Pero me parece más probable atribuir la sentencia al estrato A, entendida como complementaria de la sentencia previa que afirma que es lícito transigir respecto de asuntos litigiosos, ya que transmite una salvedad a la regla definida en el rescripto de Severo

¹⁴⁶ Levy, *PS*, pp. 60 y 61.

y Caracala, misma que se recoge también en otros textos del siglo III: los de Ulpiano y el rescripto de Diocleciano citados. Atribuida la sentencia al estrato A, ésta no contradiría la citada constitución de Valente y Valentiniano, sino que esta constitución ignora o deroga la salvedad contenida en la sentencia. La formulación de la afirmación contenida en la sentencia como una regla general de que todo pacto respecto de una sentencia se entiende hecho *donationis causa* es una simplificación típica del estilo epitomizante de A.¹⁴⁷

La *interpretatio* dice: *Post rem iudicatam pactio inter eos, qui litigaverunt, tunc obtinen firmitatem, si de summa, quam iudicio constat addictam, ab eo qui vicit aliquid concedatur*. Como dice Levy,¹⁴⁸ esta frase no es una mera paráfrasis del texto original, pues afirma, a diferencia del texto principal que considera como regla general la nulidad, que el pacto respecto de una sentencia es válido si cumple cierto requerimiento, esto es que el actor triunfante ceda algo de lo que ganó (*aliquid concedatur*). Opina el mismo autor que la *interpretatio* implica un cierto regreso a la regla clásica de que era posible pactar respecto de sentencias, al admitir el pacto siempre que el actor ceda algo, pero no dice el texto que tenga que ser por causa de donación, por lo que podría parecer que también vale el pacto si el actor cede en todo o en parte la sentencia a cambio de algo que le dé el deudor. Añade que la nueva regla no cubriría pactos en los cuales el actor no cede algo, sino que sólo admite el pago en varias exhibiciones o fija un nuevo plazo para pagar.

Me parece que la interpretación que hace Levy del contenido del texto es correcta, pero dudo que haya una intención de volver a un régimen más libre de los pactos respecto de una sentencia; quizá sólo sea que el intérprete ignore el contenido técnico de la expresión *donationis causa* y lo traduzca como el conceder algo, sin darse cuenta de que está modificando el contenido del texto original.

¹⁴⁷ El texto de Ulpiano *50 ad Edictum* (D 2,15,1) que hace una afirmación general semejante podría ser una frase original simplemente separada de su contexto, o quizá una generalización introducida por el editor (A) de ese libro de Ulpiano.

¹⁴⁸ Levy, *PS*, p. 61.

1,1,6 (ex Cs 4,3) *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat.*

S. El régimen de la dote prescribía que una vez concluido el matrimonio por divorcio, la mujer podía recuperar la dote entregada al marido, el cual tiene cierto plazo para devolverla, una limitación de su responsabilidad en la medida de su solvencia actual (“beneficio de competencia”), y puede retener los frutos y hacer algunas *retentiones* por causa de los hijos o de la conducta de la mujer; si el matrimonio terminaba por muerte de la mujer, el marido conservaba la dote si la había constituido la mujer (dote adventicia) o la devolvía al padre constituyente (dote profecticia) sin derecho de hacer *retentiones*; y si terminaba por muerte del marido, la mujer podía reclamar de los herederos de éste sin que pudieran hacer *retentiones*; además, el marido podía hacer otras *retentiones* a causa de: las donaciones que hubiera hecho a su mujer (*retentio propter res donatas*), las cosas que la mujer sustrajera de la dote (*retentio propter res amotas*) y los gastos útiles y necesarios que el marido hiciera respecto de la dote. La sentencia expresa de manera general que este régimen de la dote no puede ser modificado por pactos, ya que se considera que es de derecho público.

O. Clásico, como lo reconoce Levy.¹⁴⁹ Él opina que la sentencia puede derivar de Paulo (7 *ad Sab.* D 23,4,5) donde afirma, de modo general, que no se puede convenir que el marido renuncie a la *actio de moribus* por la que, a causa de la mala conducta de la mujer, puede exigir la retención de ciertas partes de los bienes dotales, ni que por ella exija más o menos de lo establecido, por la razón de que los pactos privados no pueden eliminar la coerción pública (*ne publica coercitio privata pactione tollatur*); luego precisa (§§ 1 y 2) que no se puede pactar que el marido no retendrá lo debido por las cosas donadas a la mujer, o por las cosas sustraídas por ella, o por los gastos hechos por el marido en favor de los bienes dotales. Señala Levy que la sentencia oscurece la regla por la abreviación de la misma y no señala que se esté refiriendo a las *retentiones* que podía hacer el marido.

¹⁴⁹ Levy, *PS*, p. 62.

La sentencia también conviene relacionarla, como sugiere Arico,¹⁵⁰ con este otro texto de Paulo (35 *ad Ed.* D 23,4,12,1), donde dice, respecto de los pactos que se hacen sobre los bienes dotales, que unos se refieren a materias que pueden convenirse libremente (*ad voluntatem*), y otros se refieren al régimen propio de la dote (*ad ius*), por ejemplo lo relativo al momento de pedir la restitución o al modo cómo debe restituirse, que son pactos que no siempre deben ser respetados.

En mi opinión, la sentencia se refiere a todo el régimen de la dote (*functio dotis*) y no sólo a las retenciones que el marido puede hacer, por lo que me parece más cercana al texto de Paulo recientemente citado. En todo caso, es claro que la sentencia ofrece una abreviación de un régimen complejo.

La razón de la nulidad del pacto, que el pacto privado no puede derogar el derecho público, es, como dice Levy, una razón conocida por los juristas clásicos, y que en un texto de Ulpiano (30 *ad Ed.* D 50,17,45,1) se repite casi con las mismas palabras: *privatorum conventio iuri publico non derogat*. Sin embargo, cabe notar que no era necesario calificar al derecho de *publicum* para afirmar que era inderogable. En el texto de Paulo sobre la validez de los pactos dotales se dice que los que se refieren *ad ius*, sin agregar el calificativo de *publicum*, no siempre se observaban. Quizá al adjetivo *publicum* vino a tener sentido para señalar la absoluta inderogabilidad de ciertas reglas establecidas.

Es interesante que esta sentencia no diga que el pacto es nulo por ser contrario a las buenas costumbres, a diferencia de lo que dice otro texto de Ulpiano (26 *ad Sab.* D 24,3,15,1), en donde cita a Pomponio (15 *ad Sab.*), el cual rechaza el pacto por el que el marido se compromete a responder totalmente por la dote, es decir sin limitación de su solvencia actual, y luego Ulpiano aparentemente dice que ese pacto es contrario a las buenas costumbres; D'Ors¹⁵¹ sugiere que la referencia a las buenas costumbres es una interpolación. Esta sentencia parece confirmar esa conjetura, pues no dice que el pacto que cambia la dote es contrario a las buenas costumbres, no obstante que la sentencia 4 de este título —también procedente de *Cs*— afirma que es ilícito el pacto contra las buenas costumbres, sino que contraría el derecho público. Puede ser que el cri-

¹⁵⁰ Arico, A., '*Ius publicum*'- '*Ius privatum*' in Ulpiano, Gaio e Cicerone, p. 525, n. 144.

¹⁵¹ "De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*", *BIDR*, 37-38, 1995-1996, p. 18.

terio de no contradecir el derecho público, que se entiende en el contexto del derecho de los ciudadanos romanos que no pueden contradecir el derecho público, se transformara en el de no contradecir las buenas costumbres, entendiéndose por éstas el ordenamiento jurídico romano en oposición a las costumbres (malas) provinciales.¹⁵²

Au A, como sugiere Levy.¹⁵³ Esto no contradice la atribución a *A* de la sentencia 4 de este título, que señala en forma abstracta que es ilícito el pacto contra las buenas costumbres, porque pudo ser que el criterio general de ilicitud se definiera en época de Diocleciano y que su aplicación a casos concretos se fuera dando con posterioridad, de modo que la interpolación arriba referida del texto de Ulpiano consistió en aplicar a ese pacto en concreto un criterio (el de no contradecir las buenas costumbres) que se había elaborado antes.

1,1,7 (*ex Cs 4,7.*) *De criminibus propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest.*

S. No se puede pactar en los procesos criminales,¹⁵⁴ porque ello implica practicar una conducta castigada.

O. Clásico, como apunta Levy.¹⁵⁵ Él dice que tales pactos implicaban que se condenara a una persona inocente (*calumnia*) o que se encubriera a un culpable (*prevaricatio*), y que por tal razón el pretor no los tenía como válidos. Sin embargo, cuando el pretor se refiere en su edicto a la *calumnia* y a la *prevaricatio*, lo hace en el edicto sobre las personas a quienes, por ser tachados con nota de infamia (*infames*) se les prohíbe postular por otras ciertas personas (Lenel § 16: *qui nisi pro certis personis ne postulent*); ahí el pretor dice (véase Juliano *ad Edictum D 3,2,1*) que son infames los que hubieren sido condenados en juicio por calumnia o por prevaricación, pero no dice que el pacto que hubieran hecho y que los

¹⁵² *Ibidem*, pp. 16-18.

¹⁵³ Levy, *PS*, p. 62.

¹⁵⁴ Sucede algo distinto respecto de los juicios para conocer de delitos privados, que siendo actos ilícitos que afectaban más el interés privado que el público, aceptaban que, una vez cometido el delito, se pactara respecto de ellos, como refiere Paulo 3 ad Ed. (D 2,14,27,4), aunque se consideraba nulo el pacto de no demandar respecto de un delito futuro.

¹⁵⁵ Levy, *PS*, p. 63.

llevó a comportarse así sea nulo. También dice el Edicto que reciben nota de infamia, y la consiguiente inhabilitación para postular aquellos que hubieren sido condenados o hubieren pactado respecto de una acusación de hurto, robo con violencia, injuria, dolo malo o fraude, pero no dice que el pacto sea inválido, y los comentarios de esta disposición (véase Paulo 5 *ad Ed.* D 3,2,5. Ulpiano 6 *ad Ed.* D *eod.* 6,3) aclaran que el reo que pacta se considera condenado y por eso se hace infame, pero no el acusador, y que se hace infame el que da dinero al acusador para que se desista de la acusación, pero no el que ruega que le perdonen. Esto hace ver que no es el Edicto la fuente de la regla, que da la sentencia, que prohíbe pactar respecto de procesos criminales.

La sentencia parece más ligada con el senadoconsulto *Turpillianum* (61 d.C.), que castigó a quienes acusaban de crímenes falsos (*calumnia*), u ocultaban crímenes verdaderos (*praevaricatio*) o se desistían por completo de una acusación (*tergiversatio*). El acusador que pactaba y se desistía de la acusación incurría en una conducta sancionada por el senadoconsulto y se hacía merecedor de la pena correspondiente, y lo mismo el que pactaba que, en vez de desistirse, facilitaría las cosas al reo para que saliera absuelto. En estos supuestos, el mismo pacto podría considerarse como opuesto al senadoconsulto¹⁵⁶ y por lo mismo inválido. Ulpiano (8 *disputationum* D 48,21,1) refiere que los emperadores resolvieron que no se castigaría a quien pactara respecto de un crimen capital, porque entendieron que no debía castigarse a quien procuraba salvar la vida de un pariente acusado. Un rescripto de Diocleciano (CJ 2,4,18 [294]) transmite también esa decisión aunque con más matices: afirma que es lícito pactar respecto de crímenes capitales, pero no del adulterio, y reitera que no es lícito pactar respecto de crímenes que no fueran castigados con pena de muerte o capital, salvo el crimen de falsedad.

Au. A., como opina Levy. Él hace notar que la frase *propter infamiam* resulta extraña, porque la infamia misma no era, de acuerdo con el Edicto del pretor, la causa de que el pacto sea nulo, pero explica que podría ser un resultado de la tendencia epitomizante de *A.* Me parece que como el Edicto del pretor se refería a la *calumnia* y a la *praevaricatio* a propósito de la *infamia* y el senadoconsulto se refería también a *calumnia* y *praevaricatio*, pudo la palabra *infamia* servir para designar los actos casti-

¹⁵⁶ Véase la sentencia 1,1,4^a: *pactum contra... senatusconsulta interpositum nihil momenti habet.*

gados por el senadoconsulto. Así aparece en un rescripto de Gordiano (CJ 9,45,2 [239]) donde dice que quien se desistió de una acusación es tachado de infamia (*infamia notando*) y castigado conforme a un juicio cognitorio o extraordinario (*extra ordinem... puniendo*). La sentencia cuando afirma que la invalidez del pacto es por causa de infamia (*propter infamiam*) podría estar indicando, como en el citado rescripto, la conducta castigada por el senadoconsulto, que lógicamente causa también la nulidad del pacto.